

Міністерство освіти і науки України

Національний університет «Києво-Могилянська академія»

Факультет правничих наук

Кафедра кримінального та кримінального процесуального права

**Магістерська робота**

освітній ступінь - магістр

на тему:

**«ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПОМИЛКОВОЇ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ»**

**(«Legal Consequences of Erroneous Criminalization»)**

Виконав: студент ФПвН МП-2

Спеціальності

081 Право

Кирилюк Андрій Володимирович

Керівник: Багіров Сергій Рамізович

кандидат юридичних наук, доцент

Рецензент:

Магістерська робота захищена з

оцінкою \_\_\_\_\_

Секретар ЕК \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 2023 р.

Київ – 2023



## Декларація академічної доброчесності

### студента НаУКМА

Я, Кирилюк Андрій Володимирович, студент 2 року навчання магістерської програми за спеціальністю «Право» факультету правничих наук НаУКМА підтверджує таке:

- Написана мною кваліфікаційна (магістерська) робота на тему «Правові наслідки помилкової криміналізації» (англійською мовою: “Legal Consequences of Erroneous Criminalization”) відповідає вимогам академічної доброчесності та не містить порушень, передбачених п. 3.1 Положення про академічну доброчесність у НаУКМА, зі змістом якого я ознайомлений;
- Заявляю, що надана мною для перевірки електронна версія роботи є ідентичною її друкованій версії.

10 травня 2023 року



Кирилюк А.В.

## ЗМІСТ

<b>ВСТУП</b> .....	3
<b>РОЗДІЛ 1</b>	
<b>ПОМИЛКОВА КРИМІНАЛІЗАЦІЯ:</b>	
<b>СУТНІСТЬ, ВИДИ, ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ</b> .....	6
1.1. Поняття криміналізації та підходи до встановлення її помилковості .....	6
1.2. Відмінності від належної криміналізації та декриміналізації, пеналізації.....	11
1.3. Помилкова криміналізація у законотворчій практиці .....	16
1.4. Помилкова криміналізація у судовій практиці .....	22
<b>РОЗДІЛ 2</b>	
<b>КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА ТА ПОМИЛКОВА КРИМІНАЛІЗАЦІЯ ПІД ЧАС</b>	
<b>ВІЙНИ</b> .....	30
2.1. Засади кримінально-правової політики .....	30
2.2. Помилкова криміналізація діянь за період дії воєнного стану.....	36
2.3 Кваліфікація діянь: результати помилкової криміналізації .....	47
<b>РОЗДІЛ 3</b>	
<b>СПОСОБИ ПОДОЛАННЯ ПОМИЛКОВОЇ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ</b> .....	54
3.1. Виправлення недоліків за допомогою проєкту нового Кримінального кодексу України ..54	
3.2. Виправлення недоліків за допомогою проєкту Закону України «Про правотворчу діяльність» .....	57
3.3. Виправлення недоліків за допомогою застосування системно-правових принципів і принципів-складників верховенства права .....	59
<b>ВИСНОВКИ</b> .....	66
<b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ</b> .....	69
<b>ДОДАТКИ</b> .....	87

## ВСТУП

*Актуальність* теми магістерської роботи зумовлена тим, що сьогоденній поступ щодо рекодифікації закону про кримінальну відповідальність є відповіддю на виклик відомої практики віднесення діянь до злочинних, що здійснюється переважно без попереднього опрацювання, врахування експертних висновків. В умовах високоінтенсивної війни збільшення переліку кримінально-караних діянь залишається одним із найбільш застосованих способів української кримінально-правової політики. Тож питання мінімізації практики зі створення помилкових криміналізацій залишиться актуальним не тільки у нинішній час, але й також у часи після закінчення війни.

Для належного здійснення криміналізації має значення те, які види хиб поширені в українській практиці з внесення змін до закону про кримінальну відповідальність. Разом із цим у дослідженні здійснено спробу відобразити те, що помилкова криміналізація може долатися у правозастосуванні.

Теоретичним підґрунтям для написання роботи стали праці Д. О. Балобанової, Н. О. Гуторової, В. М. Кудрявцева, О. К. Маріна, М. І. Мельника, І. І. Митрофанова, Р. О. Мовчана, М. І. Панова, Є. О. Письменського, Ю. А. Пономаренка, П. А. Фефелова, П. Л. Фріса та ін.

*Об'єктом* дослідження є суспільні відносини з віднесення діянь до кримінально караних.

*Предметом* дослідження є помилкова криміналізація, її наслідки у правозастосуванні, зокрема під час кваліфікації діянь судами, а також у кримінально-правовій політиці, опис способів їх подолання.

*Дослідницьке питання:* «Що вважати помилковою криміналізацією та як їй запобігати?»

*Метою* дослідження є аналіз як теоретичних, так і практичних сторін створення та застосування норм із помилковими криміналізаціями.

*Завданнями* є:

- Встановити, наскільки визначеним є поняття помилкової криміналізації у правовій доктрині;
- Визначити, в чому полягає помилкова криміналізація, які її відмінності від правильної криміналізації, декриміналізації та пеналізації;
- Розглянути довоєнну законотворчу практику на предмет підходів до визначення помилкових криміналізацій у законопроектах;
- Розглянути довоєнну судову практику з точки зору застосування або спростування створених законодавчих новел із помилковими криміналізаціями;
- Визначити, якою є кримінально-правова політика, включно з часом запровадженого воєнного стану, та чи враховуються принципи належної криміналізації під час її впровадження.
- Простежити, чи змінилися законодавчі помилки під час криміналізації з моменту введення воєнного стану;
- Проаналізувати судову практику щодо помилкової криміналізації в умовах воєнного стану, зважаючи на те, чи спроможний суд постійно помічати помилкові криміналізації.
- Охарактеризувати проєкт нового Кримінального кодексу в частині запобігання помилковим криміналізаціям;
- Охарактеризувати законопроект, яким регулюється правотворча діяльність, з боку послідовності його принципів і етапів для недопущення помилкових криміналізацій;
- Проаналізувати спосіб запобігання помилковим криміналізаціям шляхом застосування як системно-правових принципів, так і принципів-складників верховенства права, враховуючи їхнє значення для правотворення та правозастосування.

*Методи.* При розгляді теоретичних засад помилкової криміналізації застосовувались формально-логічний (у процесі виявлення суті понять і термінів, що застосовані в законах), системно-структурний (при дослідженні

виділених в наукових розвідках ознак помилкової криміналізації та послідовності в застосуванні цих ознак; для врахування впливу законотворчості на правозастосування) і аналітичний методи (для з'ясування спільних і розбіжних ознак помилкової криміналізації, належної криміналізації та декриміналізації, пеналізації). У дослідженні законотворчої та судової практики застосовувались герменевтичний (щодо розуміння авторами законопроектів цілей їх прийняття та наведення причин на користь прийняття), антропологічний методи (для врахування вад, яких припускаються і в законотворенні, і в правозастосуванні). Також корисним був порівняльно-правовий метод (в частині встановлення принципів кримінально-правової політики та криміналізації, визначення одного зі способів подолання помилкової криміналізації).

## РОЗДІЛ 1

### ПОМИЛКОВА КРИМІНАЛІЗАЦІЯ: СУТНІСТЬ, ВИДИ, ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ

#### 1.1. Поняття криміналізації та підходи до встановлення її помилковості

Попри відсутність легального визначення криміналізації безпосередньо в законі України про кримінальну відповідальність [1] (надалі в роботі застосовуватимемо назву «закон про кримінальну відповідальність», «КК України» . – *А.В.*), зі статті 3 цього документа читач може дійти висновку про те, що діяння, що є злочинними, не назавжди залишаються такими, а також те, що незлочинне діяння може стати злочинним. І на цьому насправді все: частини статті мимохіть описують процедуру внесення змін. Таке формулювання непрямо висвітлює, як встановлюється кримінальна караність діянь і ще менше те, чи може бути власне віднесення діяння до злочинних обґрунтованим, а отже, звертає нас до теорій криміналізації в аспекті визначення хиб при її здійсненні.

У науці кримінального права криміналізація не часто виокремлюється як самостійна теорія. Визнається належність криміналізації до кримінально-правової політики [2, с. 230-231; 3, с. 326]. Так само не заперечується те, що криміналізація має узгоджуватись із засадами кримінального права та бути обумовленою існуючими обставинами, бути можливою, допустимою та доцільною [3, с. 234-239; 4, с. 117-118]. Про теорію криміналізації, втім, можна говорити із застереженнями до способів її здійснення та пояснення процесу криміналізації. Ці складові характеризують криміналізацію з огляду як на широке, так і вузьке визначення, вказують, чи йдеться тільки про закріплення діяння як злочинного, чи про непряме посилення криміналізації шляхом змін до кримінального закону. За допомогою відповідних складових з-поміж поглядів та позицій щодо криміналізації можна виділити наближені до теорій підходи.

За одним підходом криміналізація тлумачиться як відповідність ознаці суспільної небезпечності діяння та неминучості настання відповідальності [6, С. 35-51]. Тобто вся діяльність з віднесення діянь до злочинних стосується перевірки того, чи узгоджено між собою запит на криміналізацію у формі суспільної небезпеки та застосовність кримінального закону згідно з принципом неминучості кримінальної відповідальності [6, с. 36-37]. У цьому підході більше немає мірил, якими б визначалась кримінальна караність діянь, а натомість поєднується ознака злочину та принцип кримінального права.

Із вищезгаданих праць найбільш близькими до теорії криміналізації є позиції Д. Балобанової та В. Кудрявцева. Пояснюється це тим, що автори не виключали зі способів криміналізації визначення загальних підстав кримінальної відповідальності та ознак складів діянь, які є злочинними [4, с. 16-19; 5, с. 60-61]. На нашу думку, попри термінологічні розбіжності, саме ці підходи відображають криміналізацію як процес, який має оцінюватись на дотримання соціальних та правових принципів. Зазначені принципи в рівній мірі стосуються передумов і доречності криміналізації. Повертаючись до початку, ми все одно маємо вирішити, чи впорюються запропоновані авторами підходи із тим, що потрібно вважати неправильною криміналізацією. У світлі цього звернемося до авторських пояснень принципів криміналізації.

Обидва автори визнають соціальні й соціально-психологічні та технічні (інакше – системно-правові) принципи криміналізації, яких треба дотримуватись [4, с. 207-239; 5, с. 118, 171-172], однак однозначного витлумачення криміналізації, яка здійснюється всупереч даним принципам, не надають. Звісно, це не означає, що наявність хиб у криміналізації не враховувалася взагалі: акцентували увагу на очевидній помітності вад криміналізації в разі порушення правових принципів (відсутності прогалин і надмірності, термінологічній єдності, співмірності санкції та економії репресії) [4, с. 235-241; 5, с. 57-58]. Тоді як позначення такої практики як

помилкової можливо тільки припускати навіть із розрізненням криміналізації за дотриманням і недотриманням принципів її здійснення. Так, без соціальних і психологічних принципів криміналізація призведе або до безпідставності (в разі порушення принципів поширеності діяння, суспільної небезпечності діяння, адекватності), або до надмірності, неточності. Причому автори не заперечували, що наслідок недотримання може бути однаковим як для першої групи принципів, так і для другої.

Логічним продовженням у цьому випадку є спроба звузити недотримання принципів криміналізації шляхом вказування на її наслідки. Послугуючись вищезазначеними підходами, теорію криміналізації намагаються зробити більш прикладною та зручною у застосуванні. Зокрема, є спроба пояснити всю процедуру неправильної криміналізації через ігнорування законотворцем чотирьох запитань, які стосуються таких вимог до криміналізації, як: її придатність, достатність, необхідність і точність [7, с. 94]. Одразу ж видно, що для належного застосування теорії криміналізації потрібно адаптувати велику кількість вимог до стислих форм, які одночасно відображають засади, на яких має здійснюватись криміналізація, а також об'єднують наслідки, які характерні для порушення цих засад. Пропонований перелік запитань на перевірку криміналізаційної практики виділяється тим, що визначені в попередніх працях засади правильної криміналізації автор не розглядає відокремлено від законотворення, враховуючи процес і результат криміналізації в їхній єдності.

Зрештою, виокремлення ключових умов / правил правильної криміналізації продовжується у вітчизняній науці дотепер. Наприклад, пропонувався ще більш інструментальний підхід із застосуванням майже всіх згаданих Кудрявцевим, Балобановою та пристосованих до практики Мельником принципів (їхніх антиподів) – безпідставності, надмірності, неточності – з огляду на те, чи дотримується принцип рівності у кримінальному праві під час криміналізації [8, с. 214-219.]. Хоча таке розуміння помилкової криміналізації і правильно описує наслідок – порушення принципу рівності, – поза цим наслідком опиняються недотримані принципи мінімізації

кримінально-правової репресії, достатності, необхідності. Ми б радше стверджували, що порушення принципу рівності (через встановлення відповідальності за злочини таким чином, що лише діяння однієї частини суспільства фактично переслідуються) є одним із результатів криміналізації, яку здійснили без перелічених автором принципів. Останні мають цінність не тому, що вони охоплюються однією-єдиною рівністю, а тому, що байдужість до кожної засади криміналізації матиме спільні негативні наслідки для кримінального закону через внесення невизначеності та перегромаджень, спотворюватиме кримінально-правову політику.

Попередньо наведені підходи до криміналізації не повністю визначають фундаментальні положення про те, на чому має ґрунтуватися відповідна практика віднесення діянь до злочинних. Тож треба звернутися до криміналізації як способу кримінально-правової політики, позаяк дотримання правил навіть інструментального підходу, запропонованого М. Мельником, не оцінюється відокремлено від законопроектувальних практик, просякнених цінностями та ідеями, що якраз і вступають у протиріччя з ідеями та цінностями, унаочненими в кримінальному законі. Для підкреслення проблем помилкової криміналізації й одночасного надання їм теоретико-практичного сенсу пропонують діяти так: запитувати, яку мету переслідує криміналізація як першочергова реалізація кримінально-правової політики, зважаючи на мету кримінального права в цілому [9, с. 29]. У зв'язку з цим помилковість криміналізації ліпше помітити тоді, коли порушуються визнані кримінально-правовою наукою принципи, що забезпечують належну кримінально-правову політику. Це не позбавляє важливості проведення аналізу на дотримання під час криміналізації принципів, описаних вище. Утім, користь від контекстуального обумовлення теорій криміналізації (з її викривленням – помилковою криміналізацією) засадами кримінального права, формалізованими як принципи кримінально-правової політики, полягає у схожому для інструментального підходу полегшенні застосування теоретичних надбань до практики законотворення завдяки виокремленню запитань до законотворця.

Щодо кримінально-правової політики безпосередньо, то українські автори погоджуються з тим, що її впровадження має здійснюватися на таких засадах, як: диференціація кримінальної відповідальності та індивідуалізація покарання; зменшення кримінально-правової репресії; доцільність; невідворотність [10, с. 12-13; 11, с. 68-69]. Тож хибність криміналізації мала б визначатися порушенням не численних принципів, які можуть як стосуватися, так і не стосуватися кримінально-правової політики, а неврахуванням лише принципів кримінально-правової політики, характерних для криміналізації як способу її впровадження.

З огляду теорій криміналізації загалом можна дійти висновку, що дотримання принципів, притаманних їй як складовій кримінально-правової політики, разом із принципами, що характерні для процесу криміналізації, вважається імперативом для законотворця при внесенні змін до кримінального закону. А ми пам'ятаємо, що перше питання, яке одразу ж потребувало відповіді після прочитання статті закону про кримінальну відповідальність, стосувалося того, які ж хиби можуть виникнути під час визначення діянь як злочинних. Ми можемо погодитись з тезами, що процес і результати криміналізації невіддільні, що засади кримінально-правової політики, засади соціальні й системно-правові в їхніх тезових варіантах є важливими для криміналізації. Проте не виходить однозначно визначитись із помилковою криміналізацією, зокрема щодо того, чи є суттєвим для її появи порушення лишень загальних принципів кримінально-правової політики чи неврахування соціально-психологічних і системно-правових засад. Через це надалі ми зупинимося на тому, які є види помилкової криміналізації та на її відмінності від суміжних явищ кримінально-правової політики.

## **1.2. Відмінності від належної криміналізації та декриміналізації, пеналізації.**

Теорії криміналізації хоч і надають принципи для етапів криміналізації, прямо не впорядковують випадки порушень цих принципів у концепцію помилкової криміналізації. Невиконання вимог обґрунтованості, повноти, правильності та ненадмірності криміналізації [7, с. 94-98] виглядає як протилежне врахуванню всіх факторів, що впливають на криміналізацію [5, с. 73-74]. Зрештою, оцінювання правильності криміналізації потребує таких засад, які легко застосовуються та водночас вичерпують собою наслідки хиб, яких допустилися у криміналізації. Підхід, запропонований М. Мельником, передбачає вичерпні засади криміналізації. Тоді лишається запитання, які принципи застосовуватимуться для порівняння помилкової криміналізації з хибною, якщо наслідки помилкової криміналізації звести до необґрунтованості, надмірності, неповноти та неправильності [7, с.94-97]. Ми не заперечуємо важливості так званих передумов криміналізації, або ж соціально-психологічних принципів, які викликають протиріччя в процесі криміналізації [11, с. 335-336], бо ж від них залежить і сприйняття та ставлення до кримінально-правової політики у суспільстві. Водночас, якщо керуватися метою виокремлення не передумов, факторів чи чинників, а принципів, без дотримання яких криміналізація буде необґрунтованою, неповною, неправильною та надмірною, доведеться обмежитись лише тими, що відповідають законотворчій суті криміналізації.

Підходи до криміналізації, що їх пропонували В. Кудрявцев та Д. Балобанова, однаково зважають на підгрупу так званих кримінальних системно-правових принципів належної криміналізації, до яких входять:

- правило заборони надміру в криміналізації;
- правило термінологічної коректності криміналізації;
- правило повноти складу діяння, що криміналізується;

- правило співмірності санкції та економії кримінальної репресії [5, с. 78-79; 4, с. 235-241]

Із цього переліку можна побачити, що засади криміналізації підібрані таким чином, аби допомагати в законопроектній діяльності, тобто в процесі, частково згаданому у частинах 2, 3, 6 статті 3 закону про кримінальну відповідальність, які стосуються внесення змін до законодавства про кримінальну відповідальність і віднесення діянь до кримінально-караних[1]. Автори не наполягають на першості перелічених засад криміналізації [5, с. 78][4, с. 208], але при цьому вони визнають або очевидність і легкість у аналізі на відповідність криміналізації саме цим принципам [4, с. 241], або ж принаймні розмежування підстав і принципів криміналізації, де серед останніх обов'язково є кримінальні системно-правові [5, с. 79]. Тобто процес криміналізації тлумачиться як спосіб кримінально-правової політики, що ми обговорювали в попередньому підрозділі, і до нього застосовні чотири засади, що запобігають різновидам помилкової криміналізації. Ці ж засади узгоджуються з вимогами ненадмірності, обґрунтованості, повноти та правильності [7, с.94-97].

Чи змінюється розуміння вимог належної криміналізації при співставленні із декриміналізацією? Є думка, що будь-яка теорія декриміналізації має будуватися з огляду на умови наявності надмірної криміналізації, протиріччя між нормами кримінального закону з іншими законами, «прихованої декриміналізації», унікальності регулювання окремого питання, хаотичної практики та випадковості норми[12, с. 476-477] – себто на запобігання наслідкам, описаним у підходах до криміналізації, які ми назвали інструментальними [7, с. 94-99; 8, с. 214-219.]. Через це недотримання принципів належної криміналізації, яке призвело до наслідків у вигляді неузгодженості норм, нестабільності в правозастосуванні, випадковості та відносності заборони на додачу до надмірної криміналізації [12, с. 476-477], може бути визнано передумовою декриміналізації. Бо остання є протилежною не стільки в принципах криміналізації, скільки в напрямку їхнього

застосування: на відміну від належної криміналізації та її хибного варіанту, декриміналізація має ґрунтуватися на наслідках недотримання принципів правильної криміналізації, щоби в майбутньому вилучити діяння з кола злочинних. Тому принципи, які названі кримінальними системно-правовими, за умови їхнього недотримання, відповідають неправильності, необґрунтованості, надмірності та неповноті, що позначають порушення законодавцем побудови кримінального закону і свідчать про помилки у напрацюванні, формулюванні кримінальних заборон. Натомість декриміналізація застосовна в якості виправлення зазначених наслідків, оскільки для її здійснення потрібно попередньо оцінити, в чому ж хибність проведеної криміналізації.

Тож відмінність між помилковою криміналізацією, належною криміналізацією та декриміналізацією показує, якою є роль принципів правильної криміналізації, а саме: оцінювання недотримання цих засад для констатації помилковості криміналізації, встановлення видів помилок криміналізації задля обґрунтування майбутньої декриміналізації. Звідси наслідки помилкової криміналізації стають визначальним. Якими бувають наслідки помилок у криміналізації? До цього ми говорили про наслідки у зв'язку із порушенням засад криміналізації як способу кримінально-правової політики, хоча в кримінально-правовій науці поняття наслідків криміналізації заторкують у розумінні співмірності їхніх негативних і позитивних сторін при реалізації кримінально-правової політики [13, с. 11; 4, с. 220-221], результатів криміналізації та її (не)обґрунтованості [5, с. 96]. У цих позиціях є спільність: прирівнювання наслідків криміналізації до наслідків застосування закону про кримінальну відповідальність. Якщо погодитись із цим, справді, підхід із чотирма видами помилок криміналізації не буде коректним, позаяк ми обрали значно вужче визначення наслідків на основі кримінальних системно-правових принципів, але не враховуємо вплив хибної криміналізації на суспільство в цілому. Тож подальше з'ясування полягає в тім, як співвіднести криміналізацію та її хибний варіант із пеналізацією.

