

РОЗРОБЛЕННЯ КОДЕКСУ ПУБЛІЧНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ ЗАСТЕРЕЖЕННЯ

У статті проаналізовано Концепцію реформування законодавства про публічні правопорушення в Україні, розроблену фахівцями Львівського форуму кримінальної юстиції. Визначено доктринальні та практичні проблеми реалізації ідеї створення Кодексу публічних правопорушень України, що об'єднав би норми про відповідальність за злочини, адміністративні делікти і дисциплінарні правопорушення. Обґрунтовано, що злочини та неуправлінські адміністративні правопорушення мають однакову правову природу, а тому їх доцільно об'єднати поняттям «кримінальне правопорушення». Запропоновано алгоритм запровадження категорії «кримінальний проступок» до українського законодавства.

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

13 травня 2016 р. в офісі Координатора проєктів ОБСЄ в Україні та за його підтримки відбулось обговорення Концепції реформування законодавства про публічні правопорушення в Україні [1], підготовленої членами ГО «Львівський форум кримінальної юстиції» О. В. Авраменком, І. В. Красницьким, В. П. Коваленком, Н. Р. Лашук, О. К. Маріним, Т. І. Созанським, С. В. Хилюк та Г. З. Яремко під проводом керівника форуму В. О. Навроцького.

Основною метою авторів Концепції є «створення єдиного кодексу публічних правопорушень, який має замінити численні існуючі в цій сфері акти та стати частиною всього Зводу законів України» [1]. Утім, Концепція не містить чіткого переліку видів правопорушень, які автори пропонують об'єднати поняттям «публічні правопорушення». Зазначено лише, що «в Україні відповідальність за публічні правопорушення регламентується нормами, які стосуються злочинів, адміністративних проступків, дисциплінарних правопорушень, окремих заходів, що застосовуються за процесуальні порушення» [1]. Наведене, на мою думку, означає, що саме згадані види деліктів (кримінальні, адміністративні, дисциплінарні, а також порушення окремих процесуальних норм) пропонується відносити до категорії публічних правопорушень.

З точки зору розробників, публічними правопорушеннями слід визнати діяння, що «характеризуються такими ознаками:

– посягають на публічні права та інтереси держави, суспільства, юридичних і фізичних осіб. Натомість приватні порушення заподіюють

шкоду лише інтересам окремих осіб і не посягають на державні та суспільні інтереси;

– існує публічна зацікавленість у встановленні відповідальності та переслідуванні за такі правопорушення на підставі заздалегідь офіційно визначених умов, тоді як відповідальність за приватні правопорушення настає лише з ініціативи зацікавленої особи;

– протиправність таких порушень визначена нормативно-правовими актами. Натомість протиправність приватних правопорушень та умови відповідальності за них визначаються учасниками відповідних відносин у договорі, контракті про прийом на роботу чи в інший непублічний спосіб;

– відповідальність настає перед державою загалом в особі її уповноважених органів. Для приватних правопорушень характерно те, що відповідальність за них настає перед контрагентом за угодою;

– відповідальність є особистою та настає лише за наявності вини особи, яка вчиняє правопорушення. На противагу цьому у приватних правопорушеннях можливою є відповідальність і без вини» [1].

Отже, автори концепції вважають, що для визнання певного діяння публічним правопорушенням достатньо констатувати його спрямованість проти «публічних прав та інтересів держави, суспільства, юридичних і фізичних осіб». Лише цю ознаку з усіх перелічених вище, на мою думку, можна визнати засадничою. Адже всі інші ознаки є похідними від першої, більшість із них повністю залежить від волі

законодавця, яка в ідеалі повинна виявлятися тоді, коли буде встановлено, що певне посягання спрямоване проти зазначених прав та інтересів.

На мою думку, можливість і доцільність об'єднання кримінальних (злочинів), адміністративних і дисциплінарних правопорушень єдиною категорією публічних правопорушень та визначення вичерпного кола відповідних діянь на основі згаданого вище критерію є доволі дискусійними з теоретичних позицій і потребуватиме подолання значних прикладних проблем.