Рухаючись у протилежному напрямку, пеналізацію в кримінально-правовій науці вважають відмінною за такими складовими: об'єкт, суть і послідовність її здійснення [14, с. 325]. Попри застосування пеналізації, як і криміналізації, за лаштунками кримінально-правової політики, небезпідставно наголошується на тому, що перша потрібна для законодавчого визначення покарання і, відповідно, не може ототожнюватися за своїм процесом і наслідками криміналізації [15, с. 18-19, 20-21]. Якщо так, виходить, що немає сенсу ототожнювати негативні наслідки застосування кримінального закону у вигляді суспільних колапсів і пригноблення засудженої людини [5, с. 96], оскільки помилкова криміналізація, як і належна, стосується іншого об'єкта – суспільно небезпечного, а не вже криміналізованого, діяння, – а також здійснюється не обов'язково водночас із пеналізацією [16, с. 371-372]. Тож коли ми порівнюємо пеналізацію з попередніми способами кримінально-правової політики – криміналізацією, хибною криміналізацією та декриміналізацією – видно, що принципи криміналізації відіграють роль тільки за умови одночасного введення нового діяння в коло кримінально-караних і встановлення санкції за його вчинення. Інакше помилковість криміналізації не має впливу на пеналізацію, а отже, прирівнювання чималих негативних соціальних наслідків застосування кримінального закону до наслідків криміналізації не є виправданим. Нарешті, відмінність наслідків криміналізації та пеналізації свідчить, що думка про значущість низки кримінальних системно-правових принципів у процесі криміналізації та її оцінки підтверджується. Тому процес криміналізації як способу кримінально-правової політики матиме наслідки саме для системності кримінального закону. При належній криміналізації нові діяння стають кримінально-караними таким чином, що вищезгадані принципи ненадмірності, повноти, обґрунтованості й правильності дотримані. Натомість при хибній криміналізації цими принципами нехтують. Що ж до проявів помилкової криміналізації, то тут варто зважати на те, як законодавець розширив перелік кримінально-караних діянь новими [9, с. 40]. Хоч єдиного переліку проявів видів помилкової

криміналізації немає, почасти автори наводять чимало дій законодавця, які вважають криміналізацією. Так, за однієї з думок, проявлятися криміналізація може шляхом внесення змін не тільки до Особливої частини кримінального закону, а й до ознак складів злочинів, до Загальної частини щодо підставі і умов кримінальної відповідальності, до актів, на які покликається бланкетна диспозиція [5, с. 59-61]. З іншого боку, зазначають і те, що абсолютизувати всі зміни до Особливої частини кримінального закону як криміналізацію не варто [17, с. 59]. Отже, аналогічно до належної криміналізації, помилкова криміналізація помічатиметься в змінах, що вони були внесені в закон про кримінальну відповідальність, але лише тоді, коли ці зміни унеможливають віднесення діяння до кримінально не караного [9, с. 40].

Врешті-решт, можна стверджувати, що помилкова криміналізація виникає під час законотворення, позаяк зміни до Особливої частини закону про кримінальну відповідальність мають вади щодо ненадмірності, обґрунтованості, повноти та правильності, які проявляються в чинності внесених змін до тексту Особливої частини закону про кримінальну відповідальність. Натомість наслідки помилкової криміналізації, зокрема в правозастосуванні, звісно, потрібно враховувати, але при цьому треба виокремлювати хиби власне криміналізації (коли застосовують норму, що рясніє надмірністю чи іншими трьома хибами) від хиб пеналізації (якщо на основі зміненої диспозиції санкцію застосовують всупереч загальним засадам призначення покарання).

У підсумку криміналізація та правила її здійснення, хоч і є визнаними, та не завжди з багатоманітності цих правил вдається вилучити тільки ті, що безпосередньо стосуються криміналізації й запобігають її помилковості.

З-поміж усіх розглянутих підходів до криміналізації ми обрали ті, в яких поєднуються принципи ненадмірності, обґрунтованості, повноти та правильності із кримінальними системно-правовими принципами. Це не протирічає принципам кримінально-правової політики, а продовжує їх, адже економія в застосуванні кримінально-правової репресії, доцільність у

віднесенні діянь до кримінально караних є загальними настановами як для криміналізації, так і для декриміналізації, пеналізації. Помилкова криміналізація має розглядатися як неправильна реалізація кримінально-правової політики через порушення кримінальних системно-правових принципів. Чому саме цих принципів? У зв'язку із впровадженням криміналізації шляхом внесення змін до кримінального закону порушення цього процесу стосуватимуться тільки формулювання норм, їхніх взаємозв'язків з іншими, коли зі зміною норм діяння стає кримінально-караним. Після порівняння помилкової криміналізації, як і належної, з декриміналізацією та пеналізацією, не варто оцінювати наслідки криміналізації – види помилок, яких допустився законотворець, порушивши системно-правові принципи, – крізь наслідки пеналізації. Що ж до належної криміналізації та декриміналізації відмінності радше в меті застосування цих принципів: у першій це задля правильного втілення кримінально-правової політики, у другій – для діагностування помилок і обґрунтування їх виправлення шляхом виключення діяння з переліку кримінально-караних.

### **1.3. Помилкова криміналізація у законотворчій практиці**

Із знанням принципів криміналізації можна звертатися до законотворення з метою перевірки того, як і які саме принципи не дотримуються. У цьому аспекті теорії й концепції криміналізації, про які йшлося у попередньому розділі, не так часто застосовуються. Зокрема, лишень дослідження Д. Балобанової [3;5] та В. Гацелюка [9] були безпосередньо присвячені, відповідно, кримінально-правовій політиці разом із динамікою кримінального закону та практиці внесення змін до КК України. Через це належна і хибна криміналізація розглядаються одночасно і як засіб протидії злочинності, і як реалізація кримінально-правової політики. У результаті встановити правильність криміналізації стає важче, позаяк коло її так званих засад – коли

не застосовують інші найменування – щоразу розширюється. Але якщо ми вже обрали для застосування системно-правові принципи, то що це дає? Для відповіді на це запитання доречно розглянути законотворчу діяльність.

Так, якщо пріоритетними при оцінюванні законотворення є якість документа, виправлення недоліків у термінології та логіці стає неминучим [18, с. 460]. Спільність нормопроектувальних вад законів у разі криміналізації унаочнюється принципом правильності, або термінологічної коректності [4, с. 237] [7, с. 96]. Це ніяк не означає, що інші три принципи криміналізації втрачають сенс, оскільки їхня роль є більш детальною відносно загальних принципів кримінально-правової політики. Та все ж серед писаних правил для проєктантів законів інші три принципи криміналізації не відображені. Наприклад, є вимоги до законотворців, які загалом покликані допомагати у формулюванні норм і положень у будь-якій галузі. У правилах, адресованих українському законотворцеві [19], можна виділити ті, що стосуються винятково законопроектів про внесення змін до законів і кодексів. Це наступні вимоги: щодо впорядкування за розділами, пунктами, підпунктами та абзацами всього тексту; недоречність постійних викладень законів, до яких вносяться зміни, у нових редакціях; розподіл частин на власне зміни, що пропонуються, та на термін набрання чинності; невнесення змін до закону, який сам вносив зміни, за винятком частини про термін набрання чинності; дотримання орфографічних та граматичних правил [19, с. 19, 21-22, 27]. Попри вичерпність у проблемах термінології та структури законопроекту, згадані правила оминають проблеми повноти, ненадмірності та обґрунтованості запровадження змін шляхом віднесення діяння до кримінально-караних. Тобто ці правила є законодавчо-технічними, тоді як криміналізація діяння має рахуватися з теоретичними концепціями цього явища. Водночас своєчасність введення принципів належної криміналізації окремо від правил формулювання законопроектів про внесення змін до кодексів навряд чи є не виправданою. Інакше не порушувалося б питання про поєднання великої кількості норм щодо одного родового об'єкта в одну, аби хоч якось компенсувати стрімке внесення

змін до закону про кримінальну відповідальність [9, с. 107]. Нарівні з цим потрібно пересвідчитись, чи дійсно мірило криміналізації за допомогою чотирьох принципів є адаптованим до законотворчої діяльності. Для цього ми обрали п'ять нещодавніх законопроектів про внесення змін до КК України. Важливо з'ясувати, які види помилкової криміналізації – надмірна, необґрунтована, неповна чи неточна – превалюють у законопроектах, з урахуванням висновків Головного науково-експертного управління Верховної Ради України. Це дасть змогу перевірити коректність визначення помилкової криміналізації як допущення появи в кримінальному законі норм, які не відповідають кримінальним системно-правовим принципам належно здійсненої криміналізації.

У першому проекті зміни полягали у введенні нового діяння, яке позначалося як колабораціонізм [20; Додаток]. Оцінивши законопроект, експерти відповідного управління Апарату Верховної Ради вказали на надлишковість введення запропонованого складу злочину [21; Додаток]. Окрім цього, врахувавши спірне формулювання диспозиції поданої статті, експерти зацентували увагу на тлумаченні родового об'єкта, яке внеможливиє віднесення захисту національної безпеки союзників України до об'єкта кримінально-правової охорони [21; Додаток]. З огляду на такий висновок помилки законотворців є порушеннями принципів заборони надміру [4, с. 234-235; 7, с. 95-96] та обґрунтованості [7, с. 94-95].

Другий за нашим порядком законопроект, найбільший за обсягом, охоплював за предметом криміналізацію діяння як в частині опосередкованого встановлення кримінальної відповідальності до відмінного від фізичної особи суб'єкта, так і в наданні текстових змін у наявних складах злочинів за ст. ст. 197-1, 205-1, 358, 368-4 КК України [22; Додаток]. Як ми згадували в попередньому розділі, криміналізація здебільшого здійснюється шляхом внесення змін до розділів закону про кримінальну відповідальність, де описані склади злочинів, але в наданому проекті експерти зауважили, що через нероз'яснення термінів, поняття «уповноваженої особи» стало таким, що його

введення до ст. 96-3 КК України не завадило б застосуванню кримінальної відповідальності у формі покарання [23; Додаток]. Себто зміни в Загальній частині могли криміналізувати діяння. Це явище є скоріш схожим до випадкової декриміналізації, до якої ми повернемося, коли розглядатимемо судову практику. Що ж до введення чергової нової статті, а саме ст. 197-2, то у висновку пояснюється, що створення такого складу злочину, з особливим наголосом на ч. 4 статті, нібито задля підкреслення загрозовості одного лишень діяння самочинного будівництва, насправді буде протирічити як родовому об'єкту, так і порушуватиме логіку об'єктивної сторони цього ж злочину [23; Додаток]. Іншою новелою було опосередковане переформулювання одразу кількох статей кодексу, зокрема ст. 366, шляхом створення нової примітки. Експерти дійшли висновку, що ця зміна об'єктивної сторони складу службового підроблення не має підстав, адже інший родовий об'єкт, розміщений на один розділ позаду, охоплює порядок використання електронних обчислювальних машин, а отже, криміналізація не буде обґрунтованою [23; Додаток].

У законопроекті № 6084 [24; Додаток] пропонувалося доповнити Особливу частину кодексу ст. 321-3, яка мала б охороняти відносини з використання документів про щеплення проти інфекційних хвороб. Варто зазначити, що у своєму висновку до цього проекту експерти вже прямо назвали надмірність хибою криміналізації [25; Додаток]. Причиною цього було те, що наявні склади злочинів за ст. ст. 358, 366 КК України врегульовують відповідальність за підроблення [25; Додаток]. Також важливо, що в цьому висновку намагалися пояснити принципи заборони надміру як конкретизацію принципу економії кримінально-правової репресії [25; Додаток]. Це вимагає уточнення щодо чотирьох принципів криміналізації, що ми вважали є більш придатними до застосування. Зокрема, принцип економії кримінально-правової репресії, який у літературі йде разом із співмірністю санкції [5, с. 78-79][4, с. 235-241], насправді є дуже загальним, адже в цьому висновку його витлумачили крізь порушення принципу ненадмірності [25; Додаток]. Проте

порушення цього принципу під час криміналізації може означати і занадто жорсткі санкції, і необґрунтованість норми через бажання боротися з усіма діями завдяки збільшенню кримінальних заборон [11, с. 70-71]. У висновку так і визначили: надмірність у криміналізації призводить до порушення засади кримінально-правової політики [25; Додаток]. Другою помилкою було те, про що новий склад злочину пропонували встановити задля охорони об'єкта у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інших кримінальних правопорушень проти здоров'я населення, хоча мали внести цей склад до розділу, яким охороняються відносини щодо авторитету органів влади і, відповідно, порядку обігу та використання офіційних документів [25; Додаток]. Якби таку криміналізацію успішно здійснили, сутність діяння не була би правильно викладена з точки зору структури об'єктів кримінально-правової охорони, тому цей вид помилки відповідатиме неточності (неправильності) [7, с. 96].

У законопроекті № 5496 [26; Додаток], керуючись тими ж чотирма принципами криміналізації, можна стверджувати про наявність одразу трьох видів помилок. По-перше, у висновку приділили увагу обґрунтованості терміну «пропаганда» у формулюванні диспозиції нової статті, внаслідок чого пояснили, що без додаткової інформації під пропагандною наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів розумітимуть будь-яке діяння, яке фактично не варте уваги кримінально-правового закону [27; Додаток]. Традиційною помилкою був надмір у криміналізації: наявний склад за ст. 315 КК України вже досить широко охоплював усі можливі випадки схиляння до вживання наркотичних засобів [27; Додаток]. Останньою хибкою було термінологічне заплутування: через запропоновану норму по-своєму витлумачувалася б усталена законодавча термінологія щодо співвідношення наркотичних засобів / психотропних речовин та рослин і їх частин із вмістом відповідних засобів [27; Додаток]. Тож експерти послідовно застосували принципи криміналізації в аналізі законопроекту. Влучно підкреслено, що необґрунтованість віднесення діяння із невизначеною термінологією до

злочину справедливо є визначальною помилкою, яка не просто створює зайві норми серед незайвих, а робить зайвим закон про кримінальну відповідальність у суспільних відносинах. Було б доречно пояснити в самому висновку, що з цією хибною дотримання інших засад криміналізації не змінило б думку про її помилковість.

Одночасне виявлення більше ніж двох помилок криміналізації продовжилось і щодо законопроекту № 5513, яким нове діяння не вводилося, зате диспозиція наявного діяння суттєво змінювалася [28; Додаток]. Цього разу надмірність криміналізації пояснювалася існуванням зрозумілої законодавчої бази, за якою діяння щодо порушення порядку застосування засобів захисту рослин вже входило до переліку порушень законодавства про захист рослин, яке карається за ст. 247 КК України [29; Додаток]. У цьому випадку видно, що неповність (через неправильне визначення сутності діяння, його невиправдане відокремлення від понять у законодавстві про охорону бджільництва, рослин) супутня надмірності (створенню кваліфікованих складів злочину, які ґрунтуються на неточному розумінні поняттєвого апарату законодавства) [29; Додаток]. Оскільки сутність діяння, передбаченого за незміненою ст. 247 КК України, не була врахована, запропонована новела, за її схвалення, була б надмірною. Надмір проявився у неспівмірній санкції за кваліфікованими складами, яка різко контрастувала із санкцією за звичайним складом за ті самі діяння [29; Додаток]. Іншим недоліком, судячи з висновку, слід вважати неточність: законотворці виписали наслідки нових складів таким чином, що неможливо диференціювати кримінальну відповідальність з огляду на невизначеність наслідків, оскільки наслідок у вигляді загибелі бджіл або бджолиних сімей за статтею не відповідає поняттю бжолої сім'ї за спеціальним законом, де ця біологічна одиниця вичерпно прописана [29; Додаток].

Зрештою, з практики оцінювання законопроектів про внесення змін до закону України про кримінальну відповідальність можна встановити, що фактично застосовуються саме ті принципи криміналізації, які в науці

кримінального права зветься кримінальними системно-правовими. Щоправда, маємо зробити уточнення: економія кримінально-правової репресії та співмірність санкції навряд чи є принципом належної криміналізації, позаяк за цією максимою має здійснюватися вся кримінально-правова політика, а надмірність як вид помилкової криміналізації лише деталізує цю максимум до конкретного випадку (законотворення у сфері розширення переліку кримінально-караних діянь). Важливо також те, що види помилок криміналізації загалом не є взаємовиключними: можливе як неточне формулювання діяння, неповний опис складу злочину, так і надмірність, необґрунтованість. Отже, коли принаймні два принципи криміналізації порушені, встановлення ще декількох не змінює факту помилковості, тому що кожен з них є однаково важливим для правильної реалізації кримінально-правової політики на рівні законотворення.

#### **1.4. Помилкова криміналізація у судовій практиці**

Визначившись із видами помилкової криміналізації у законопроектній практиці, останньою перевіркою є огляд судової практики, в якій застосовують кримінально-правові норми із помилковими криміналізаціями, на відповідність видам помилкової криміналізації, про які йшлося до цього. У законотворчій практиці вироблення хибних норм кримінального закону не виправляється шляхом усунення недоліків у диспозиціях – законодавець може тільки написати наступний законопроект якісніше, що означатиме витрату більшого часу на його підготовку, тоді як хибно криміналізоване діяння залишиться незмінюваним, готовим до правозастосування. Чи однак означає це, що інша сторона – суди під час правозастосування – залишається пасивною, не зволікає на явні хиби законотворців у зміні кримінально-правових норм? Ця частина буде спробою відповісти на це запитання. Спершу зробимо два уточнення.

З-поміж чинних станом на січень 2022 року змін до переліку кримінально-караних діянь за українським законом про кримінальну

відповідальність на увагу заслуговують уже досліджені в іншій праці склади злочинів: ч. 1 ст. 158-3, ч. 1 ст. 240-1, ч. 2 ст. 255-1 [9, с. 221, 222, 217, 218, 219]. Автор дослідження вживав такий термін як «псевдокриміналізація» на позначення змін, які полягали у доповненні кримінального закону статтями з ризикою / спеціальними нормами [9, с. 39, 40, 107], проте ми продовжимо називати цю помилку надмірністю криміналізації, адже законопроекти зі спеціальними нормами як-не-як не скасовують інші норми, а створюють перешкоди для їхнього системного застосування, що пояснюється надлишковим дублюванням складів діянь і неможливістю однозначно кваліфікувати одне діяння за існування його продубльованих складів [7, с. 95]. Іще все ж варто зауважити про визначені автором види помилок і деякі відмінності з тими, що були помічені Головним науково-експертним управлінням Апарату Верховної Ради України щодо тих самих законопроектів. У статті, якою охороняються відносини в сфері достовірності виборчої документації, експерти виділили смислову хибу у формулюванні диспозиції, а саме: підписання остаточно не заповненого протоколу виборчої комісії не доречно вважати фальсифікацією, позаяк цю ваду в протоколі можна виправити [30]. Окрім експертів у законотворчій діяльності, такі ж самі зауваги лунали і від науковців [31, с. 147]. Ця помилка має вважатися поєднанням: 1) неточної криміналізації, адже проблема в тім, що законотворець сформулював об'єктивну сторону діяння всупереч тому, як насправді здійснюється заповнення виборчої документації, і які це має наслідки; 2) із надмірною, позаяк все одно доповнюється перелік кримінально-караних діянь, адже норма належить до спеціальної. Натомість із нормою, яка охороняє відносини у сфері законних дій з бурштином, експерти дійшли схожих із дослідником криміналізації 2001-2021 рр. висновків [32][9, с. 217], адже склад діяння є суто надмірним. Що ж до діяння у сфері громадської безпеки, то автор дослідження визначив склад за ч. 2 ст. 255-1 як надмірний і вичерпно не прописаний [9, с. 218-219]. Натомість у висновку до законопроекту були зауваги не стільки до надмірності, скільки до

обґрунтованості новели: найбільш антиномічним стало формулювання спеціального суб'єкта крізь статус надважливого злочинця, яким розміто підставу кримінальної відповідальності у вигляді вчинення особою діяння з ознаками складу злочину[33]. Через це доречно визначати хибу цієї криміналізації як необґрунтованість, яка якраз і полягає у применшенні ролі підстав притягнення до кримінальної відповідальності, переважанні неякісних розмежувальних ознак між кримінально караним і не караним діянням[7, с. 94]. Як ці новели були застосовані судами?

У першій справі щодо притягнення до кримінальної відповідальності за фальсифікацію виборчої документації фабула була такою:

«ОСОБА\_1 , ІНФОРМАЦІЯ\_1 , будучи членом вказаної дільничної виборчої комісії з виборів народних депутатів України одномандатного виборчого округу № 79, до остаточного заповнення протоколу, а також не на засіданні виборчої комісії, у пункті «Члени дільничної виборчої комісії присутні на засіданні» навпроти свого прізвища та ініціалів умисно підписала протоколи дільничної виборчої комісії про підрахунок голосів виборців на звичайній виборчій дільниці в одномандатному виборчому окрузі <...> та протоколи дільничної виборчої комісії про підрахунок голосів виборців на звичайній виборчій дільниці у загальнодержавному багатомандатному виборчому окрузі в межах одномандатного виборчого округу <...>» [34].

Суд не називає це діяння як одне із кваліфікованих складів у самій назві статті – себто фальсифікацією; замість цього суд зазначає окреме діяння з диспозиції – підписання [34]. Тобто виходить так, що назва статті, яка не набагато менша за її диспозицію, фактично не відповідає за своїм формулюванням діянню, яке є фальсифікацією. Друга справа за цією ж статтею полягала в таких діяннях:

«<...> ОСОБА\_1 діючи групою осіб разом з іншими членами виборчої комісії, без попередньої змови між собою, перебуваючи в приміщенні для голосування дільничної виборчої комісії <...> незважаючи на те, що голосування ще не закінчилось та що графі «Кількість голосів виборців, поданих за кандидата на посаду сільського/селищного/міського голови», які знаходились поряд з графою кандидата на вище сказану посаду не заповнені, підписався в дванадцятьох примірниках протоколу дільничної виборчої комісії про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці <...> а саме у графі «Голова дільничної виборчої комісії», до підсумкового засідання дільничної виборчої комісії та остаточного його заповнення»[35].

Йшлося про порушення вимог українського виборчого законодавства, які, втім, не названі в ньому самому фальсифікацією, через що суд вкотре назвав відповідний склад злочину не як фальсифікацію, а як «підписання іншим

членом виборчої комісії протоколу про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці до остаточного заповнення протоколу, а також підписання такого протоколу не на засіданні виборчої комісії»[35]. В останній справі щодо цього злочину кваліфікація діяння так само не відрізнялася:

«ОСОБА\_1 , здійснював повноваження секретаря дільничної виборчої комісії на виборчій дільниці <...> під час проведення позачергових виборів народних депутатів <...> виконуючи обов'язки секретаря дільничної виборчої комісії <...> до закінчення голосування і проведення засідання комісії, на якому здійснюється підрахунок голосів виборців, результати яких вносяться до протоколу, а також остаточного заповнення протоколу, умисно підписав протоколи <...> та протоколи <...> дільничної виборчої комісії про підрахунок голосів виборців у багатомандатному виборчому окрузі на виборчій дільниці <...> з виборів народних депутатів України у графі секретаря дільничної виборчої комісії навпроти свого прізвища, до остаточного заповнення протоколу та не на засіданні виборчої комісії» [36].

Укотре можна помітити, що діяння просто перераховуються, але не називаються фальсифікаціями [36]. Тобто в цілому можна стверджувати, що застосування цієї норми судами є спробою хоч якось компенсувати неточність її формулювання, враховуючи й те, що етимологічно «фальсифікація» визначається занадто загально, як підроблення [37, с. 1527], що мало би бути враховано при проєктуванні норми, аби суд міг встановити відповідність між назвою одного складу злочину і його диспозицією.

Потуги судів у виправленні помилкових криміналізацій не завжди бувають послідовними, про що свідчать справи про притягнення до відповідальності за посягання на відносини у сфері законних дій щодо бурштину. По-перше, це приклад того, як застороги експертів із законопроєктування впевнено справдилися: неможливо зрозуміти, навіщо застосовувати спеціальний склад щодо об'єкта охорони, який і так уже захищено кримінальним законом, ураховуючи що це рід, а не вид [32]. По-друге, позаяк у двох справах посягали на бурштин як на корисну копалину загальнодержавного значення [38][39], виходить, що кваліфікація діянь за спеціальною нормою не охороняє від порушення правил видобутку, коли це призводить до тяжких наслідків. По-третє, хоч діяння у справах, які ми обрали, вчинялися в час до та після зміни, важливо, що їхня схожість мала ускладнити

кваліфікацію вже після внесення змін, але цього не відбулося. Порівняємо фабули. Справа перша:

«ОСОБА\_1 обвинувачуються в тому, що він <...> з метою видобування корисних копалин загальнодержавного значення, а саме: бурштину сирцю, який відповідно до Закону України №637/97 ВР від 18.11.1997 <...> відноситься до дорогоцінного каміння органогенного утворення та відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України №827 <...> відноситься до корисних копалин загальнодержавного значення, прибув транспортним засобом невстановлених досудовим розслідуванням осіб до лісового масиву <...> керуючись корисливим мотивом, задля власного збагачення <...> за допомогою мотопомпи та знаряддя для незаконного видобутку бурштину-сирцю видобували бурштин-сирець, однак незаконну діяльність ОСОБА\_1 припинено працівниками територіального підрозділу поліції, у зв'язку з чим останній не зміг реалізувати задумане» (виділено нами. – А.В.) [38].

Кваліфікував це суд як закінчений замах на незаконне видобування бурштину за спеціальною нормою [38]. Справа друга:

«ОСОБА\_1 <...> маючи умисел на незаконний видобуток бурштину-сирцю, з корисливих мотивів та з метою особистого збагачення <...> самовільно, за відсутності спеціального дозволу (ліцензії) на використання надрами, без акту, що засвідчує гірничий відвід, без оформлення в установленому порядку документів, що посвідчують право на земельну ділянку, за допомогою заводської мотопомпи марки <...> шляхом гідророзмиву ґрунту намагався видобути каміння бурштину-сирцю, який відповідно до <...> Постанови Кабінету Міністрів України №827 <...> відноситься до корисних копалин загальнодержавного значення <...> проте не довів свій злочинний намір до кінця, з причин, які не залежали від його волі <...>»(виділено нами. – А.В.) [39].

Кваліфікація стадії вчинення діяння нібито не має дивувати: знову закінчений замах на незаконне видобування корисних копалин [39]. Утім, цього разу кваліфікація здійснюється за ч. 2 ст. 240 [39]. І пояснення такої відмінності у кваліфікації схожих діянь, з однаковими стадіями, щодо одного і того ж об'єкта немає. Ця ситуація доводить, що, подібно до схожої практики випадкової декриміналізації [40, с. 10-11], кваліфікацію діяння у разі помилкової криміналізації з надмірністю як її видом суду важко обґрунтувати з точки зору теорії кримінального права; на відміну від випадкової декриміналізації, суд якраз має обрати між нормами, в яких немає взаємовиключних приміток, але при цьому одна норма є надмірною і не виправленою. Тобто відмінність помилкової криміналізації від випадкової декриміналізації, продовжуючи підтему попереднього розділу, на практиці помітна у створенні різних перепон у судовому правозастосуванні: якщо при випадковій декриміналізації суд не може нічого вдіяти через створену

законотворцем нестачу норм, то при помилковій криміналізації (у виді надмірної) суд не може нічого вдіяти через норми, здавалося б, змінені у законному порядку, але які в сутності порушують взаємозв'язки в самому переліку кримінально-караних діянь.

Остання справа є поки що єдиною станом на січень 2022 року, в якій суд мусив вирішити питання про кваліфікацію за встановлення та поширення злочинного впливу [41]. Якщо коротко, за фабулою особа, яка перебувала у виправній колонії, звинувачувалася в шахрайстві та поширенні протягом семи місяців злочинного впливу на засуджених колонії [41]. Спірним було те, що обвинувачений отримав неофіційний статус кримінального авторитета, із колом певних повноважень щодо інших засуджених колонії [41]. Дії суду у цій справі є зразковими для інших судів: суд висунув декілька заперечень до застосування до обвинуваченого спеціальної норми за ч. 2 ст. 255-1. По-перше, суд згадав про галузеве законодавство, зокрема про встановлені у Кримінально-виконавчому кодексі та міністерських наказах правила поведінки засуджених, кваліфікувавши діяння особи як недотримання цих і тільки цих правил, покликавшись на неточність формулювання диспозиції для виправдання свого підходу [41]. По-друге, як і у експертному висновку до цієї новели [33], суд звернувся до загальної підстави притягнення до кримінальної відповідальності, визнавши, що саме по собі ствердження про статус особи не є достатнім для притягнення до кримінальної відповідальності, що означає принципову недопустимість такої та подібної криміналізації [41].

Розглянувши ці випадки застосування судами помилково криміналізованих діянь, не варто вважати, що наслідки, один раз створені законотворцем, стають незмінними у правозастосуванні. Навпаки, ознайомлюючись із передісторією норми з помилковою криміналізацією, суд може виправити її, якщо не змінюючи її, то принаймні доводячи наявність помилок, які покликані вирішувати самі законотворці. У такий спосіб захищатиметься як особа, так і системність закону про кримінальну відповідальність.

\* \* \*

За результатами дослідження поняття, видів помилкової криміналізації, законопроектної та судової практики з помилковою криміналізацією варто зробити уточнення щодо кримінальних системно-правових принципів, які висувалися до цього і які були обрані при дослідженні. Засада співмірності санкції та економії кримінально-правової репресії, незважаючи на відповідність переліку інших засад кримінально-правової політики, не є власне принципом криміналізації, а отже, і видом помилкової криміналізації. Порушення принципу заборони надміру, точності та обґрунтованості, повноти, особливо першого та другого, охоплює встановлення в нормі формулювань і санкцій, які створюють неякісний перелік кримінально-караних діянь, що призводить до неправильного застосування цих норм і спотворює кримінально-правову політику в частині економії репресії та встановленні співмірних санкцій. Але останні є ширшими наслідками щодо безпосередньо криміналізації.

Іншим важливим аспектом є те, що види помилкової криміналізації не взаємовиключні в практиці українського законотворення. Так, створення якомога більше конкуренцій між нормами, як правило, не здійснюється шляхом написання вдалих диспозицій і визначення всіх конститутивних ознак складів злочинів.

Що ж до специфіки помилкової криміналізації у судовій практиці, то тут важливим є те, що вид надмірної помилки є знайомим судам: так само вони долають і нестачу норм, коли законотворець випадково декриміналізував діяння. Та у випадку надміру, коли норм якраз забагато, суд долає невизначеність, яка є гіршою, позаяк спеціальні норми проєктують так, аби вони в будь-якому разі застосовувались, незважаючи на їхню якість. У цьому основна відмінність двох процесів на практиці. З іншого боку, суди не безпомічні, і можуть помічати новели з помилковими криміналізаціями. Особливо добре вдається помітити надмір, хоча подекуди зважають і на обґрунтованість, точність, повноту. Цікавим є підхід із невизнанням помилкової криміналізації шляхом підтвердження її необґрунтованості, адже

цей принцип є чільним запобіжником у розширенні переліку кримінально-караних діянь загалом, і його недотримання законотворцем при проектуванні норми має ризики залишитись незмінним і чинним упродовж невизначеного часу. Надалі варто звернутися до того, як законотворчість та правозастосування змінилися через рік війни, враховуючи і кримінально-правову політику.

## РОЗДІЛ 2

### КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА ТА ПОМИЛКОВА КРИМІНАЛІЗАЦІЯ ПІД ЧАС ВІЙНИ

#### 2.1. Засади кримінально-правової політики

На початку роботи вже частково згадувалася кримінально-політична сутність криміналізації. Процес правотворення є нічим іншим, як втіленням завдань і цілей політики у сфері кримінально-правових відносин [42, с. 4, 5]. І цей процес, утім, не є єдиним, адже вся кримінально-правова політика невідривна від правозастосування та профілактики злочинності [43, с. 311]. Цю думку – про етапність і чільне місце правозастосування – в цілому поділяють [11, с. 251]. Не завжди погоджуються з приводу називання однієї з політик «профілактичною» замість «кримінологічної», хоча щодо першості у цій тріаді власне кримінально-правової політики заперечень не висловлюють [44, с. 42-43]. Однак у питаннях засад, на яких має ґрунтуватися кримінально-правова політика, все подібно до засад криміналізації. Себто є позиції, за якими достатньо як засад співмірності та економії кримінально-правової репресії [45, с. 140, 141], так і ті, відповідно до яких засади бувають галузевими та функціональними (як загальні для всієї політики попередження злочинності) [46, с. 350-365]. Чи узгоджуються ці численні настанови з існуючою кримінально-правовою політикою?

Провідна участь у підготовці криміналізаційних законопроектів про внесення змін до КК України належить Комітету з питань правоохоронної діяльності. Вже як два скликання його повноваження залишаються однаковими [47][48]. Попри це, на офіційній веб-сторінці Комітету немає організаційних документів, у яких би були визначені ті згадані засади кримінально-правової політики [49]. Натомість єдиною стратегією, що вона входить у предмет відання цього Комітету, є «стратегія функціонування правоохоронної системи України» [48].

Додатково питання законодавчої діяльності також є предметом відання Комітету з питань правової політики [48]. Щодо кроків Комітету в цьому напрямку є, наприклад, прийнятий за основу у 2021 році Проект Закону України «Про правотворчу діяльність» № 5707 [50]. У ньому вже є щось подібне до тих засад, які наводилися та обговорювалися у цій роботі. Так, з-посеред переліку принципів правотворчості у ст. 3 проекту близькими до принципів повноти, обґрунтованості, ненадмірності та правильності криміналізації є:

- принцип правової визначеності;
- принцип пропорційності;
- принцип доцільності та обґрунтованості;
- принцип системності та комплексності;
- принцип наукового забезпечення[50].

Із наведених принципів видно, що принаймні за останні роки законотворці все ж повільно, але звернули увагу на важливість якісного написання бодай майбутніх законопроектів, врахувавши при цьому принципи, суголосні тим, які на практиці застосовуються до кожного закону про внесення змін до КК України (з Розділу 1).

Рухаючись далі, на рівень стратегічний, ситуація зворотна: зокрема в Указі Президента України № 276/2015 «Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки» проблема законотворення хоча б визнавалася:

« <...> існують системні проблеми у сфері стратегічного планування та у законодавчому процесі, зокрема: надмірна зосередженість на короткострокових рішеннях у законодавчому процесі, <...> відсутність стратегічного планування та належного аналітико-дослідницького забезпечення процесу проведення реформ, а також належного нормативно-правового та фінансового обґрунтування запланованих реформ; малорозвинені механізми моніторингу та оцінювання; <...>» [51].

Зате в Указі Президента України № 231/2021 «Про Стратегію розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки» (яким

скасовано чинність попереднього Указу) ні про що схоже не йдеться [52] – тобто недоліки законодавства і процесу його створення не вартують уваги, позаяк увесь акцент зміщено на судочинство.

Тож виникає непорозуміння. З одного боку, різноманіття напрацювань у науці з питань кримінально-правової політики, її засад, співвідношення з кримінологічною тощо, які насправді могли б допомагати у реалізації кримінально-правової політики. З іншого, якщо не несприйняття, то стримане сприйняття цих напрацювань у діяльності тих представників влади, яким визначення засад політики не є чужим. Що тоді вважати на даний момент дороговказами кримінально-правової політики?

По-перше, варто зважати на те, що в своїй основі українська кримінально-правова політика не може оминати визначального преамбульного речення з Конституції України, згідно з яким: «<...> піклуючись про зміцнення громадянської злагоди на землі України та підтверджуючи європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України, <...> приймає цю Конституцію - Основний Закон України.»[53]. Себто, навіть у ситуації, що ми описали – за недовизначеності засад кримінально-правової політики, – ніщо не заважає при формулюванні цих засад звертатися, ба навіть застосовувати засади кримінально-правової політики Європейського Союзу (ЄС).

Йдеться про ті принципи, що обов'язково застосовуються у провадженні кримінально-правової політики шляхом криміналізації у ЄС. Одразу видно, що в кримінально-правовій політиці роль засад не є другорядною, позаяк «мінімальні правила щодо визначення злочинів» фігурують в офіційному вжитку [54]. Ключовим документом тут є ст. 82 Договору про функціонування ЄС (ДФЄС), у частині 1 якого зазначається про можливість Європейського парламенту та Ради ЄС встановлювати знову-таки «мінімальні правила щодо визначення злочинів і покарань за найбільш серйозні злочини із транскордонним виміром» [55]. Окрім цього, розкриття «мінімальних правил» міститься в актах м'якого права, а саме: Повідомленні Європейської комісії

COM(2011) 573 final від 20 вересня 2011 року [56] та Резолюції Європейського парламенту від 22 травня 2012 року про підходи ЄС до кримінального права (2010/2310(INI)) [57].

Почнімо з першого документа, бо його суть якраз у викладенні правил-запобіжників, які, на думку комісії, доречні при здійсненні Європейським парламентом і Радою ЄС своїх повноважень за ст. 82 ч. 1 ДФЄС [56, р. 3-6]. Мінімальні правила складають лишень один із етапів оцінювання доцільності реалізації політики через віднесення діяння до злочинного. Процес прийняття рішення про криміналізацію повинен базуватися на:

1. дотриманні принципів субсидіарності та фундаментальних прав ЄС на всіх етапах;
2. необхідності та пропорційності – на етапі міркування про прийняття рішення про криміналізацію, щоби пересвідчитися в доцільності запровадження кримінально-правових методів боротьби зі злочинністю, а також на етапі обрання кримінально-правових засобів реагування;
3. правової визначеності (як мінімальне правило) – на етапі обрання кримінально-правових засобів реагування;
4. принципі доказовості – на етапі обрання кримінально-правових засобів реагування (означає наявність статистичних даних, які доводять необхідність криміналізації);
5. відповідності санкцій – на етапі обрання кримінально-правових засобів реагування (вирішення питань доцільності санкцій для конкретних діянь)[56, р. 6-8].

У Резолюції парламенту, покликаючись на вищезазначені засади, також зауважується, що серйозність діяння (зокрема у потенційних матеріальних і нематеріальних наслідках), альтернативи, транскордонні наслідки, необхідність спільної дії держав-членів ЄС, пропорційність санкцій є додатковими складниками засади необхідності та доказовості у здійсненні кримінально-правової політики [57, § 3].

Зауважимо, що попри відсутність внутрішнього офіційно витлумачення цих засад (тобто не у документах м'якого права), загальний висновок робиться на їхню користь у питаннях реалізації кримінально-правової політики, позаяк однозначним є зважання на наявність серйозності в діянні, яке пропонується криміналізувати, та на ефективність криміналізації, щоправда в обмеженому розумінні (як засобу для досягнення гармонізації права ЄС і держав-членів) [58, р. 31-39].

По-друге, чимало з перелічених засад кримінально-правової політики ЄС по суті вже вміщено у прийнятій за основу законопроект № 5707 [50]. Окрім характерних винятково для ЄС принципів субсидіарності, фундаментальних прав, ефективності, ми можемо виокремити подібні, а саме: принцип правової визначеності; пропорційності; доцільності та обґрунтованості; наукового забезпечення. Тож у цілому засади кримінально-правової політики, що вони притаманні ЄС, могли би стати дороговказами при провадженні криміналізації нині та в майбутньому. Звісно, що реалізація цих засад в українських умовах не означає, що вони повністю відобразатимуть усі свої відповідники з європейської кримінально-правової політики, враховуючи відмінність в умовах [59, с. 221], а головне: усталену протягом незалежності практику кримінально-правової політики, поки що чинний КК України, норми якого змінювалися всупереч цим засадам, і застосування яких потребує від судів неабияких тлумачних підходів (Розділ 1).

По-третє, як доповнення згаданих принципів, в українських умовах дороговказами можуть бути і складники верховенства права – власне майже ті самі вимоги правової визначеності, пропорційності, законності, недискримінації, обмеження дискреційних повноважень [60], з одною розбіжністю, що в нашому випадку ці складники позначатимуть якість кримінально-правової політики при прийнятті змін до закону про кримінальну відповідальність. Для оцінювання криміналізації після 24 лютого 2022 року ключовим є принцип заборони надміру (як системно-правовий) і правової визначеності (як кримінально-політичний). Це пояснюється тим, що сприйняття

та застосування закону про кримінальну відповідальність послідовним і справедливим чином, хоча ніколи не може відбуватися поза умов недосконалості писаних законів, все ж полегшується при врахуванні законотворцем існуючої законодавчої бази з кримінального права. З попереднього розділу помітно, що зрештою за хиби законотворця розплачується суд – деколи вправно та зразково долаючи помилкову криміналізацію. Але розраховувати суто на це під час воєнного стану вже не можливо. До того ж, тенденція до посиленої криміналізації навряд чи піде на спад допоки триває активна фаза війни; внаслідок цього увага до уникнення надмірності та її вчасне подолання є належним впровадженням кримінально-правової політики, яка спрямована на баланс між інтересами особи та держави.

З урахуванням поточного стану війни, особливо умови воєнного стану, вирішення питання про засади кримінально-правової політики відкладено на офіційному рівні. З нині чинної Стратегії з Указу № 231/2021 та формату висвітлення роботи Комітету правоохоронної діяльності можна тільки засвідчити, що про врахування засад кримінально-правової політики не йтиметься. Утім, це не означає, що оцінювання проєктів про внесення змін до закону про кримінальну відповідальність немає; воно проводиться радше громадянами, хоча і мало би проводитися на етапі законотворення. У підсумку наведені в проєкті Закону України «Про правотворчу діяльність» принципи здійснення законотворення, складники верховенства права в частині правової визначеності, домірності, які не далекі від засад європейської кримінально-правової політики, годяться для того, аби вже зараз оцінювати законодавчі зміни.