Теоретичне. В основу Концепції покладено постулат про поділ права на приватне і публічне та аналогічний поділ правопорушень. Однак у сучасній теорії права, особливо європейській теорії, все частіше констатується «взаємопроникнення режимів правового регулювання з публічних сфер у приватні і навпаки. Фактично йдеться про еволюцію права» [2, с. 147].

Дедалі більше вчених вважають, що межа між публічним і приватним правом не може бути абсолютною і чіткою; будь-яке право має публічно-приватні витоки [3, с. 145–146].

Не існує «чисто» публічно-правових або «чисто» приватноправових галузей. Будь-яка галузь і будь-яка норма включає в себе тією чи іншою мірою і момент «публічний», і момент «приватний» [4, с. 740].

З особливою силою зазначені тенденції проявляються на прикладі кримінального права. Дедалі більше фахівців не визнають кримінальне право галуззю публічного права. Серед країн континентальної Європи чи не вперше таку позицію було обґрунтовано у Франції, тепер така думка є поширеною за її межами. До речі, у Франції юридичну науку поділено лише на дві спеціальності: «01 – приватне право та кримінально-правові науки; спеціальність 02 – публічне право» [5, с. 12], тобто кримінальне право відділено від публічного.

Українські теоретики переважно вважають, що «кримінально-правові суспільні відносини є класичним зразком публічно-правових відносин, а норми кримінального права – у *рафінованому* вигляді являють собою норми публічного права» (виділено мною. – Д. А.) [6, с. 60]. Але й вони визнають, що «у кримінально-правовій науці формується тенденція до переосмислення меж кримінального права, його сучасної “конфігурації”, співвідношення публічних і приватних засад у кримінальному праві й законодавстві» [6, с. 82].

Дійсно, кримінальне право пов'язане з діяльністю державної влади і має на меті реалізацію публічного інтересу, однак не обмежується

публічним інтересом. Адже одним із завдань кримінального права є забезпечення захисту приватноправових інтересів – прав і свобод людини і громадянина, власності. І що тут первісно, а що вторинно? Публічний інтерес чи, приміром, здоров'я певної особи?

Публічно-правове регулювання приватної сфери суспільних відносин покликано забезпечувати захист як публічних, так і приватних інтересів, через надання останнім публічної значущості, через сприяння реалізації концепції правової держави, пріоритету прав і свобод людини. Проникнення публічного права в приватну сферу забезпечується його регулятивною та охоронною функціями та охоплює встановлення юридичної процедури виникнення та реалізації суб'єктивних прав приватних суб'єктів, їх обмеження та захист [7, с. 230]. У цьому, зокрема, проявляється конвергенція приватного та публічного права, яка дедалі стає інтенсивнішою.

Багато запитань породжує пропозиція авторів Концепції також визнати публічними і дисциплінарні правопорушення. Можливо, дисциплінарна відповідальність зовні схожа на публічну, однак мало не загально визнано, що трудове право належить до приватноправових галузей права, а дисциплінарна відповідальність має загалом приватноправовий характер, який проявляється, передусім, у тому, що дисциплінарна влада роботодавця ґрунтується не на делегуванні йому відповідних повноважень з боку держави, а виходить зі статусу роботодавця як сторони в договорі [8, с. 278].

Таким чином, об'єднання злочинів, адміністративних і дисциплінарних деліктів під «одним дахом» Кодексу публічних правопорушень видається не зовсім методологічно виправданим. Мені не вдалося знайти європейські праці, у яких обстоюється доцільність створення нормативно-правового акта, у якому було би передбачено відповідальність за кримінальні, адміністративні та дисциплінарні правопорушення одночасно і всі ці правопорушення об'єднувалися назвою «публічні правопорушення»¹. Так само важко знайти публікації, у яких би обстоювалася суто публічно-правова сутність кримінального права. Водночас є чимало публікацій,

¹ До речі, всупереч твердженню авторів Концепції [1], мені не вдалося також знайти рішення Європейського суду з прав людини, у якому би фіксувався поділ усіх правопорушень на публічні та приватні. Натомість у багатьох рішеннях згадується кримінальна та цивільна сфери, вказується на спір цивільного характеру та обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення. Очевидно, що поділ деліктів на цивільні та кримінальні зовсім не тотожний поділу правопорушень на приватні та публічні.