## 2.2. Помилкова криміналізація діянь за період дії воєнного стану

Запровадження 24 лютого 2022 року воєнного стану має негативні наслідки для законотворення. Своєю Постановою № 2568-IX Верховна Рада України обмежила висвітлення своєї діяльності шляхом трансляції відкритих пленарних засідань [61]. Тобто інформаційний супровід законотворчої діяльності апіорі перестає бути постійним, тоді як інформування тієї ж газети «Голос України» [62] не охоплює більш детальних результатів, як-от стенограми, аудіозаписи (які так само недоступні після лютого 2022 року).

Разом із цим законотворча діяльність триває далі, а тим більше – в напрямку здійснення криміналізації. Так, саме Комітет з питань правоохоронної діяльності ініціював (з 24 лютого по 21 червня 2022 року) більшість законопроектів [63]. Вже з умов війни можна припустити, що законотворчі пропозиції скоріш стосуватимуться посилення кримінальної відповідальності за вже наявні кримінальні правопорушення, головним чином у сфері національної безпеки, громадської безпеки та щодо військових правопорушень.

Як і у випадку із законопроектною практикою до введення правового режиму воєнного стану (Розділ 1), є сенс оцінити, чи були висунуті законотворцями рішення про криміналізацію непротивічними кримінально-правовій політиці в цілому та системно-правовим принципам зокрема. Для нас суттєвими є принцип заборони надміру та правової визначеності. Зауважимо, що нас цікавитимуть лишень прийняті повністю та за основу Закони про внесення змін до КК України станом на кінець лютого – початок березня 2023 р.

Одним із перших було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції» від 3 березня 2022 року № 2110-IX [64]. Криміналізовані два нових діяння: «образу честі і гідності військовослужбовця, погроза військовослужбовцю (ст. 435-1 КК України)» та «виправдовування, визнання

правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників (ст. 436-2 КК України)»[64]. Іншій статті – про відповідальність за порушення рівноправності громадян на ґрунті їхніх ознак (ст. 161 КК України) – додано тільки нову ознаку: регіональну ворожнечу як ціль діянь.

На перший погляд два діяння у сфері військових злочинів і злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного порядку виглядають виправданими, позаяк воєнний стан підтримується завдяки належному ставленню до захисників. З іншого боку, створення нового складу злочину за ст. 435-1 КК України схоже на вже знайому надмірну криміналізацію: всі варіанти з погрозою вбивством для даної категорії громадян прописано у складі злочину за ст. 350 КК України. Новелою статті є одне словосполучення: «образа честі та гідності» [64]. Ці поняття позначають особисті немайнові права, які охороняються Розділом III КК України; проте навіть там відсутня відповідальність за подібне діяння, позаяк захист честі та гідності здійснюються в цивільно-правовому порядку. Із другою статтею щодо відповідальності за дії, які виправдовують російську збройну агресію проти України, все чіткіше: законотворці криміналізували заперечення агресії з огляду на захист міжнародного порядку. Та і тут є зворотній бік: відповідальність за публічне заперечення російської збройної агресії переходить у конкуренцію між ч. 1 ст. 111 та ч. 1 ст. 436-2 КК України, щоправда поки що без наслідків для кваліфікації [65, с. 116]. Що ж до текстуальної зміни в ст. 161 КК України, то тут найбільше запитань: чим ця зміна обґрунтована, який стосунок вона має до запровадженого режиму воєнного стану? На рівні навіть своєї назви Закон не відповідає вимозі правової визначеності, позаяк з назви не вбачається, що один новий злочин (ст. 435-1) і несуттєво змінений старий (ст. 161) взагалі стосуються змісту цього Закону. У самій же пояснювальній записці до закону відтворена така ж сама ситуація: первісно цей Закон, вочевидь, не був ні про що інше, крім як ст. 436-2 КК України [66].

Наступним було прийнято Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану» від 24 березня 2022 року № 2160-IX [67]. Так само, як і попередньому випадку, криміналізували на вигляд нове діяння, одночасно змінивши положення і Загальної частини КК України. Як сказано в записці, мета прийняття Закону обумовлювалася потребою в притягненні до кримінальної відповідальності тих, хто тільки поширює відомості про військову допомогу Україні – не більше, не менше[68]. Однак й у цій новелі є надмір, оскільки інформація про переміщення або розміщення Збройних Сил України і досі є в переліку державних таємниць (п. 1.1.4 Розділу II Наказу «Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю» від 23 грудня 2020 року № 383)[69], а отже, складає предмет злочину за ч. 1 ст. 111 КК України. І при цьому законотворці не навели розмежувальної ознаки, яка б дала змогу визначити поширення інформації в умовах воєнного стану та шпигунство громадянином України в тих самих умовах. Водночас не всіма у кримінальному праві сприймаються розмежування ознак двох майже ідентичних діянь через словосполучення «за відсутності ознак...» [70, с. 54]. Змінивши Загальну частину, законотворці обмежили дію підінститутів звільнення від кримінальної відповідальності через закінчення строку давності, зробили позбавлення волі обов'язковим для готування та замаху на вчинення відповідного злочину, розширили підстави для застосування заходів кримінально-правового характеру у разі вчинення злочину за ст. 114-2 КК України [67]. Змістово це похідні від нової статті корегування, проте є проблема і в іншому: мета законотворців – встановлення справедливого покарання, а спосіб досягнення – безальтернативність у призначенні покарання у вигляді довічного позбавлення волі за готування або замах. З огляду на формулювання положень ст. 114-2 КК

України форма вини для цього діяння може бути умисною або необережною, через що підхід законотворців не виглядає домірним.

При внесенні змін Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне використання гуманітарної допомоги» від 24 березня 2022 року № 2155-IX[71] законотворче пояснення необхідності було ємним: зменшити непоодинокі епізоди нецільового використання гуманітарної допомоги[72]. І якщо оцінювати його формулювання, то видно, що законотворці вчасно змінювали початкову диспозицію нової статті: замість «нецільового використання» стало «незаконне використання з метою отримання прибутку». Проте ми не можемо не помітити того, що законотворчі прогнози щодо прийнятого Закону є скоріш бажаними, а не дійсно прорахованими. Чи означає це наявність надмірної криміналізації? Залежить від того, як дивитися на об'єкт нового протиправного діяння. Із врахуванням змісту диспозиції охоронюваний об'єкт злочину за ст. 201-2 КК контрастує з тими, що передбачені для Розділу VII КК України, позаяк йдеться не про відносини господарювання, а про порядок використання предметів, отриманих в якості допомоги і в умовах воєнного стану. У кримінально-правовій науці цей момент критикується більш різко: криміналізація відповідного діяння вважається надмірною через несумісність об'єкта охорони й існування кримінальної відповідальності за привласнення та розтрату майна в іншому Розділі VI КК України, із суворішою відповідальністю, причому і в умовах воєнного стану [73, с. 107-111]. Тож без врахування законотворцями чинних на момент розробки положень КК України, особливо в частині формулювання норм, їхні очікування щодо посилення відповідальності за згадане діяння не справдяться. Це знову-таки відсилає нас до засади домірності, адже засоби і мета законотворця виявляються неузгодженими між собою.

У Законі України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю в умовах дії воєнного стану» від 24 березня 2022 року № 2149-IX[74] автори прагнули

вдосконалити, за їхніми твердженнями, застарілі положення ст. ст. 361, 361-1 КК України, враховуючи воєнний стан і загрози кібератак [75]. Варто було очікувати, що законотворці додаватимуть умову вчинення діяння під час воєнного стану, як і в попередніх законопроєктах. Якщо зміни до ст. 361-1 КК є більш корегувальними, то новий виклад ст. 361 КК швидко привернув увагу з боку науковців. Основною причиною була неточність законотворців у переформулюванні згаданої статті. Зокрема у ч. 3 йдеться про тяжкі наслідки, тобто кваліфікаційні ознаки, і те, що вони можуть настати навіть для ч. 1, 2 ст. 361 КК, хоча їхні склади виписані як формальні [76, с. 411]. Через внесені зміни основний склад злочину став формальним. Описова вада нової статті виявилася основною. Ми погоджуємося, що надмірність відсутня [77, с. 160], позаяк нового складу злочину не створено, об'єкт посягання залишився таким самим. Цей Закон найбільш впливатиме на судову практику в тлумаченні частини 4 ст. 361 КК України, позаяк неточність криміналізації якраз і полягає у заплутуванні щодо суті діяння: чи воно формальне, чи все-таки матеріальне за своїм складом [7, с. 96]. На кримінально-політичному рівні ця неточність обумовлена недотриманням принципу правової визначеності. Насамперед у цьому випадку показником є узгодженість із самим КК України і його системним викладом, а саме в тім, що кваліфікований склад злочину існує за рахунок основного складу. Коли ж законотворець не визначив, яким має бути склад злочину, що криміналізується, і зберігає формулювання, яке взаємовиключає формально-матеріальний склад, не зважено принцип правової визначеності в частині уникнення суперечності в законі.

Законом України «Про внесення змін до статті 114-2 Кримінального кодексу України щодо удосконалення відповідальності за несанкціоноване розповсюдження інформації про засоби протидії збройній агресії Російської Федерації» від 1 квітня 2022 року № 2178-IX [78] зроблено власне те, проти чого застерігали: відмежування поширення інформації про розташування або переміщення за ч. 3 ст. 114-2 від державної зради у формі шпигунства за ч. 1 ст. 111 КК України на основі словосполучення «за відсутності ознак...» [70, с. 54].

У прийнятому за основу проєкті Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні порушення та Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу, зокрема в умовах воєнного або надзвичайного стану» від 11 квітня 2022 року № 7212-1 [79]. Пропонується додати нову ст. 245-1 у КК України, одночасно переформулювавши ст. ст. 245 та 252 КК. Важливо, що у своїй записці законотворці пояснили зміни так, наче прагнули лишень посилити пеналізацію за статтями чинного КК України [80], що натякає на тонку межу між внесенням змін до Загальної частини та Особливої, розмірами санкцій і формулюваннями диспозицій в процесі криміналізації і законотворчого бачення криміналізації та пеналізації як однакових явищ принаймні у своїй постійній діяльності зі змінювання КК України. За формулюваннями ст. 245 встановлюватиме відповідальність за знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу, тоді як нова ст. 245-1 – ті самі діяння тільки щодо лісу / лісових насаджень внаслідок порушення правил пожежної безпеки [80]. Спершу можна зрозуміти мету законотворців зменшити випадки підпалів, загострених до того ж невпинними бойовими діями [80]. Однак законотворчий підхід ще раз зводиться до написання майже ідентичних складів злочинів. За чинним законодавством об'єкти рослинного світу включають у себе все те, що розділено надвоє у законопроєкті (ст. 3 Закону України «Про рослинний світ»)[81], і охороняється чинним КК України однією статтею. Тобто законотворча мета могла би бути цілком досягнута не шляхом розділення статті 245 на додаткову 245-1, а на включення додаткової частини в першу, з відповідним об'єктом посягання, тим паче, що форма вини за ст. 245 буває як умисною, так і необережною. З приводу зміни формулювання ч. 1 ст. 252 КК, то тут радше йдеться про декриміналізацію, позаяк об'єкти природно-заповідного фонду, як і у вищенаведених статтях, перестають бути об'єктами охорони.

Логічним у світлі інтенсивної фази війни є звернення законотворців до питання криміналізації колабораціонізму та суміжних діянь. Так, безпосередньо

колаборціонізм таки було криміналізовано Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» від 3 березня 2022 року № 2108-IX [82]. Порівнюючи із проєктом, про який згадувалося у Розділі 1, не можна заперечити, що цього разу законотворці зробили роботу над помилками. Колабораційна діяльність деталізована за такими діяннями, як: публічне заперечення агресії / заклики до співпраці з агресором; зайняття посад (як некерівних, так і керівних) в незаконних органах влади на окупованих територіях; пропаганда у закладах освіти; передача матеріальних ресурсів; політичні заходи у співпраці з агресором без ознак державної зради; участь в судових, правоохоронних органах і незаконних збройних формуваннях [82]. Водночас, згадуючи вищезазначений Закон щодо криміналізації заперечення російської збройної агресії з 2014 року за ст. 436-2 КК України і чергове співпадіння та взаємозамінність криміналізованих діянь, формулювання ст. 111-1 може призводити до ситуацій, які мають як мінімум три варіанти вирішення: 1) через правила конкуренції загальної (ст. 111-1) та спеціальної (ст. 436-2) норми; 2) через правила часової колізійності між старою (ст. 111-1) і останньою (ст. 436-2) нормою щодо одного і того ж предмету регулювання; 3) через застосування ч. 3 ст. 436-2 в будь-якому разі шляхом застосування верховенства права [83, с. 200]. Справді, у чинному Законі вада щодо необґрунтованості виправлена, діяння викладені із чіткішими розмежувальними ознаками (щодо суб'єкта, форми заперечення та умов перебування суб'єкта). Разом із тим, надмірність в описанні діяння призвела до можливості виникнення проблем у кваліфікації або за статтею із жорсткішим покаранням, або за статтею із більш м'яким покаранням. Як висновок, зі зміною з'явилася правова невизначеність у зв'язку з одночасним регулюванням питання відповідальності за одне й те саме діяння різними статтями.

За предметним регулюванням схожим є і Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та

особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» від 14 квітня 2022 року № 2198-IX[84], бо він так само покликаний охороняти національну безпеку. Згідно із Законом встановлено окрему відповідальність за пособництво державі-агресору, що являє собою менший перелік діянь, на відміну від колабораціонізму. Із Пояснювальної записки до цього Закону зрозуміло, що головна мета законотворців була у захисті об'єкту Розділу I Особливої частини КК України шляхом зміни власне загальних процесуальних положень щодо запобіжних заходів, а саме: зробити запобіжний захід у вигляді тримання під вартою обов'язковим, за доведення ризиків, для декількох статей Розділу I КК України [85]. Утім, як і з попередніми воєнними новелами, тут у самій записці спостерігаємо двояке сприйняття різних, у законотворчому баченні, видів злочинних діянь – колабораційну діяльність і пособництво державі-агресору: «удосконалення відповідальності» не стало виправленням помилки колізії між колабораціонізмом і виправдовуванням, визнанням правомірною, запереченням збройної агресії проти України чи глорифікацією її учасників [83, с. 200]. Замість цього інше діяння стає додатковим різновидом криміналізованої співпраці з агресором. Загалом термінологія статті не нова, та річ у тім, що за ч. 4 ст. 111-1 вже є поняття передачі матеріальних ресурсів – і ч. 1 ст. 111-2 КК тепер теж його містить. Попри зауваги Президента України [86], невизначеність не обмежена зашироким поняттям інших форм взаємодії, і цей недолік залишився в чинній версії Закону. Адже дублювання одного і того ж поняття як ознаки складу двох на вигляд різних діянь підважує обраний законотворцями засіб – криміналізацію пособництва поза колабораціонізмом. З боку дослідників прямо зазначалося: правова визначеність знехтувана [87, с. 103-104]. Тож законотворчий підхід під час зазначеної криміналізації може призвести до ще однієї обов'язкової до застосування статті КК України, чий спеціально-колізійний зміст ускладнить притягнення до відповідальності колаборантів.

Прийнятий за основу Проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму, а також до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом» від 21 жовтня 2022 року № 8146[88] є винятком із попередніх, оскільки не суто криміналізаційний, змінює додатково п'ять спеціальних законів. Мета законотворців обумовлена введенням в дію положень Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму[89]. Засобами досягнення мети є, серед іншого, такі зміни до КК України: п. 3 ч. 1 ст. 96-3 (розширення діянь, за які застосовуються заходи кримінально-правового характеру), ст. 96-9 (розширення діянь, за які застосовується ліквідація юридичної особи), ст. 258-3 – 258-5 (зміна формулювання), ст. 258-6 КК України (нове діяння)[89]. Вводиться поняття «навчання тероризму» та злочину перетину державного кордону з терористичною метою[89]. Крім технічного недоліку у вигляді внесення змін одночасно до всіх законів, а не лише КК України, законотворчі цілі були викладені повно у записці[90], тоді як власне доповнення та зміни статей КК діяннями щодо перетину державного кордону України з терористичною метою та виокремлення навчання раніше не викликало заперечень [90, с. 106-109][91, с. 187]. Щоправда, пропозиції з приводу виокремлення навчання тероризму як окремого складу або ж створення нового Розділу Особливої частини КК України, присвяченої цим видам злочинів, скоріш залишиться предметом дискусій, позаяк у Проєкті не всі пропозиції були враховані [91, с. 186-187]. Зі сторони правильності термінології та визначеності понять законотворець доречно вніс зміни до абзацу 14 ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом», уніфікувавши терміни «перетину кордону» між двома нормативно-правовими актами[92]. Показово, що мета, для якої криміналізація виступала лишень засобом досягнення, навіть зрозуміліше виписана законотворцями в записці [89], що відрізняє згаданий Проєкт від попередніх, обумовлених бурхливими обставинами законів про криміналізацію.

Останнім і чи не найбільш чутливим став Закон України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці» від 13 грудня 2022 року № 2839-IX[93], адже на перший план виходять військові, чия відповідальність посилено. Як і в Законі № 2117-IX, тут корегуються розміри покарання (ч. 3 ст. 403 КК України), змінюються формулювання (ч. 5 ст. 407 КК України), однак із разючою відмінністю від інших законів: у Загальній частині законотворець змінює правило дії двох інститутів – призначення більш м'якого покарання та звільнення від його відбування з випробуванням (ч. 1 ст. ст. 69, 75 КК України) [93]. Чому звертати увагу на ці зміни, якщо вони текстуально тяжіють до пеналізаційних? По-перше, як ми пояснювали на початку роботи (Розділ 1), в умовах української практики законотворення криміналізація не може не охоплювати змін Загальної частини, які тільки супроводжують зміни Особливої частини КК. Особливо це стосується тих змін, які заторкують засадничі положення кодексу і прямо впливають на дію кодексу щодо великої кількості осіб, що безперечно в нашому випадку: інститути призначення більш м'якого покарання та звільнення від його відбування з випробуванням заборонені за вчинення п'яти військових злочинів. По-друге, сам процес пеналізації, який не тотожний криміналізації за змістом, так само не вподібнений процесу призначення покарання судами [94, с. 40]. Тому з огляду на складність нинішнього етапу війни, перехрестя публічних і приватних інтересів у даному Законі, його оцінювання на дотримання принципу домірності є виправданим щонайменше в тому випадку, коли на етапі законотворення цього не зробили.

Звернімося до Пояснювальної записки. Мета та завдання Закону розкриті як своєчасні: гармонізувати законодавство про правопорушення під час несення військової служби потрібно через незлагоджену судову практику щодо справ про самовільне військовослужбовцями залишення місця служби [95]. Але вже твердження про нагальне нормотворення як найбільш доречною відповідь на

розбіжність судової практики викликає сумніви; з попереднього розділу цієї роботи і наведених справ із застосованими змінами до КК України помітно, що нормотворення не стало рушієм послідовної судової практики, хоч як би часто подавалися законопроекти про внесення змін. Натомість у записці не згадано, які об'єктивні обставини обумовлюють потребу у прийнятті Закону [95]. Однак вирішальним є підхід законотворців із обранням засобів досягнення вказаної мети та виконання завдання. Бо ж кримінально-правові інститути ст. ст. 69, 75 Загальної частини КК України відтепер спеціально не поширені на військовослужбовців. Чи є сенс виокремлювати цю категорію громадян у такий спосіб? При визначенні наявності дискримінаційного ставлення з боку закону, крім легітимності мети, має існувати й домірність засобів на її реалізацію [60, с. 82-85]. Втілений у Законі засіб подібний до того, як держава провадить кримінально-правову політику у сфері протидії корупції, з єдиною відмінністю, що в антикорупційній політиці ці обмеження дійсно стосуються службових осіб і є суспільно обґрунтованими, важливішими для функціонування суспільства, ніж обмеження прав приватних осіб [96, с. 22-23][97, с. 174-176]; водночас у ситуації щодо військових схожий підхід якраз має шанси стосуватися більшості приватних осіб, які, на відміну від представників державної та муніципальної влади, не поступаються добровільно частиною своїх свобод. Якщо зважувати ті ж самі принципи невідворотності справедливого призначення покарання та потреби підтримання національної безпеки, то зрозуміти законотворців важче, позаяк ця об'єктивна обставина замінена потребою в послідовній судовій практиці тільки з одного виду правопорушення. Тож створення жорсткого порядку дії зазначених інститутів Загальної частини КК України не відповідає меті, що слугувала офіційною причиною внесення змін, що робить її необґрунтованою з точки зору криміналізації.

На прикладі перелічених змін можна стверджувати, що принципи здійснення кримінально-правової політики, як і принципи криміналізації, не враховуються під час підготовки проектів законів про внесення змін до КК України. У нашому переліку відсутній Закон України «Про внесення змін до

Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство» від 24 березня 2022 року № 2149-IX, положення якого є класично пеналізаційними, позаяк не роблять застосування змінених статей неминучим, порівняно з тим самим Законом № 2839-IX. За час дії воєнного стану основні зміни, як і до цього, були надмірними – склади «нових» злочинів існували до змін (за винятком проєкту Закону № 8146), введені зміни не роблять перелік кримінально-караних діянь правильнішим. Понад те, останнім показником доречності змін є практика судів із тлумачення відповідних норм.

### **2.3 Кваліфікація діянь: результати помилкової криміналізації**

Нам відомо, що суди і до 24 лютого 2022 року могли виступати і виступали як ті, хто обстоюють принципи належної криміналізації, подеколи спростовуючи законотворчі зміни. Оцінювати наявні судові рішення складніше, бо власне суди перебувають у різних умовах, не завжди безпечних, що може погіршувати якість написаних рішень. Другим фактором є робота Єдиного державного реєстру судових рішень, в якому частину рішень засекретили [98]. Повертаючись до головної теми, перевірка криміналізаційних змін за умов воєнного стану виправдана, бо тільки так ми однозначно визначимось, чи достатньо тільки судам усувати недоліки законодавчих змін під час тлумачення.

Починаючи зі ст. 161 КК України, варто зважати на те, що і до додавання нової ознаки щодо регіональної ворожнечі, зрозуміти, які діяння об'єктивно становлять розпалювання ворожнечі непросто [99, с. 26]. Тобто корегування статті було б кориснішим, якби описувалися власне умисні діяння, проте додали лишень одну ознаку, регіональну належність, але в самій статті йдеться саме про регіональну ворожнечу: їхнього розмежування в примітці не надано. Найлегше розрізняється ознака національної належності, як-от у справі № 297/1540/21 [100]. За фабулою особа погодилась за оплату виготовити 20 листівок із закликами ненависті до представників угорської національності, вчинивши діяння у співучасті. Суд кваліфікував діяння за ч. 2 ст. 161 КК

України, виокремивши погрози в роздруківках як ознаку складу, що кваліфікує основний[100].

У справі № 461/796/23[101] після внесених змін так само розглянуто діяння на предмет порушення рівноправності шляхом розпалювання національної ворожнечі. Так, у справі оцінювалися дописи особи, що вона їх зробила у Twitter, і в підсумку діяння кваліфікувалися як розпалювання ворожнечі на ґрунті національності, бо обвинувачений пропагував неповноцінність українців порівняно з росіянами[101]. На жаль, на відміну від довоєнної справи, в цій анонімізовані не тільки особисті дані, а й власне зміст дописів[101]. Через це зрозуміти, які ознаки суд обирав для кваліфікації діянь як розпалювання національної ворожнечі неможливо.

В інших справах діяння за ст. 161 КК поєднувалися зі складом злочину за ст. 436-2 КК. Зокрема, у справі № 398/3121/22 дії особи полягали у написанні і поширенні допису у додатку Viber, які були визнані судом принизливими та такими, що розпалюють національну ворожнечу[102]. Разом із цим у діях були й ознаки виправдовування, визнання правомірною, заперечення російської збройної агресії проти України, коли обвинувачений телефонував різним особам з різних номерів[102]. Аналогічною за кваліфікацією, але більш обґрунтованою, є справа № 204/3352/22[103], де йшлося про діяння священника. Зміст промови, що проголосив обвинувачений під час богослужіння, заперечував факт агресії проти України, і водночас розпалював національну ворожнечу[103]. Утім, у своєму формулюванні кваліфікації суд перелічив усі форми вчинення злочину за ст. 436-2 КК, хоча фактично в справі було саме заперечення, а не виправдовування, визнання правомірною, глорифікація учасників агресії[103]. Звісно, не виключають, що можлива реальна або ідеальна сукупність у вчиненні цього злочину [65, с. 116], проте в описаній справі суд цього не встановлював[103]. Тому застосована законотворцем назва ст. 436-2 КК, як колись із статтею про фальсифікацію виборчої документації (Розділ 1), має таку ж саму помилку: громіздкий перелік діянь, який під час кваліфікації не відмежовується залежно від змісту кожного

терміну, а розглядається вкупі з усіма формами вчинення діяння, переліченими в назві.

Яким чином суди розмежовували державну зраду за ст. 111 та поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану за ст. 114-2 КК України? Візьмемо декілька справ. Якщо виходити з того, що розмежувальною ознакою між ст. 114-2 та ст. 111 КК України є тільки наявність з-поміж адресатів інформації за ч. 3 ст. 114-2 саме таких суб'єктів, як держава, що здійснює збройну агресію проти України, або її представники, або інші незаконні збройні формування, або якщо вони спричинили тяжкі наслідки, то, наприклад, у справі № 188/380/22[104] суд застосував саме ч. 2 ст. 111 КК України при схожих обставинах. Згідно з фавбулою особа передавала фото пересувань військової техніки Збройних Сил України через додаток на телефоні[104]. На момент вчинення діяння чинним був КК України у редакції без ст. 114-2. Утім, складність полягає в схожості ознаки, яка тепер є нібито розмежувальною, з тією, яка оцінювалася судом. Так, обвинувачений у справі якраз і ділився інформацією з представниками незаконних збройних формувань, а не з органами держави-агресора[104]. Чи по-іншому кваліфікують після змін? Насправді так. У справі № 761/13295/22[105] суд теж розглядав діяння особи, яка поширювала інформацію про пересування та розміщення Збройних Сил України; однак на цей раз адресатами були як незаконні збройні формування, так і представник спецслужби держави-агресора[105]. Суд кваліфікував діяння за ч. 3 ст. 114-2 КК України. Визначитись, у чому ж різниця при застосування відповідної частини статті за наявності ознак державної зради (передача спецслужбі держави агресора інформацію про рух українських військ, про обстріли міста) та державної зради з наявними незаконними збройними формуваннями – цього в рішенні не вдалося зробити. Інші статті відповідного Розділу КК України мають достатньо складів злочинів, які охоплюють діяння,

виокремлені законотворцями в ще одну статтю з ризикою [106, с. 329]. Тому роз'яснення відмінностей між складами мало бути здійснене для правильного розмежування ознаки щодо наявності незаконних збройних формувань і її впливу на встановлення відповідності ознакам складу злочину. Кваліфікація повторилася ще в одній справі. За її фабулою обвинувачений ділився знімками екрану відеозаписів із зображенням місця розміщення Збройних Сил України з представником спецслужби держави-агресора[107]. Істотно те, що адресат у справі тільки один, без незаконних збройних формувань. І все ж ці діяння були кваліфіковані за ч. 3 ст. 114-2 КК України. Зважаємо і на відсутність оцінювання судом застереження про відсутність ознак державної зради або шпигунства: за змістом вона залишилася незастосовною, позаяк суд, найімовірніше, розглядав нову статтю як спеціальну і надав їй перевагу.

Ще одним схожим за своїм об'єктом є кримінальне правопорушення за ч.1 ст. 111-1 КК України в частині заперечення громадянином України здійснення збройної агресії проти України. Чи вдало судами розмежовується цей склад від ч. 2 ст. 436-2 КК України? За теперішніми напрацюваннями основними маркерами для застосування ч. 1 ст. 111-1 КК України є ознаки: суб'єкта – загальний (ч. 2 ст. 436-2) і спеціальний (ч. 1 ст. 111-1); публічності – обов'язкова ознака (ч. 1 ст. 111-1) і факультативна (ч. 2 ст. 436-2)[108, с. 199]. Щодо останньої ознаки, то вона найчастіше аналізується судом. Так, у справі № 295/2000/23[109] не було вагань із кваліфікацією, позаяк обвинувачена перебувала в сквері поруч із торгівельним центром, коли почала закликати присутніх громадян до підтримки російської агресії проти України. Її діяння було кваліфіковано за ч. 1 ст. 111-1 КК України[109]. У справі № 646/342/23[110], навпаки, фактично були поєднані два діяння – і публічне заперечення агресії разом із закликами до співпраці, і поширення матеріалів, що виправдовують агресію[110]. Так, обвинувачений поширював публікацію про виправдання агресії поруч з іншими публікаціями[110]. У кваліфікації ж суд визначив вчинене як проступок за ч. 1 ст. 111-1 КК України[110]. Тоді як у справі № 712/2951/22 стався єдиний для практики щодо цих діянь випадок

їхнього вчинення в сукупності[111]. Детальніше: обвинувачена прокоментувала допис іншого користувача в соціальній мережі, висловивши в ньому заперечувальне ставлення до агресії проти України[111]. Дані діяння суд кваліфікував як одночасне вчинення і публічного заперечення збройної агресії, і поширення матеріалів, у яких міститься це заперечення[111]. Чим керувався суд? Очевидно, що й в цій справі ключовою була публічність. Але ж про публічність можна говорити і щодо попередньої справи № 646/342/23[110]. Насправді публічність найліпше розтлумачено у справі № 295/2000/23[109], тоді як у двох інших цю ознаку суд сприймав за замовчуванням. Більш реальним чинником було те, в якій соціальній мережі розміщувалися дописи та коментарі – та, що доступна, чи та, що до неї застосовано санкції у формі блокування доступу. Якщо розміщення відбулося в другій групі соціальних мереж, то суд кваліфікує лишень за ч. 1 ст. 111-1 КК України, навіть якщо і було поширення матеріалів із запереченням у цих мережах. Натомість у випадку публікації чи коментування в першій групі соціальних мереж, за умови наявності всіх ознак складу діянь, суд кваліфікує як сукупність і за ч. 1 ст. 111-1, і за ч. 2 ст. 436-2 КК України.

Стосовно ж застосування судами ст. ст. 403, 405, 407, 408, 429 у світлі змін до ст. 69, 75 КК України, наразі справи, що розглянуті або перебувають на розгляді, не заторкують випадки тлумачення судом обмежувальних положень з урахуванням принципів-складників верховенства права. Зазначимо лишень те, що при законотворчі новели в Особливій частині не виправляють проблеми щодо непослідовності та непередбачуваності практики під час кваліфікації за ст. 403, 407, 429 КК України, позаяк основні ознаки складів цих злочинів – тяжкі наслідки та причинний зв'язок (ч. 3 ст. 403), тривалість самовільного залишення (ч. 5 ст. 407) і поле бою (ст. 429) – почасти не враховуються [Додаток 2].

\* \* \*

Здійснення кримінально-правової політики і дотримання принципів криміналізації в українській законтворчості не може відбуватися відокремлено. Як демонструють Закони, що вони були прийняті за час дії воєнного стану, значно посилюються тенденції на криміналізацію діянь. Цю тенденцію не важко усвідомити. Але недотримання як принципів кримінально-правової політики, так і принципів криміналізації розширює перелік кримінально караних діянь без усунення недоліків попередніх криміналізацій.

У Розділі висловлена думка, що в нинішніх умовах ігнорування кримінально-політичної складової при напрацюванні законотворчих ініціатив щодо внесення змін до КК України перевірку цих змін можна проводити на основі принципів-складників верховенства права, що вони передбачені одним із проєктів про врегулювання діяльності із законотворення. Зазначені принципи є узагальненнями вимог обґрунтованості, точності, ненадмірності та повноти криміналізації, позаяк ними унаочнюється правова визначеність (точність, повнота), пропорційність (ненадмірність), доцільність та обґрунтованість. Не останнім приводом до цього є й те, що застосування цих принципів так чи інакше пов'язане із подальшим наближенням до європейських підходів правотворення і криміналізації.

Щодо прийнятих законів встановлено, що більшість із них не враховують зазначених принципів-складників, що призводить до надмірності, неточності та необґрунтованості новел. За винятком одного Закону, законотворчі ініціативи не були зрозуміло прописані в пояснювальних супровідних матеріалах.

Розглянувши практику щодо застосування статей про порушення рівноправності громадян, заперечення збройної агресії, державну зраду, поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, колабораціонізм, можемо констатувати, що не всі недоліки нововведень відчутні станом на тепер (кінець лютого – початок березня 2023

р.) Водночас корисність від надмірних криміналізацій була і залишається сумнівною: у тих же справах щодо відмежування публічного заперечення та поширення матеріалів із запереченням збройної агресії, що триває, суд ґрунтує свої кваліфікації радше на фактичних обставинах, аніж керується формулюваннями новостворених диспозицій.

Зрештою, описані вище проблеми потребують іншого: обговорення тих рішень, які вже зараз у змозі зменшити випадки хибних криміналізацій як для нинішніх воєнних часів, так і для подальших.

## РОЗДІЛ 3

### СПОСОБИ ПОДОЛАННЯ ПОМИЛКОВОЇ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ

#### 3.1. Виправлення недоліків за допомогою проєкту нового Кримінального кодексу України

Як вже згадувалося на початку роботи, чинний КК України не дає відповіді на те, чи є зміни, що до нього вносяться, узasadненими[1]. Можливо, цьому питанню не потрібно б докладного викладення в законі, який регламентує першочергово кримінальну відповідальність за правопорушення і спрямований давати вже готові результати, напрацьовані в доктрині та практиці. Однак законопроектна діяльність за час до воєнного стану та невдовзі після його введення свідчить про зворотне: за відсутності в Загальній частині правил, які визначають порядок внесення змін до закону про кримінальну відповідальність, законотворчими новелами ризикують стрімко збільшити кількість статей, які потім обов'язково мають застосуватись попри їхню якість і суперечність; через це суди, все-таки застосовуючи нові статті, намагаються в той чи інший спосіб витлумачити їх справедливо та системно відповідно до обставин справи, злагодити незручність норм, проте це нечасто вдається, адже не всі судді однаково спроможні застосовувати кримінально-правові принципи, зокрема у разі правозастосування норм із помилковими криміналізаціями. Через це першим способом вирішення проблеми постає оновлення закону про кримінальну відповідальність у частині загальних засад.

На сьогодні вже розроблено проєкт нового Кримінального кодексу України(станом на 30.01.2023)[112], що, за поясненнями авторів, обумовлено запитом на зменшення законодавчої практики із невпинного внесення змін до чинного КК України без огляду цих змін на предмет їхньої якості [113, с. 2-7]. За своєю побудовою новий КК містить окрему книгу про власне кримінальний кодекс, у якій розділи 1.1, 1.2 повністю присвячені принципам, у згоді з якими мають застосовуватися положення кодексу, та порядку внесення змін до нього.

Пропонований новим кодексом механізм запобігання потенційним помилковим криміналізаціям виглядає так: 1) законотворець сумлінно дотримується принципів ст. ст. 1.2.1.-1.2.8 кодексу, що згодом підтверджується висновком Пленуму Верховного Суду й лишень після цього проєкт закону розглядатимуть у парламенті – найбажаніший сценарій; 2) законотворець нехтує принципи зазначених статей і, як наслідок, висновок Пленуму Верховного Суду слугує бар'єром проти хибних законотворчих новел[112].

Оцінюючи цей, механізм варто починати з принципів. У переліку, звісно, йдеться про принципи як для кримінально-правової кваліфікації, так і призначення покарання – наріжні для суддів. Водночас описані й такі принципи, як: правова визначеність, пропорційність – себто ті, що визначальні для належної криміналізації. Це помітно тим, що адресатом в обох частинах відповідних статей (ч. 1 ст. 1.2.2, ч. 1.2.4) є саме держава як ініціатор змін положень кодексу[112]. Обрані принципи стосуються поширених законотворчих вад, зокрема неточності та надмірності. Хоча щодо теперішнього формулювання тексту проєкту висувають зауваги з приводу недоречності формулювання принципу правової визначеності, покладаючись на неможливість будь-якого писаного тексту відповідати абсолютним вимогам цілковитої визначеності[114][115, с. 76], в дійсності, у розрізі правильності криміналізації, при розкритті авторами-проектантами кодексу цього принципу увагу зацентровано на реальних і досяжних складових, а саме: стабільності, достатній чіткості[112]. Себто не можливо вважати, що автори прагнуть позбавити майбутні норми кодексу елементу проєктивності, позаяк йдеться про достатню чіткість, яка за суттю не значить суцільної визначеності, бо позначає тільки відповідність і обґрунтованість чомусь[37, с. 322], а не інструкцію. Приблизно так само можна висловитися й щодо незгоди з принципом пропорційності[114], адже його поява прослідковується з самої Концепції авторів, де проблема надмірності вичерпно пояснювалася[113, там само]. Сполучним для принципу правової визначеності є положення ч. 2 ст. 1.1.3 кодексу, де йдеться про порядок внесення змін: частота змін обмежена одним

разом однієї сесії парламенту, за винятком змін про скасування кримінальної відповідальності за діяння або поліпшення правового статусу особи; одна й та сама стаття може змінюватись тільки пізніше року з дня набрання чинності законом про внесення до неї змін з тими самими винятками[112]. Якщо вважати ці пункти частковою конкретизацією стабільності як складової правової визначеності, то зрозуміло, що вони не спрямовані на обмеження практики застосування судами норм, які так чи інакше зберігатимуть у собі деяку відкритість до тлумачення, а на запобігання теперішній законотворчій практиці внесення якомога більшої кількості змін.

Що ж до ризиків даного механізму, то йдеться про його останню ланку – висновки Пленуму Верховного Суду. По-перше, тут одразу доведеться змінювати законодавство щодо судоустрою та статусу суддів, оскільки на сьогодні висновки, що їх може надавати Пленум Верховного Суду, мають бути присвячені законопроєктам, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою (п. 4. ч. 2 ст. 46 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»)[116]. Звичайно, не складно виправити це шляхом внесення змін до відповідного закону, яким врегульовано судоустрій, але перешкоди радше з'являтимуться через те, що цю зміну доведеться обґрунтовувати додатково, покликаючись на ті самі причини, що вони наводилися авторами проєкту нового КК у Концепції[113, с. 1-7]. Тобто зміну з додаванням нового повноваження Пленуму Верховного Суду треба буде пояснити так, щоби законотворці самі зрозуміли необхідність у закріпленні спеціального порядку внесення змін до нового закону про кримінальну відповідальність, а не вважали, що їх діяльність у такий спосіб звужується. По-друге, власне складання Пленумом Верховного Суду висновків щодо законопроєктів дотепер стосується тільки тих самих тем судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою. Інколи у висновку зустрічається й оцінювання законопроєктів на дотримання тієї ж засади

пропорційності[117, с. 8-9], проте сьогодні подібний висновок виступає як виняток з основної діяльності суду, якому, на додачу до провадження правосуддя, пропонується оцінювати законопроекти з точки зору кримінально-правових принципів, наведених у кодексі. Тобто оцінювання на відповідність принципам згаданого КК законів про внесення до нього змін буде новим у діяльності Пленуму і практика з цих висновувань формуватиметься довго і найголовніше – зі своїми власними помилками й перевагами.

Підсумовуючи, вважаємо зазначений спосіб мінімізації випадків помилкової криміналізації прийнятним, якщо будуть внесені зміни до відповідного закону щодо судоустрою. Поза цим, у проекті кодексу представлено своєчасний механізм запобігання хибним законотворчим рішенням.

### **3.2. виправлення недоліків за допомогою проекту Закону України «Про правотворчу діяльність»**

У продовження огляду можливостей зменшення помилкових криміналізацій шляхом оновлення поточної законодавчої бази є сенс повернутись до вже згаданого (Розділ 2) проекту Закону України «Про правотворчу діяльність»[50]. Нас цікавитиме те, як механізм застосування принципів зі ст. 3 цього проекту узгоджений із процедурою внесення змін до КК України.

За лаштунками розділів III – V зазначеного проекту етапи законопроектної діяльності встановлюється такі запобіжники щодо будь-якого проекту закону, а саме: юридичне прогнозування до підготовки проекту закону; концепція проекту закону; оцінка впливу проекту закону; експертиза готового проекту закону[50]. Перша процедура базується на вчасному врахуванні того, як правова система, суспільне ставлення й обраний спосіб регулювання відносин проектом закону відобразатиметься на цих відносинах. Розробка

концепції викладена в такий спосіб, що уможлиблює віднесення до найважливіших за змістом і значних за обсягом проєктів й ті, якими змінюватиметься закон про кримінальну відповідальність – бо напевно ці відносини за ступенем значущості є малопомітними. Хорошим зі змістової частини концепції є наявність таких результатів, як-от: обґрунтування самої потреби в регулюванні відносин завдяки пропонованому законопроєкту, врахування чинної нормативно-правової бази[50]. Оцінка впливу є більш деталізованою версією чинної вимоги щодо змісту пояснювальної записки, позаяк в оцінюванні впливу проєкту закону головним є пояснення законодавцем актуальності, інших варіантів вирішення питання, передбачення віддалених результатів, доведення правильності свого вибору порівняно з відмінним варіантом вирішення питання (ч. 1 ст. 91 Регламенту Верховної Ради України)[118]. При цьому у ст. 26 проєкту перелічуються також вимоги до тексту, які повторюють у всьому, крім передбачуваності або прогнозованості втілення результатів законопроєкту, правила оформлення та вимоги законодавчої техніки (п. 2.2, 2.3 Правил)[19], що існують уже дев'ять років. Останні ж етапи подання та експертизи знову-таки не впроваджують нічого повноцінно нового: наукова експертиза залишається обов'язковою в порядку, який встановлений законом[50]. І все ж нововведення за цим проєктом мають свої перепони, позаяк ст. ст. 19, 23, 37 сформульовані диспозитивно з приводу проведення юридичного прогнозування та розробки концепції нормативно-правового акта[50]. В єдності з тими положеннями, що зберігають тепер чинний порядок здійснення наукової експертизи (ч. 1 ст. 38 проєкту), зменшується вагомість унаочнених у ст. 3 принципів здійснення законопроєктної діяльності, позаяк не визначено те, чи змінюватимуться правила ч. 5 ст. 103 чинного Регламенту щодо факультативності експертних висновків[118] – без цього не відбудеться врахування експертних зауважень.

Наостанок зазначимо й той факт, що процедура внесення змін конкретно до закону про кримінальну відповідальність поки що передбачена тільки ч. 6 ст. 3 чинного КК України[1], тоді як у проєкті закону про особливості порядку

внесення змін щодо ієрархічно вищих кодексів узагалі не йдеться, а замість цього говориться про нормативно-правові акти збірно[50], що не зовсім відображає спільне для багатьох кодексів правило щодо внесення змін. Тому проєкт, бодай і з дійсно вдалим засадами зі ст. 3, має свої внутрішні суперечності. А втім, і тут теж є вихід: змінювати потрібно положення щодо висновків у ст. 103 парламентського Регламенту [118], зокрема в частинах 4, 5 щодо прийняття висновків і строків їхньої підготовки. Ті ж згадки у проєкті про обов'язковість експертизи могли б інакше виглядати, якби ця обов'язковість підтверджувалась, наприклад, не суто врахуванням головним комітетом висновків, а їхнім прийняттям або відмовою від прийняття з роз'ясненням своєї позиції. Причому підготовка висновків була б протягом тридцяти днів замість чотирнадцяти. За умови дії такого правила декларовані у проєкті принципи здійснення законопроектної діяльності матимуть справжній вплив на провадження кримінально-правової політики через відповідний комітет, що поступово допоможе уникати засилля хибних криміналізацій.

У результаті проєкт Закону України «Про правотворчу діяльність» підходить для врегулювання проблеми помилкової криміналізації, але за умови виправлення в ньому самого положень ст. ст. 19, 36-38, а також внесення супутніх змін до Регламенту Верховної Ради України у ч. 4, 5 ст. 103. Наведені зміни можуть, окрім узгодження з чинними актами, зробити експертизу на основі закріплених у проєкті Закону принципів нормотворення не прохідним етапом удосконалення законодавчих рішень, особливо тих, якими запроваджується криміналізація.

### **3.3. Виправлення недоліків за допомогою застосування системно-правових принципів і принципів-складників верховенства права**

Після огляду як проєкту нового Кримінального кодексу, так і проєкту закону, який регулюватиме правотворчу діяльність, немає сумнівів, що обидва

варіанти цілком доповнюють один одного, і заслуговують на остаточне прийняття після доопрацювання. Утім, ми не бачимо шансів на те, що ці проєкти таки стануть чинними законами до закінчення теперішньої фази війни, що пов'язано з причинами, які виходить далеко за межі цієї роботи. Водночас це в жодному випадку не зменшує гостроту потреби у вирівнюванні співвідношення між належною та помилковою криміналізаціями, переспрямування теперішньої кримінально-правової політики до обережнішого доповнення закону про кримінальну відповідальність. Упродовж праці неодноразово показувалося те, що принципи криміналізації типічно застосовуються як при оцінюванні законопроектів, так і при застосуванні судами закону про кримінальну відповідальність. Залишається запитання: яким чином співвіднести системні-правові принципи – заборони надміру, неточності, неповноти та необґрунтованості[7, с. 94][4, с. 235-241][5, с. 78-79] – з принципами правової визначеності, пропорційності[50][56, р. 6-8][60] та чи є між ними різниця під час оцінювання як на етапі законотворення, так і безпосередньо у правозастосуванні задля встановлення помилковості криміналізації?

Розпочати треба з того, що законодавча зміна, що розглядається, та прийнята законодавча зміна, відділяють етап власне криміналізації від її застосування. Якщо йдеться про системно-правові принципи, то їхня мета в тім, що законотворців попереджають про небажаність новел з огляду на невідповідність законодавству у вузькому сенсі, а саме з точки зору побудови тексту, внутрішньої та зовнішньої несуперечності – себто основний нахил на збереженні системності закону про кримінальну відповідальність(Розділ 1). Конкретніше, науковий висновок від Головного науково-експертного управління Верховної Ради України, згідно із п. 2.4 його ж положення, наголошує тільки на: правильності концептуального вирішення певної проблеми; правової, економічної, соціальної доцільності прийняття закону, його відповідності завданням дотримання прав і свобод людини; повноти та комплексності правового регулювання; відповідності Конституції України,

**принципам системності** законодавства, міжнародним договорам України; правильності визначення місця законопроекту у правовій системі України; можливості досягнення очікуваного результату та попередження негативних наслідків; відповідності сучасному рівню наукових знань, принципам і засадам державної політики; простоти чіткості правого регулювання та визначення механізму застосування правових норм(виділено нами. – *А.В.*)[119, с. 3].

Уважно придивившись, стає помітно, що оцінювання на дотримання системно-правових принципів має зрештою встановити те, чи є якісною криміналізація як вже обраний спосіб здійснення політики, відвернутися від якого законотворець не наважується. Чому ж тоді суди теж неоголошено застосовують ці ж самі принципи під час тлумачення хибних криміналізацій? Найліпша відповідь: бо принципів застосування закону про кримінальну відповідальність ніде не виписано. Беззаперечно, деякі випадки з правозастосування, зокрема при доведенні необґрунтованості криміналізації щодо встановлення або поширення злочинного впливу особою із сумнівним статусом(Розділ 1) або ж при усуненні невизначеності в ознаці публічності діяння щодо заперечення російської збройної агресії та поширення заперечувальних матеріалів про це в соціальних мережах(Розділ 2), демонструють творчу роль суду, який ледве не прямо підкреслює, що законотворче рішення без здійснюваного судом виправлення, порушуватиме права людини. Але це рідкі епізоди посеред тих, коли криміналізація, бодай якою вона є, застосовується без вагань. Більше ж згадана ситуація наводить на те, що сліпе обрання судом системно-правових принципів для оцінювання криміналізацій викриватиме переважно ті ж вади, що вони були викриті і на етапі розгляду законопроектів.

Наведене означає, що хибність криміналізації на етапі її встановлення підтверджується тим, що вона суперечить кримінальним системно-правовим принципам, та після закріплення криміналізаційних змін застосування цих принципів судами не наводить суди на більш глобальну проблему того, що неправильність законотворчих криміналізацій ґрунтується на порушенні

складників верховенства права – первісному рішенні, яке знецінює навіть прийнятні законотворчі наміри.

Звертаючись до європейської практики оцінювання положень кримінальних кодексів й інших актів, можемо побачити, що виокремлення наслідків помилкової криміналізації констатує не неточність чи необґрунтованість саму по собі, а обов'язково хибу в криміналізації й разом із нею порушуване право людини. Зокрема у своїй практиці Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) підкреслює, що непередбачуване формулювання положення, яким криміналізується, наприклад, образа якоїсь нації чи держави, порушуватиме право на свободу вираження поглядів[120, §§ 85-96]. Аналогічно порушення цього ж права вважатиметься й криміналізація носіння одягу з певною символікою, якщо в диспозиції статті пропаганда символіки, як криміналізоване діяння, виписано вельми широко, а головне – законодавчий засіб досягнення легітимної мети не домірний[121, §§ 48-58]. Не менш важливо, що й неусунення законотворцями старої помилкової криміналізації, чий положення так само непропорційні легітимній меті, вважатимуться порушеннями того ж самого права на свободу вираження поглядів[122, §§ 63-88]. У трьох справах, ясна річ, йшлося про порушення тільки одного права, але навіть це достатньо показує, що оцінювання помилковості криміналізації значно конкретизованіше на етапі правозастосування при перевірці на дотримання складників правової визначеності та пропорційності криміналізаційним положенням, ніж повторне підтвердження однієї системної недосконалості положення відносно інших.

Що тоді має бути зроблено задля вдалого розпізнання вад у криміналізації в українських умовах? Думаємо, що достатньо проваджувати діяльність як з науково-експертному оцінювання проєктів законів, так і з їхнього правозастосування, проте з урахуванням того, що в першому випадку здійснюється перевірка якості криміналізації як частини законодавства, а в другому – перевірка того, чи порушуються криміналізацією засади правової визначеності та домірності. Це не означає, що ми поділяємо довільний підхід до

оцінювання положень закону про кримінальну відповідальність на відповідність зазначеним принципам у дусі нещодавньої практики суду конституційної юрисдикції[123, с. 100-103], але вже згадані в роботі судові рішення з подолання помилкових криміналізацій – це те, над чим варто працювати далі, пояснюючи хиби криміналізацій за підходом, подібним до рішень ЄСПЛ.

Тож на основі вищенаведених міркувань можна стверджувати про те, що системно-правові принципи щодо точності, обґрунтованості, повноти та ненадмірності відрізняються від таких складників верховенства права, як правова визначеність і домірність тим, що їхні призначення з виявлення помилок у криміналізаціях інакші: перші є напрацьованими в кримінально-правовій доктрині правилами-засторогами для законотворців і допоміжних учасників законотворення, а другі є найбільш корисними для судів, оскільки допомагають встановлювати факти порушення прав людини – ширший наслідок помилкової криміналізації порівняно зі звичайними внутрішніми й зовнішніми текстуальними хибами.

\* \* \*

З розгляду наявних варіантів подолання помилкової криміналізації ми обрали три найперспективніших, а саме: прийняття нового КК України на основі вже готового проєкту Робочої групи з питань розвитку кримінального права; остаточне прийняття проєкту Закону України «Про правотворчу діяльність»; роздільне застосування системно-правових принципів під час безпосередньо впровадження криміналізації та принципів правової визначеності та пропорційності під час тлумачення норм із помилковими криміналізаціями.

Прийняття нового КК України в цілому має шанси змінити законопроектну практику з внесення змін до відповідного закону на краще. Водночас для успішної дії запропонованого авторами проєкту КК механізму

недопущення довільних і хибних змін доведеться оновити законодавство, яке регулює судоустрій і статус суддів. Йдеться про повноваження Пленуму Верховного Суду з надання висновків до законопроектів про внесення змін до КК з огляду на принципи, що вони закріплені в КК. Окрім цього, важко передбачити, як саме Пленум тлумачитиме встановлені в кодексі принципи; хоча Пленум і робив свої висновування до законопроекту, що заторкував сферу суддівської гілки влади, оцінювання законопроектів про зміни закону про кримінальну відповідальність будуть новою діяльністю, позитивні й негативні результати якої залежатимуть від впливу часу.

Законопроект, який уперше зможе врегулювати законопроектну діяльність, встановлює відомі й поширені не тільки в Україні принципи провадження законодавчої діяльності. Принципи правової визначеності, пропорційності, обґрунтованості та необхідності не викликають сумніву в своїй нагальності. Утім, більшість рушійних новел проекту, як то юридичне прогнозування, концепція нормативно-правового акта насправді є необов'язковими дописами до тексту, позаяк законодавці не зобов'язані дотримуватися цих процедур. Власне експертиза, чию важливість у виявленні помилкової криміналізації демонстровано на початку цієї роботи, у проекті Закону не стає справжнім інструментом підвищення якості законотворення: Регламент Верховної Ради України ніяк не згадано і його зміни не впливають з проекту. Через це, у разі обрання шляху з остаточним прийняттям, проект краще змінити й зробити юридичне прогнозування та концепцію нормативно-правового акта обов'язковими. Так само доведеться змінювати й положення Регламенту українського парламенту задля того, щоби висновки наукової експертизи все-таки або обов'язково враховувалися, або в разі відмови від них надавалося пояснення причин незгоди.

Третій же варіант передбачає застосування системно-правових принципів криміналізації як таких, що поліпшують процес безпосередньої криміналізації, аби хибні законодавчі рішення були помічені ще на етапі розгляду проекту закону про внесення змін. Натомість принципи домірності та

правової визначеності, як одні з принципів здійснення кримінально-правової політики, є найдоречнішими у правозастосуванні тих норм, що містять помилкову криміналізацію. Це пояснюється тим, що зазначені принципи допомагають не тільки констатувати низьку якість положень зміненого закону, а ще й додають контекст до української практики хибної криміналізації, визначаючи порушення прав людини як один з широких наслідків такої криміналізації.

## ВИСНОВКИ

Дослідження помилкової криміналізації як законотворчої практики підводить до того, що будь-яка ініціатива, навіть із законними прагненнями, може стати непомітною в суцільному вирі хибних змін, через що внеможлиблюється здійснення передбачуваної кримінально-правової політики. Ціллю було показати, через два коротко досліджуваних періоди – до 24 лютого 2022 року та після, – сталість у здійсненні помилкових криміналізацій законотворцями й те, яким чином ці помилки можуть долатися під час пропонування нових змін і під час їхнього застосування. Не виключаємо, що в подальшому дослідження з цієї тематики стануть значно глибшими і більш довершеними, ніж те, що представлено в цій праці.

За підсумками дослідження автор дійшов таких висновків:

1. Поняття помилкової криміналізації не визначене до кінця в кримінально-правовій доктрині, а тим більше – в законодавстві.
2. Відмінності помилкової криміналізації від правильної, декриміналізації та пеналізації полягають у тому, що перша, крім протиставлення другій, може впливати на третє, здійснюватися одночасно з пеналізацією, проте основним для першої є недотримання певних правил при збільшенні переліку кримінально караних діянь, неминучому застосуванні закону про кримінальну відповідальність.
3. З-поміж показників того, що є правильним, а що хибним, найзрозумілішими виглядають так звані кримінальні системно-правові принципи: обґрунтованість, заборона надміру, точність, повнота – саме ними керуються більшість науковців і відповідно до них встановлюються вади в тексті закону, що криміналізує діяння. Звертаючись до законопроектної та судової практики до 24 лютого 2022 року, підтверджується думка про те, що системно-правові принципи є керівними щонайменше у випадку експертного оцінювання законопроектів, якими здійснюють криміналізацію.

4. Особливість довоєнної судової практики у світлі поширення помилкових криміналізацій у тім, що в ній здійснювалися спроби опосередковано спростувати ті хиби, що були встановлені законотворцями. Зокрема, у справах про фальсифікацію виборчої документації, незаконне видобування бурштину, поширення злочинного впливу суди зі змінним успіхом тлумачили чи ігнорували криміналізаційні зміни до КК України. На нашу думку, варіант дій суду у справі щодо поширення злочинного впливу є більш правильним, оскільки суд аналізував те, чи є взагалі криміналізація обґрунтованою, зваживши не стільки текст, скільки кримінально-правові принципи.

5. Здійснюючи огляд стану кримінально-правової політики ми дійшли до того, що фактично законотворці не мають такої політики, а керуються криміналізацією в будь-якому разі. Аби уникнути цього запропоновано низку суголосних принципів, а саме: принципи кримінально-правової політики європейського співтовариства; принципи-складники верховенства права в національній системі й принципи нормотворчості, що передбачені у відповідному законопроекті.

6. При розгляді законопроектної практики протягом року дії воєнного стану встановлено, що суттєвих змін не відбулося: надмір, неточність і необґрунтованість в більшості випадків панівні, хоча в разі прийняття змін в межах виконання зобов'язань за міжнародними договорами помилок не припускаються через визначеність цілей щодо внесення змін.

7. Судова практика в умовах фази інтенсивної війни характеризується ще менш поширеними спробами судів долати помилкові криміналізації. У справах щодо публічного заперечення збройної агресії, що триває, і поширення матеріалів із таким самим змістом суд орієнтується на обставини справи навіть більше всупереч ознакам, які визначені для конкретного діяння.

8. Способи подолання помилкової криміналізації, що ми їх розглянули, передбачають як прийняття нових нормативно-правових актів (новий закон про кримінальну відповідальність і закон про регулювання правотворчості), так і поетапне застосування системно-правових принципів і принципів-складників

верховенства права. Проект нового закону про кримінальну відповідальність може бути використано задля зменшення практики хибної криміналізації у разі внесення одночасно чи невдовзі змін щодо предметів, з яких Пленум Верховного Суду робить висновки.

9. Проект закону, яким регулюється правотворча діяльність, може бути використаний як загальний засіб відсіювання будь-яких законодавчих ініціатив, але його положення не до кінця вможливають обов'язковість усіх етапів законотворення та дотримання принципів учасниками. Через це зміни в цьому варіанті потребують більше часу, якщо метою є мінімізація практики саме помилкових криміналізацій.

10. Спосіб із застосуванням системно-правових принципів та принципів-складників верховенства права задля недопущення помилкових криміналізацій є вельми доречним у теперішніх умовах, оскільки: (1) системно-правові принципи справді не надають бачення загрозливості помилкової криміналізації з позиції людини, до якої застосовуватимуть відповідні положення, але при цьому вони в нагоді під час експертного оцінювання законопроектів (що може стати більш дієвим, якщо внести описані в Розділі 3 зміни); (2) принципи-складники верховенства права, які рівнозначні засадам належної кримінально-правової політики, мають більшу роль у процесі правозастосування, коли суд доводить помилковість криміналізації.

У підсумку дослідження розкриває поняття помилкової криміналізації, її види, її відмінності від схожих процесів, особливості застосування системно-правових принципів і принципів-складників верховенства права при криміналізації, законопроектну та судову практику за два періоди, питання узгодження кримінально-політичних засад із принципами криміналізації, наявних шляхів вирішення проблеми з помилковими криміналізаціями.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний кодекс України: Закон України 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 13.11.2021)
2. Письменський Є. О. Реалізація кримінально-правової політики шляхом криміналізації та декриміналізації: аналіз поточних законодавчих ініціатив. *Часопис Київського університету права*. 2015. № 1. С. 230 – 234.
3. Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права України (теоретико-прикладне дослідження): дис. д-ра юрид. наук. Одеса, 2021. 476 с.
4. Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация) / В.Н. Кудрявцев и др.; под ред. В.Н. Кудрявцева, А.М. Яковлева. Москва: Издательство «Наука», 1982. 303 с.
5. Балобанова Д.О. Теорія криміналізації: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2007. 208 с.
6. Фефелов П. А. Общественная опасность преступного деяния и основание уголовной ответственности. Основные методологические проблемы. Москва: Юрид. лит., 1972. 151 с. URL: <https://libr.link/pravo-rossii-ugolovnoe/kriteriy-povyishennoy-stepeni-obschestvennoy.html> (дата звернення: 23.05.2022)
7. Мельник М. Помилкова криміналізація: види, причини та наслідки. *Підприємництво, господарство і право*. 2004. № 5. С. 94–99.
8. Кондра М. Я. Врахування принципу рівності у кримінальному праві для вирішення питань криміналізації діяння. *Право і суспільство*. 2018. № 3. Частина 2. С. 214 – 219.
9. Гацелюк В. Криміналізація суспільно небезпечних діянь протягом дії Кримінального кодексу України 2001 року: останні сюжети на фоні загальної палітри законодавчих рішень. Київ: ВАІТЕ, 2021. 228 с.

10. Митрофанов А. А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2005. 22 с.
11. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. Київ: Атіка, 2005. 332 с.
12. Туляков В. О. Основания теории декриминализации. *Сучасний вимір держави та права*: Зб. наук. праць за ред. В.І. Терентьєва, О.В. Козаченка. Миколаїв: Вид-во «Іліон», 2008. С. 476 – 477.
13. Орлеан А. М. Соціальна обумовленість криміналізації та кримінально-правова характеристика торгівлі людьми: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2003. 19 с.
14. Павлик Л. В. Співвідношення диференціації кримінальної відповідальності з індивідуалізацією, криміналізацією та пеналізацією. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. Серія: Юридична. 2011. № 2. С. 316–327.
15. Пономаренко Ю. А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2021. 44 с.
16. Пономаренко Ю. А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень: монографія. Харків: Право, 2020. 720 с.
17. Гацелюк В. О. Перешкоджання діяльності Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів: аналіз дотримання принципів криміналізації. *Наше право*. 2017. № 3. С. 57 – 66.
18. Панов М. І., Зінченко І. О. Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність. *Право України*. 2012. № 11/12. С. 451–462.
19. Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки. (Методичні рекомендації) Видання четверте, виправлене і доповнене. Київ, 2014. 39 с. URL: [http://static.rada.gov.ua/site/bills/info/zak\\_rules.pdf](http://static.rada.gov.ua/site/bills/info/zak_rules.pdf) (дата звернення: 03.01.2022)

- 20.Проект Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України (щодо кримінальної відповідальності за адміністративне, економічне, військове, політичне, військово-політичне та інше співробітництво з державою-агресором - колабораціонізм)» від 23 лютого 2021 № 5135. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71206](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71206) (дата звернення: 04.01.2022)
- 21.Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 5135. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71206](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71206) (дата звернення: 04.01.2022)
- 22.Проект Закону «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності у сфері містобудівної діяльності»: від 1 вересня 2021 № 5877. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=72667](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=72667) (дата звернення: 04.01.2022)
- 23.Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 5877. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=72667](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=72667) (дата звернення: 04.01.2022)
- 24.Проект Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо встановлення відповідальності за підробку документів, що стосуються проведення профілактичних щеплень»: від 23 вересня 2021 № 6084. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=72830](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=72830) (дата звернення: 04.01.2022)
- 25.Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 6084. URL:

[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=72830](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=72830) (дата звернення: 04.01.2022)

26.Проект Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо криміналізації реклами або пропаганди наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів»: від 14 травня 2021 № 5496. URL:

[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71908](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71908) (дата звернення: 04.01.2022)

27.Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 5496. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71908](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71908) (дата звернення: 04.01.2022)

28.Проект Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту бджіл»: від 19 травня 2021 № 5513. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71943](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71943) (дата звернення: 04.01.2022)

29.Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 5513. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71943](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71943) (дата звернення: 04.01.2022)

30.Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 3485. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_2?pf3516=3485&skl=10](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=3485&skl=10) (дата звернення: 08.01.2022)

31.Мовчан Р. О. Про деякі недоліки статті 158-3 Кримінального Кодексу України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2021. Том 1. № 93. С. 145 – 153.

32.Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 2240. URL:

- [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_2?pf3516=2240&skl=10](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2240&skl=10) (дата звернення: 08.01.2022)
33. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 2513. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_2?pf3516=2513&skl=10](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2513&skl=10) (дата звернення: 08.01.2022)
34. Вирок Васильківського районного суду Запорізької області від 19 січня 2021 р., судова справа № 311/3852/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94242305> (дата звернення: 08.01.2022)
35. Вирок Самбірського міськрайонного суду Львівської області від 15 березня 2021 р., судова справа № 452/225/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95524170> (дата звернення: 08.01.2022)
36. Вирок Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької області від 25 травня 2021 р., судова справа № 937/2833/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97167702> (дата звернення: 08.01.2022)
37. Великий тлумачний словник сучасної української мови / за заг. ред.: В. Т. Бусел, М. Д. Василега-Дерибас, О. В. Дмитрієв, Г. В. Латник, Г. В. Степенко. Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с. URL: <https://archive.org/details/velykyislovnyk/page/1526/mode/2up?q=%D1%84%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D1%81%D0%B8%D1%84%D1%96%D0%BA%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F&view=theater> (дата звернення: 08.01.2022)
38. Вирок Рокитнівського районного суду Рівненської області від 5 березня 2021 р., судова справа № 571/672/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95347019> (дата звернення: 08.01.2022)
39. Вирок Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 25 червня 2019 р., судова справа № 279/2168/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82606537> (дата звернення: 08.01.2022)

40. Антипов В. В. Щодо «випадкової декриміналізації» злочинів у сфері службової діяльності. *Новітні кримінально-правові дослідження – 2015*: зб. наук. праць. відп. ред. О. В. Козаченко. Миколаїв: Іліон, 2015. С. 9–13.
41. Вирок Снігурівського районного суду Миколаївської області від 3 грудня 2021 р., судова справа № 485/821/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101593222> (дата звернення: 08.01.2022)
42. Борисов В. І., Фріс П. Л. Засади сучасної кримінально-правової політики України. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2014. Вип. 27. С. 30 – 38. URL: <http://law-dep.pu.if.ua/conference2014/articles/borysov,%20fris.pdf> (дата звернення: 05.03.2023).
43. Василевич В. В. Кримінологічна політика України: монографія. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2020. 434 с.
44. Джужа О. М., Василевич В. В. Концептуальні засади співвідношення кримінальної, кримінально-правової та кримінологічної політики. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2014. № 4. С. 30–45.
45. Бесчастна В. В. Проблеми встановлення системи та структури принципів кримінально-правової політики України. *Європейські перспективи*. 2015. Вип. 7. С. 138 – 143.
46. Козич І. В. Функції кримінально-правової політики. дис. ...д-ра юрид. наук. Київ. 2021. 482 с.
47. Про перелік, кількісний склад і предмети відання комітетів Верховної Ради України восьмого скликання: Постанова Верховної Ради України від 4 лютого 2015 р. № 148-VIII. URL: [https://ips.ligazakon.net/document/view/t140022?an=1&ed=2015\\_02\\_04](https://ips.ligazakon.net/document/view/t140022?an=1&ed=2015_02_04) (дата звернення: 05.03.2023)
48. Про перелік, кількісний склад і предмети відання комітетів Верховної Ради України дев'ятого скликання: Постанова Верховної Ради України від 29 серпня 2019 р. № 19-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/19-20#Text> (дата звернення: 05.03.2023)

49. Комітет з питань правоохоронної діяльності. Предмети відання, правова база діяльності. URL: [https://komzakonpr.rada.gov.ua/news/Pro\\_komitet/72591.html](https://komzakonpr.rada.gov.ua/news/Pro_komitet/72591.html) (дата звернення: 05.03.2023)
50. Проект Закону «Про правотворчу діяльність» від 25 червня 2021 р. № 5707. URL: [https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=72355](https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72355) (дата звернення: 05.03.2023)
51. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки: Указ Президента України від 20 червня 2015 р. № 276/2015. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015#Text> (дата звернення: 05.03.2023)
52. Про Стратегію розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки: Указ Президента України від 11 червня 2021 р. № 231/2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/231/2021#n10> (дата звернення: 05.03.2023)
53. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 05.03.2023)
54. EU strategy on criminal justice, European Commission, URL: [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/eu-strategy-criminal-justice\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/eu-strategy-criminal-justice_en) (Accessed 21.02.2023)
55. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. *OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390.* URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> (Accessed 05.03.2023)
56. European Commission, ‘Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the

- effective implementation of EU policies through criminal law’, 20.9.2011, com(2011) 573 Final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0573:FIN:EN:PDF> (Accessed 05.03.2023)
57. European Parliament, ‘European Parliament resolution of 22 May 2012 on an eu approach to criminal law’, 2010/2310(INI). URL: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0208\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0208_EN.html) (Accessed 05.03.2023)
58. Peršak N. EU criminal law and its legitimation: in search for a substantive principle of criminalisation. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2018. № 26 (1). P. 20 – 39.
59. Митрофанов І. І. Погляд у майбутнє кримінально-правової політології. *Політика в сфері боротьби зі злочинністю*. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. Івано-Франківськ, 2017. С. 219 – 223
60. Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України (Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine) / за заг. ред. М. Козюбри ; Передмова: Головатий С.; упорядники та автори коментарів: В. Венгер, С. Головатий, А. Заєць, Є. Зверев, М. Козюбра, Ю. Матвеева, О. Цельєв; Київ: Центр дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України Національного університету «Києво-Могилянська академія», 2021. 152 с.
61. Про деякі питання висвітлення роботи Верховної Ради України дев'ятого скликання в умовах дії воєнного стану: Постанова Верховної Ради України від 6 вересня 2022 р. № 2568-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2568-20#Text> (дата звернення: 05.03.2023)
62. Голос України. У комітетах Верховної Ради. URL: [http://www.golos.com.ua/verkhovna\\_rada](http://www.golos.com.ua/verkhovna_rada) (дата звернення: 20.02.2022).

63. Закони війни: що ухвалили нардепи за пів року повномасштабного вторгнення, Рух Чесно, 5 вересня 2022 року. URL: <https://www.chesno.org/post/5304/> (дата звернення: 20.02.2023)
64. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції: Закон України від 3 березня 2022 р. № 2110-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2110-20#Text> (дата звернення: 05.03.2023)
65. Олейніков, Д., А. Сердечна. Науково-практичний аналіз термінів, використаних в диспозиції ст. 436-2 КК України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право.* 2022. Том. 2. № 74. С. 110 – 118.
66. Пояснювальна записка до проєкту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції» від 18 лютого 2021 р. № 5102. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/555691> (дата звернення: 05.03.2023)
67. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану: Закон України від 24 березня 2022 року № 2160-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2160-20#Text> (дата звернення: 05.03.2023)
68. Пояснювальна записка до проєкту Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про

- направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану» від 22 березня 2022 р. № 7189. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1247719> (дата звернення: 05.03.2023)
69. Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю: Наказ Служби Безпеки України від 23.12.2020 № 383. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0052-21#Text> (дата звернення: 26.02.2023)
70. Марін О. К. Спеціальні норми у кримінальному праві воєнного стану: небезпека непередбачуваних наслідків для кримінально-правового регулювання. *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні*: матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 5 трав. 2022 р. упоряд. та заг. ред.: Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; Нац. шк. суддів України; Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права»; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса. Харків: Право, 2022. С. 49 – 55.
71. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне використання гуманітарної допомоги: Закон України від 24 березня 2022 року № 2155-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-20#n5> (дата звернення: 05.03.2023)
72. Пояснювальна записка до проєкту Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне використання гуманітарної допомоги» від 13 березня 2022 р. № 7146. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1245208> (дата звернення: 05.03.2023)
73. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Кримінально-правова заборона щодо незаконного використання гуманітарної допомоги: сумнівна законодавча новела. *Вісник ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка*. 2022. Вип. 2 (98). С. 99–115.

74. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю в умовах дії воєнного стану: Закон України від 24 березня 2022 року № 2149-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2149-20#Text> (дата звернення: 05.03.2023)
75. Пояснювальна записка до проєкту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю в умовах дії воєнного стану» від 20 березня 2022 р. № 7182. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1247132> (дата звернення: 05.03.2023)
76. Юртаєва К.В. Кримінальна відповідальність за кіберзлочини, вчинені під час збройного конфлікту: міжнародні тенденції та українські реалії. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 12. С. 409 – 414.
77. Мовчан Р. О. Посилення кримінальної відповідальності за кіберзлочини, учинені в умовах воєнного стану: аналіз обґрунтованості змін. *Проблеми кваліфікації та розслідування кримінальних правопорушень в умовах воєнного стану*: матеріали наук.-теорет. конф. (Київ, 26 трав. 2022 р.) редкол.: С. Д. Гусарєв, С. С. Чернявський, А. А. Вознюк та ін. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 159–165.
78. Про внесення змін до статті 114-2 Кримінального кодексу України щодо удосконалення відповідальності за несанкціоноване розповсюдження інформації про засоби протидії збройній агресії Російської Федерації: Закон України від 1 квітня 2022 року № 2178-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2178-20#Text> (дата звернення: 05.03.2023)
79. Проєкт Закону «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні порушення та Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу, зокрема в умовах воєнного або надзвичайного стану»

- від 11 квітня 2022 року № 7212-1. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39410> (дата звернення: 05.03.2023)
80. Пояснювальна записка до проєкту Закону «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні порушення та Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу, зокрема в умовах воєнного або надзвичайного стану» від 11 квітня 2022 року № 7212-1. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1256688> (дата звернення: 05.03.2023).
81. Про рослинний світ: Закон України від 09.04.1999 № 591-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/591-14#Text> (дата звернення: 27.02.2023)
82. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність: Закон України від 3 березня 2022 року № 2108-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#Text> (дата звернення: 05.03.2023).
83. Мовчан Р. О. Кримінально-правова новела про виправдовування збройної агресії російської федерації проти України (ст. 436-2 КК України): правозастосовні та правотворчі проблеми. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького. Серія Право*. 2022. № 13. С. 197–204.
84. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки: Закон України від 14 квітня 2022 року № 2198-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2198-20#Text> (дата звернення: 05.03.2023)

85. Пояснювальна записка до проєкту Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» від 21 березня 2022 р. № 7186. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1247318> (дата звернення: 05.03.2023)
86. Пропозиції Президента України до проєкту Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» від 21 березня 2022 р. № 7186. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1254850> (дата звернення: 05.03.2023)
87. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Відповідальність за пособництво державі-агресору: проблеми кваліфікації та вдосконалення кримінального закону. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2022. Том 2. № 18. С. 95 – 117.
88. Проєкт Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму, а також до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом» від 21 жовтня 2022 року № 8146. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/40699> (дата звернення: 05.03.2023)
89. Пояснювальна записка до проєкту Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму, а також до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом» від 21 жовтня 2022 року №

8146. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1514846> (дата звернення: 05.03.2023)
90. Petrychenko O. Problems and Prospects of Implementation in the Criminal Legislation of Ukraine Responsibility for Departure Abroad with a Terrorist Purpose. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2022. № 1. P. 106 – 110.
91. Петриченко О. П. Проблеми і перспективи імплементації у кримінальне законодавство України положень про відповідальність за навчання тероризму. *Юридичний вісник*. 2020. Том. 1. № 54. С. 183 – 190.
92. Про боротьбу з тероризмом: Закон України від 20.03.2003 № 638-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/638-15#Text> (дата звернення: 28.02.2023)
93. Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці: Закон України від 13 грудня 2022 р. № 2839-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2839-IX#Text> (дата звернення: 05.03.2023)
94. Гуторова Н. О., Пономаренко Ю. А. Пеналізація злочинів як напрямок кримінально-правової політики. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2013. № 1. С. 32 – 49.
95. Пояснювальна записка до проекту Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці» від 8 грудня 2022 р. № 8271. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1574157> (дата звернення: 05.03.2023)
96. Михайленко Д. Г. Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса, 2018. 42 с.

97. Михайленко Д. Г. Проведення тесту на пропорційність щодо норми про незаконне збагачення з урахуванням практики Європейського суду з прав людини. *Кримінально-правова політика України у дискурсі рішень Європейського суду з прав людини*: матер. міжнар.наук.-практ. інтернет-конф., (м. Одеса, 22 квітня 2016 р.) / Одеса, 2016. С. 170 – 178.
98. Соня Лукашова. Влада приховала мільйон судових рішень, зокрема, про росіян і зрадників: «через війну». *Українська правда*. 22.11.2022. URL: <https://www.pravda.com.ua/news/2022/11/22/7377492/> (дата звернення: 04.03.2023).
99. Практика розслідування в Україні злочинів, вчинених з мотивів нетерпимості. Звіт за результатами дослідження / Атаманчук С., Шейлат А., Белоусов Ю., Бонюк О., Горяченко Р., Кіккас М., Ліхачов В., Пархоменко П., Плотнікова В., Руденко В., Салахова Я., Сіома М., Шурдук В., Яковлев А. За заг. ред.: Мартиновського Р. 2021. URL: <https://ulaf.org.ua/wp-content/uploads/2021/06/%D0%97%D0%B2%D1%96%D1%82-%D0%B7%D0%B0-%D1%80%D0%B5%D0%B7%D1%83%D0%BB%D1%8C%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B0%D0%BC%D0%B8-%D0%B4%D0%BE%D1%81%D0%BB%D1%96%D0%B4%D0%B6%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F-1.pdf> (дата звернення: 04.03.2023)
100. Вирок Берегівського районного суду Закарпатської області від 14 грудня 2021 р., судова справа № 297/1540/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101948385> (дата звернення: 04.03.2023)
101. Вирок Галицького районного суду міста Львова від 20 лютого 2023 р., судова справа № 461/796/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109122273> (дата звернення: 04.03.2023)
102. Вирок Олександрійського міськрайонного суду Кіровоградської області від 20 вересня 2022 р., судова справа № 398/3121/22 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106340596> (дата звернення: 04.03.2023)

103. Вирок Красногвардійського районного суду м. Дніпропетровська від 13 червня 2022 р., судова справа № 204/3352/22 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105060826> (дата звернення: 04.03.2023)
104. Вирок Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 10 лютого 2023 р., судова справа № 188/380/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108969704> (дата звернення: 05.03.2023)
105. Вирок Шевченківського районного суду міста Києва від 26 серпня 2022 р., судова справа № 761/13295/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105914431> (дата звернення: 05.03.2023)
106. Мовчан Р. О. Аналіз кримінально-правової новели про несанкціоноване поширення військово значущої інформації (ст. 114-2 Кримінального кодексу України). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 4. С. 326–330.
107. Вирок Шевченківського районного суду міста Києва від 20 лютого 2023 р., судова справа № 759/13037/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109105854> (дата звернення: 05.03.2023)
108. Кравчук О.О., Бондаренко М.С. Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. №3. С. 198 – 204.
109. Вирок Богунського районного суду м. Житомира від 22 лютого 2023 р., судова справа № 295/2000/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109139112> (дата звернення: 05.03.2023)
110. Вирок Червонозаводського районного суду м. Харкова від 31 січня 2023 р., судова справа № 646/342/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108680709> (дата звернення: 05.03.2023)
111. Вирок Соснівського районного суду м. Черкаси від 23 травня 2022 р., судова справа № 712/2951/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104409643> (дата звернення: 05.03.2023)
112. Текст проекту нового Кримінального кодексу (станом на 30.01.2023). URL:

- <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/01/30/proyekt-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny-stanom-na-30-01-2023.pdf> (дата звернення: 08.03.2023)
113. Концепція реформування кримінального законодавства України, Робоча група з питань розвитку кримінального права. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/08/25/povnyj-tekst-kontseptsii-reformuvannya-kk-ukrayiny.pdf> (дата звернення: 08.03.2023)
114. Дудоров О., Письменський Є. Комплексне реформування кримінального законодавства України. Перший вагомий крок зроблено. *Юридичний вісник України*. 20 – 26 листопада 2020 р. № 46. URL: <https://yvu.com.ua/kompleksne-reformuvannya-kryminalnogo-zakonodavstva-ukrayiny-pershuj-vagomyj-krok-zrobleno/> (дата звернення: 08.03.2023)
115. Загиней-Заболотенко З. Невизначеність тексту Кримінального кодексу України: «стратити не можна помилювати». *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2019. № 4. С. 72–85.
116. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 11.03.2023)
117. Постанова Верховного Суду від 16 вересня 2019 року № 11 «Щодо проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування" (реєстраційний №1008 від 29 серпня 2019 року)». URL: [https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Visnovok\\_postanova\\_11.pdf](https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Visnovok_postanova_11.pdf) (дата звернення: 09.03.2023)
118. Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1861-17#n720> (дата звернення: 11.03.2023)
119. Про затвердження положення про Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України: Розпорядження Голови Верховної Ради України від 11 червня 2000 р. № 515. URL:

[https://dostup.pravda.com.ua/request/83757/response/236057/attach/4/3059.pdf?cookie\\_passthrough=1](https://dostup.pravda.com.ua/request/83757/response/236057/attach/4/3059.pdf?cookie_passthrough=1) (дата звернення: 11.03.2023)

120. *Altuğ Taner Akçam v Turkey* App no 27520/07 (ECtHR, 25 October 2011). URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2227520/07%22\],%22itemid%22:\[%22001-107206%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2227520/07%22],%22itemid%22:[%22001-107206%22]}) (Accessed 11.03.2023)
121. *Vajnai v Hungary* App no 33629/06 (ECtHR, 8 July 2008). URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2233629/06%22\],%22itemid%22:\[%22001-87404%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2233629/06%22],%22itemid%22:[%22001-87404%22]}) (Accessed 11.03.2023)
122. *Wizerkaniuk v Poland* App no 18990/05 (ECtHR, 5 July 2011). URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2218990/05%22\],%22itemid%22:\[%22001-105557%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2218990/05%22],%22itemid%22:[%22001-105557%22]}) (Accessed 11.03.2023)
123. Задоя К. П. Проблеми обґрунтованості рішення конституційного суду України щодо визнання неконституційною статті 366-1 Кримінального кодексу України. *Juris Europensis Scientia*. 2022. Вип. 1. С. 99 – 104.

## ДОДАТКИ

**Таблиця видів помилкової криміналізації на основі законопроектної практики**

Номер та назва законопроекту	Вид помилкової криміналізації	Пояснення у висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України
№ 5135, «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України (щодо кримінальної відповідальності за адміністративне, економічне, військове, політичне, військово-політичне та інше співробітництво з державою-агресором - колабораціонізм)» <sup>1</sup>	Надмірно-необґрунтована	«<...>відповідно до приписів ст. 111 КК державна зрада може виявитися у таких формах: 1) перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту; 2) шпигунство; 3) надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України<...> у пп. пп. 2, 6 п. 1 примітки до ст. 111-1 КК серед форм колабораціонізму окремо вказується на публічні заклики, спрямовані на підтримку чи співробітництво з державою-агресором та/або окупаційною владою та/або неодноразове розміщення для загального перегляду у мережі Інтернет закликів до підтримки дій держави-агресора у здійсненні нею агресивних дій, розгортанні збройного конфлікту проти України<...>оскільки родовим об'єктом кримінальних правопорушень, розташованих у розділі I

<sup>1</sup> Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України (щодо кримінальної відповідальності за адміністративне, економічне, військове, політичне, військово-політичне та інше співробітництво з державою-агресором - колабораціонізм)»: Проект Закону від 23 лютого 2021 № 5135. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71206](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71206) (дата звернення: 04.01.2022)

		Особливої частини КК, є національна безпека України, тобто, захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз (див. п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України»)). <sup>2</sup>
№ 5877, «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності у сфері містобудівної діяльності» <sup>3</sup>	Надмірно-необґрунтована	«<...>у чинній ст. 197-1 КК передбачена відповідальність за такі пов'язані між собою кримінальні правопорушення, як самовільне зайняття земельної ділянки, яким завдано значної шкоди її законному володільцю або власнику (ч. 1), та самовільне будівництво будівель або споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці (ч. 3)<...> При цьому, зі змісту чинної ч. 3 ст. 197-1 КК можна зробити висновок, що кримінально каране самовільне (самочинне) будівництво має свою специфіку, що полягає у його поєднанні із самовільним зайняттям земельної ділянки.... Запровадження кримінальної відповідальності за вищезазначене самочинне

<sup>2</sup> Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 5135. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71206](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71206) (дата звернення: 04.01.2022)

<sup>3</sup> Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності у сфері містобудівної діяльності»: Проект Закону від 1 вересня 2021 № 5877. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=72667](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=72667) (дата звернення: 04.01.2022)

		<p>будівництво будівель або споруд без прив'язки до самовільного зайняття відповідної земельної ділянки не тільки не узгоджується зі змістом запропонованої проектом ст. 197-2 КК, а й створює небажану конкуренцію між нормами адміністративно-деліктного та/або кримінального законодавства&lt;...&gt;поняття «уповноважена особа з містобудівного контролю» фактично свідчить про пропозицію встановити кримінальну відповідальність за відповідні кримінальні правопорушення й для юридичних осіб&lt;...&gt;Диспозицію ч. 1 ст. 366 КК у проекті пропонується доповнити такою формою об'єктивної сторони, як внесення службовою особою до державних електронних інформаційних систем завідомо неправдивих відомостей...питання кримінальної відповідальності за порушення винними особами порядку використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку наразі врегульоване у Розділі XVI Особливої частини КК».<sup>4</sup></p>
--	--	--

<sup>4</sup> Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 5877. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=72667](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=72667) (дата звернення: 04.01.2022)

<p>№ 6084, «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо встановлення відповідальності за підробку документів, що стосуються проведення профілактичних щеплень»<sup>5</sup></p>	<p>Надмірно-неточна</p>	<p>«&lt;...&gt;встановлення окремої (спеціальної) кримінальної відповідальності за підроблення документів, що стосуються проведення профілактичних щеплень, є надмірною криміналізацією, негативними наслідками якої, зокрема, є створення штучної конкуренції кримінально-правових норм та порушення принципу економії кримінально-правової репресії. Питання посилення кримінальної відповідальності за підроблення вказаних документів, зокрема, шляхом підвищення розміру штрафу мало б бути вирішено внесенням змін до санкцій тих чинних норм Особливої частини КК, на підставі яких винній особі може бути інкриміноване відповідне скоєне діяння... незрозумілим є підхід законопроекту щодо внесення запропонованих змін до розділу XIII «Кримінальні правопорушення у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші кримінальні правопорушення проти здоров'я населення» Особливої частини КК&lt;...&gt;основним безпосереднім об'єктом запропонованого складу кримінального правопорушення вочевидь слід визнавати встановлений</p>
--	-------------------------	---

<sup>5</sup> «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо встановлення відповідальності за підробку документів, що стосуються проведення профілактичних щеплень»: Проект Закону від 23 вересня 2021 № 6084. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=72830](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=72830) (дата звернення: 04.01.2022)

		законодавством порядок обігу та використання відповідних документів, який забезпечує нормальну діяльність підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, а також права та законні інтереси фізичних осіб, порядок посвідчення фактів, що мають юридичне значення». <sup>6</sup>
№ 5496, «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо криміналізації реклами або пропаганди наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» <sup>7</sup>	Необґрунтована, надмірно-неточна	«<...>вжитий у новій ст. 315-1 КК термін «пропаганда» є доволі широким за змістом, може мати місце ситуація, за якої кримінально караними слід буде визнавати діяння, які об'єктивно не характеризуються особливою шкідливістю, що є притаманною для такої обов'язкової ознаки кримінального правопорушення, як суспільна небезпечність (див. ст. 11 КК)<...> ст. 315 КК встановлює відповідальність за схиляння до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів<...>поняття «рослини, що містять наркотичні засоби або психотропні речовини», «частини рослин, що містять наркотичні засоби або психотропні речовини» входять до змісту дефініцій «наркотичні засоби» і «психотропні речовини» та

<sup>6</sup> Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 6084. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=72830](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=72830) (дата звернення: 04.01.2022)

<sup>7</sup> «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо криміналізації реклами або пропаганди наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів»: Проект Закону від 14 травня 2021 № 5496. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71908](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71908) (дата звернення: 04.01.2022)

		включені до відповідних переліків<...> <sup>8</sup>
№ 5513, «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту бджіл» <sup>9</sup>	Надмірно-неповна, неточна	«<...>виходячи з системного аналізу законів України...діяння у вигляді порушення порядку застосування засобів захисту рослин, стимуляторів їх росту, мінеральних добрив, прилипачів, інших препаратів для обробки медоносних рослин є лише одним із проявів порушення законодавства про захист рослин, відповідальність за яке (за умови спричинення тяжких наслідків), повністю охоплюються складом кримінального правопорушення, передбаченого чинною наразі ст. 247 КК<...>доцільнішим було би для позначення відповідних суспільно небезпечних наслідків зробити прив'язку не стільки до множини отруєних/загиблих бджіл та/або бджолиних сімей, скільки до розміру завданої матеріальної шкоди внаслідок

<sup>8</sup> Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 5496. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71908](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71908) (дата звернення: 04.01.2022)

<sup>9</sup> «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту бджіл»: Проект Закону від 19 травня 2021 № 5513. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71943](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71943) (дата звернення: 04.01.2022)

		отруєння/загибелі відповідних представників фауни<...> Санкції відповідних частин ст. 247 КК (у редакції проекту) не повною мірою відповідають <b>принципу співмірності покарання</b> рівню суспільної небезпечності вчиненого діяння<...> <sup>10</sup>
--	--	--

---

<sup>10</sup> Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту реєстр. № 5513. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=71943](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=71943) (дата звернення: 04.01.2022)

## **Додаток 2 (аналітично-інформаційні довідки з переддипломної практики)**

### **Матеріал 1**

#### **Кримінальна відповідальність військових в умовах воєнного стану та в бойовій обстановці**

24 січня Президент України підписав Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці» № 2839-ІХ, яким змінено важливі правила щодо дії інститутів призначення більш м'якого покарання, ніж передбачене законом, і звільнення від відбування покарання з випробуванням.

#### **Зміни у законі про кримінальну відповідальність**

Відповідно до цього закону забороняється застосовувати статті про призначення більш м'якого покарання та про звільнення від відбування покарання з випробуванням – тобто до військових, засуджених за перелічені злочини, не можна призначати ні більш м'яке покарання, ніж передбачене санкцією, ані звільняти їх від відбування покарання з випробуванням. Чи є способи зменшення негативних наслідків цих змін?

#### **Призначення покарання**

Новий закон не скасовує пом'якшувальні обставини як такі, про що свідчить відсутність змін у ст. 69-1 КК України. За положеннями згаданої статті суд призначатиме покарання, чий строк буде нижчим 2/3 максимального строку найбільш суворого виду покарання. Для цього мають виконуватися одночасно такі умови:

- наявність пом'якшувальних обставин;
- відсутність обтяжувальних обставин;

- визнання вини.

Тож суд може враховувати пом'якшувальні обставини і призначити менший строк або розмір покарання.

### **Амністія або помилування**

Законом ніяк не змінюється правила застосування амністії та помилування (ст. ст. 85, 86, 97 КК України).

Обмеження у дії амністії стосуються тільки якщо вчинено злочин:

- 1) Державної зради;
- 2) Диверсії;
- 3) Корупційних правопорушень і кримінальних порушень, пов'язаних з корупцією;
- 4) Щодо правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту у нетверезому стані.

Без пункту 1 та 2 такі ж самі обмеження передбачені і у разі помилування.

### **Дискримінаційність змін**

Наведені зміни вже були критично оцінені на предмет їхньої невідповідності як законодавчій техніці, так і положенням Загальної частини КК України. Можна додати, що виокремлення певної категорії громадян з-під тих, до кого застосовують інститути призначення більш м'якого покарання та звільнення від відбування покарання з випробуванням, є дискримінаційним підходом, що суперечить ст. 24 та ст. 8 Конституції України.

Так, зауваження викликає мета закону – внесення змін до положень КК України й КУпАП задля усунення розбіжності у судовій практиці лише по одному виду військового злочину ([Пояснювальна записка до](#)

[проєкту Закону України № 8271](#)). Бо легітимною мета могла б бути у разі пояснення поточної судової практики з усіх військових злочинів. З пояснювальної записки не видно, щоб дія звичних інститутів призначення м'якого покарання та звільнення від відбування покарання з випробуванням мала негативні наслідки для послідовності судової практики та ведення бойових дій.

Домірність теж відсутня. У записці позбавлення військовослужбовців можливості отримати більш м'яке покарання або бути звільненими від його відбування з випробуванням виправдано опосередковано. Принцип невідворотності справедливого покарання наведено як основний аргумент для внесення змін. Але покарання без врахування пом'якшувальних та обтяжувальних обставин вже не буде справедливим.

Тому законодавцям слід виправити ці два суттєві недоліки, аби не створювати непослідовності у застосуванні закону про кримінальну відповідальність під час війни.

Використані джерела:

Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці» 2839-IX від 13.12.2022;

Пояснювальна записка до Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці» 2839-IX від 13.12.2022, URL:

<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1574157> (дата звернення: 11.02.2023);

Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001;

Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України (Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine) / за заг. ред. М. Козюбри ; Передмова: Головатий С. ; упорядники та автори коментарів: В. Венгер, С. Головатий, А. Заєць, Є. Зверев, М. Козюбра, Ю. Матвєєва, О. Цельєв ; Центр дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України Національного університету «Києво-Могилянська академія». Київ, 2021 — 152 с., 86-89 с.

## **Матеріал 2**

### **Кримінальна відповідальність за невиконання наказу (без ознак непокори) по новому закону**

Віднедавна набув чинності Закон України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці». Внесені зміни у частину 3 ст. 403 про невиконання наказу збільшують строк покарання: замість меж від трьох до семи – від п'яти до восьми. При цьому суттєво обмежено можливості суду призначати більш м'яке покарання, звільняти від покарання з випробуванням. Які є способи зважено оцінити обставини справ у зв'язку з невиконанням наказу за відсутності непокори?

Перше, це оцінювання наказу. Саме командир відповідає за виданий ним наказ (абз. 2 п. 6 Розділу I Дисциплінарного статуту ЗСУ). Тоді як підлеглий не зобов'язаний виконувати явно злочинний наказ. Це загальні підстави. Суду ж варто оцінювати наказ з точки зору обставини, що виключає злочинність діяння, щоб встановити, чи є він законним.

За ч. 2 ст. 41 КК України передбачено основні критерії для оцінювання наказу:

- наказ віддано відповідною особою,
- в належному порядку,
- в межах її повноважень,
- наказ є змістово несуперечним чинному законодавству і не пов'язаний із порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина.

Ці критерії стосуються законності наказу. Та не менш важливим є факт віддачі наказу. Як показує практика, здебільшого видаються усні накази(справи №№ 183/4062/22, 185/5443/22), але вони так само мають відповідати вищепереліченим критеріям наказу. На додачу до усної форми, невиконання наказів як з ознакою непокори, так і без, включає в себе невиконання так званих бойових розпоряджень (справа № 216/4464/22).

Друге, доведення тяжких наслідків. Це оцінне поняття взагалі не визначено для відповідної статті, а актуальної для умов війни судової практики для цієї статті досі немає. Тому доведеться зважати на практику застосування близької за суттю статті про невиконання з ознаками непокори. За практикою в подібних справах (про непокору) тяжкі наслідки можуть полягати у зниженні боєздатності підрозділу під час виконання бойового завдання (справа № 216/4464/22). Водночас слід

враховувати, що наслідок у вигляді зниження боєдатності підрозділу може і не настати, але це все одно тлумачиться як загроза настання тяжкого наслідку (справа № 183/4062/22). Цей підхід буде неправильним при встановленні наслідків у разі невиконання наказу без ознак непокори, бо саме тяжкі наслідки є обов'язковими для встановлення складу злочину, а не загроза їх настання. У разі їхньої відсутності не може йтися про невиконання без ознак непокори за ч. 3 ст. 403 КК України

Наостанок суду не слід забувати, що коли злочин за ч. 3 ст. 403 КК України вчинили до моменту набрання чинності новим законом (27 січня 2023 р.), то суд застосовує попередню редакцію КК України з більш пом'якшувальними для обвинуваченої особи положеннями.

Використані джерела:

Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001;

Дисциплінарний статут ЗСУ № 551-XIV від 24.03.1999;

Вирок Новомосковського міськрайонного суду Дніпропетровської області у справі № 183/4062/22 від 03.11.2022, URL: <https://opendatabot.ua/court/107129655-f8315c4971aa9aebbbb5a7c4864394e0> (дата звернення: 21.02.2023);

Вирок Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області у справі № 185/5443/22 від 06.09.2022, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106304792> (дата звернення: 21.02.2023);

Постанова Центрально-Міського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області у справі № 216/4464/22 від 24.10.2022, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106910868> (дата звернення: 21.02.2023).

### **Матеріал 3**

#### **Кримінальна відповідальність за самовільне залишення військової частини**

Попри прийняття Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці» положення про відповідальність за самовільне залишення отримало лишень текстову зміну: замість «особами, зазначеними в частинах першій або другій цієї статті» «військовослужбовці». Водночас провадження за ст. 407 КК України були [одними з поширених](#) проваджень з-поміж справ про військові злочини. Як визначається відповідальність за згаданою статтею та чи правильний це підхід?

#### **Залишення і невчасне з'явлення**

Частина 5 ст. 407 КК України охоплює все відразу – і залишення й невчасне з'явлення, і воєнний стан і бойову обстановку. Обидві форми вчинення злочину можуть бути умисними (справи №№ 357/11512/19, 381/3537/22). Самовільне залишення означає, що незаконними є дії саме із залишення військовослужбовцем розташування частини або місця служби, а невчасне з'явлення – неповернення до частини або місця служби без поважних причин.

#### **Воєнний стан та особливий період**

За нинішньою законодавчою базою воєнний стан – це складова особливого періоду, який діє з 17 березня 2014 року. Це важливо тому, що відповідальність за ч. 5 ст. 407 КК України стосується самовільного залишення, невчасного з'явлення безвідносно тривалості діяння. Тоді як

відповідальність за ті ж діяння, якщо їхня тривалість обмежувалися трьома чи десятьма добами, може бути адміністративною (ч. 1, 2 ст. 172-11 КУпАП).

Зміни якраз вносилися для того, щоб виправити неоднакову судову практику саме у застосуванні ст. 407 КК України та ст. 172-11 КУпАП (Пояснювальна записка). Натомість тепер вид відповідальності за самовільне залишення залежить не стільки від тривалості, а від моменту вчинення – під час дії воєнного стану чи до його введення.

З одного боку, до набуття чинності новим законом бували випадки застосування відповідної статті КУпАП, причому навіть тоді, коли тривалість залишення перевищувала один місяць в умовах вже введеного воєнного стану (справа № 243/3274/22).

З іншого, так само застосовувалася і ч. 5 ст. 407 КК України, до ситуацій із тривалістю залишення 11 діб, але з пом'якшувальними обставинами, а саме: каяття та сприяння встановленню обставин справи (справа № 129/2918/22).

### **Безальтернативність змін**

Різниця у порівнянні з минулою редакцією в тім, що застосовувати пом'якшувальні обставини тепер можна буде тільки при призначенні меншого розміру покарання, а не м'якого. Справи ж про самовільне залишення відтепер відносяться лише до кримінальних. Це пояснюється чинністю воєнного стану і неможливістю зворотної дії закону, який погіршує становище осіб. Тобто усі вчинені після 27 січня 2023 року дії щодо самовільного залишення не розглядатимуться як адміністративні правопорушення, хоч би як вони були схожі на них.

Як вже було зазначено у матеріалі №1, обраний законодавцями підхід істотно дискримінує військовослужбовців. Бо сприяння послідовності судової практики ніяк не пояснює звуження дії звичних

інститутів кримінального права. Поза цим, застосування ч. 5 ст. 407 КК України (за наведеними вище справами) залежить більше якраз від уважного оцінювання пом'якшувальних і обтяжувальних обставин під час призначення покарання. Якщо ж законодавці вирішили зробити – на період подальшої дії воєнного стану – будь-яке самовільне залишення злочином, то процедура встановлення міри відповідальності має бути такою, що враховує особливості кожної ситуації.

Використані джерела:

Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001;

Закон України «Про внесення "Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці» 2839-IX від 13.12.2022;

Мобілізують більше, натомість ухилянтів менше: підсумки мобілізації 2022, URL: <https://opendatabot.ua/analytics/warcrimes-2022> (дата звернення: 11.02.2023)

Вирок Білоцерківського міськрайонного суду Київської області у справі № 357/11512/19 від 09.07.2020, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90285386> (дата звернення: 21.02.2023) ;

Вирок Фастівського міськрайонного суду Київської області у справі № 381/3537/22 від 31.01.2023, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108727584> (дата звернення: 21.02.2023) ;

Закону України «Про оборону України» № 1932-XII від 06.12.1991;

Закон України «Про мобілізаційну підготовку і мобілізацію» № 3543-XII від 21.10.1993;

Кодекс України про адміністративні правопорушення № 8073-Х від 07.12.1984;

Пояснювальна записка до Закону України «Про внесення "Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці» 2839-ІХ від 13.12.2022, URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1574157> (дата звернення: 11.02.2023);

Слов'янського міськрайонного суду Донецької області у справі № 243/3274/22 від 08.02.2023, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108864810> (дата звернення: 21.02.2023);

Вирок Гайсинського районного суду Вінницької області у справі № 129/2918/22 від 06.02.2023, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108786993> (дата звернення: 21.02.2023).

#### **Матеріал 4**

#### **Кримінальна відповідальність за самовільне залишення поля бою**

У попередньому матеріалі йшлося про те, яким чином новели Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці» вплинули на застосування статті про самовільне залишення військової частини або місця служби. На цей раз звернімося до відмінностей між самовільним

залишенням частини в умовах воєнного стану або бойової обстановки та самовільним залишенням поля бою.

### **Поле бою та бойова обстановка**

При розгляді цих двох обставин треба пам'ятати, що обстановка вчинюваного діяння – це умови наступального, оборонного, загальновійськового, танкового, протиповітряного, повітряного, морського тощо бою, тобто безпосереднього застосування військової зброї і техніки стосовно військового супротивника або військовим супротивником; обстановка бою, в якому бере участь військове з'єднання, частина (корабель) або підрозділ, розпочинається і закінчується з наказу про вступ у бій (припинення бою) або з фактичного початку (завершення) бою (Примітка до ст. 402 Розділу XIX КК України). Визначення поля бою у кодексі відсутнє; але поле бою якраз і створює бойову обстановку, яка є необхідною умовою злочину самовільного залишення частини / місця служби за ч. 5 ст. 407 КК України.

Так само ці діяння відрізняються і метою: для самовільного залишення частини або місця служби притаманна мета особи ухилитися від подальшої служби (справа № 635/548/23), для самовільного залишення поля бою – ні (справа № 496/142/23).

### **Залишення «під час бою» та бойова обстановка**

Проблемним у кваліфікації за обома (ч. 5 ст. 407 і ст. 429 КК України) статтями залишається вищенаведена дефініція з примітки. Наприклад, якщо поле бою може існувати тільки за умови перебігу бою, яка тоді відмінність від залишення частини / місця служби, що вже стали полем бою? І поготів не зрозуміло, чому місце служби не може охоплювати собою майбутнє поле бою, особливо коли воно є місцем виконання обов'язків та наказів начальника ([Визначення](#)). Разом із цим розміри покарання однакові для обох статей. Поки в реєстрі є одна

справа, де застосовано ст. 429 КК України із наступним підходом суду до тлумачення «поля бою»:

«...перебуваючи в складі 1 взводу на полі бою, а саме на оборонних позиціях рубіжу оборони взводного опорного пункту...виконуючи у складі свого взводу бойовий наказ командування із виявлення, стримання та знищення противника...діючи умисно...без дозволу командира та всупереч бойового наказу командира, самовільно залишив поле бою під час бою із ввіреною йому зброєю та боєприпасами»(справа № 496/142/23).

Тож загальне правило до ст. 429 КК України полягає у встановленні, чи відбувався бій на рубежах оборони: якщо так, норма застосовуватиметься.

Звісно, випадок із зазначеної справи є зрозумілим і наочним. Проте не слід виключати можливість одночасного настання умов бою на території частини / місця служби. І на такий випадок якраз не розрахована нинішня норма.

У такому разі потрібно застосовувати правило про те, що кваліфікація має здійснюватися за статтею, в якій враховано найбільше ознак вчиненого діяння. Тож замість ст. 429 КК України буде доречніше застосовувати ч. 5 ст. 407 КК України за умови співпадіння ознак бойової обстановки і поля бою у частині / місці служби. Це пояснюється 1) значущістю бойової обстановки як умови для застосування і ст. 429, і ч. 5 ст. 407 КК України, а також 2) однаковістю обставин, які підлягають з'ясуванню (факт невиконання наказу).

Джерела:

Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001;

Вирок Харківського районного суду Харківської області у справі № 635/548/23 від 07.02.2023, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108817300> (дата звернення: 21.02.2023);

Вирок Біляївського районного суду Одеської області у справі № 496/142/23 від 06.02.2023, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108819093> (дата звернення: 21.02.2023) ;

Дезертирство. Самовільне залишення військової частини або місця служби – WikiLegalAid, URL: <https://wiki.legalaid.gov.ua/index.php/%D0%94%D0%B5%D0%B7%D0%B5%D1%80%D1%82%D0%B8%D1%80%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE.%D0%A1%D0%B0%D0%BC%D0%BE%D0%B2%D1%96%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B5%D0%B7%D0%B0%D0%BB%D0%B8%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F%D0%B2%D1%96%D0%B9%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%97%D1%87%D0%B0%D1%81%D1%82%D0%B8%D0%BD%D0%B8%D0%B0%D0%B1%D0%BE%D0%BC%D1%96%D1%81%D1%86%D1%8F%D1%81%D0%BB%D1%83%D0%B6%D0%B1%D0%B8> (дата звернення: 16.02.2023)