присвячених поєднанню публічного і приватного в кримінальному праві (див., напр.: [9]).

Утім, питання про доцільність використання терміна «публічне правопорушення» на позначення кримінальних (злочинів), адміністративних та дисциплінарних деліктів, а також про те, чи повною мірою кримінальне право відповідає класичним ознакам публічної галузі права, в аналізованому контексті не видаються основними. На цьому етапі важливіше встановити, чи здатний запропонований авторами Концепції критерій (спрямованість посягання проти публічних прав та інтересів держави, суспільства, юридичних і фізичних осіб) задовольняти потреби однозначного визначення кола діянь, що слід визнавати публічними правопорушеннями. Саме тут можна прогнозувати виникнення істотних **прикладних** проблем, здолати які буде не просто.

Прикладні проблеми, мені здається, почнуть виникати тоді, коли постануть питання, чи слід певне конкретне діяння передбачити в новоствореному кодексі.

Згідно з Концепцією публічними правопорушеннями слід визнати ті, що «посягають на публічні права та інтереси держави, суспільства, юридичних і фізичних осіб. Натомість приватні порушення заподіюють шкоду *лише* (виділено мною. – Д. А.) інтересам окремих осіб і не посягають на державні та суспільні інтереси».

Наведене вочевидь означає, що в разі, коли правопорушення посягає і на публічні, і на приватні інтереси водночас, воно визнаватиметься публічним. Однак наявність публічного елементу в порушених приватних відносинах зовсім не обов'язково має перетворювати цей делікт на публічне правопорушення.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 203 ЦК зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. Правочин, який порушує публічний порядок, є нікчемним (ч. 2 ст. 228 ЦК). У разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам такий правочин може бути визнаний недійсним (ч. 2 ст. 228 ЦК). Хіба в разі укладання таких правочинів не заподіюється шкода публічному інтересу? Якщо тут може бути позитивна відповідь, то укладання подібного правочину за логікою Концепції слід визнавати публічними правопорушеннями.

І загалом приватноправові делікти тісно пов'язані з публічним інтересом. Аби переконатися в цьому, достатньо згадати ще кілька прикладів, зокрема, необережне знищення чи

пошкодження чужого майна, яке разом з будь-яким іншим необережним заподіянням майнової шкоди автори Концепції беззастережно викреслили з кола публічно-правових (п. 4.3.3). Чи не в інтересах суспільства протидіяти таким посяганням, чи не заподіюється шкода суспільному інтересу в разі ухилення від відшкодування заподіяних збитків? Мені видається, що тут публічний інтерес присутній, інакше не існувало б Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів». Те саме можна говорити про повернення банківських вкладів (Закон України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб») і багато інших приватноправових сфер, які зазнали державного втручання, спрямованого на забезпечення публічного інтересу (забезпечення прав споживачів; участь у приватноправових відносинах публічних суб'єктів) тощо.

Тут слід згадати, що «чіткої межі між сферами приватного і публічного інтересу немає, вона завжди рухлива» [10, с. 137], а наявність публічно-правового елементу далеко не завжди здатна перетворювати порушення приватного права на публічне правопорушення. Це означає, що в подібних випадках критерії, за якими автори Концепції пропонують визначати приналежність певного правопорушення до категорії публічних, не спрацюватимуть.

Водночас у Концепції об'єднано та розвинуто низку положень, які варто взяти до уваги в процесі реформування кримінального законодавства. Як зазначалося раніше, застосування терміна «публічні правопорушення» та встановлення в одному кодексі відповідальності за кримінальні та адміністративні делікти разом із дисциплінарними правопорушеннями є методологічно невинуватимим. Разом з тим вважаю за доцільне об'єднати терміном «кримінальне правопорушення» злочини та більшість посягань, які нині називаються адміністративними. Адже ці посягання мають однакову правову природу, а відповідальність, яка за них нині встановлена, сутісно не відрізняється одна від одної – вона має каральний характер (на відміну від цивільної відповідальності, що спрямована на відшкодування заподіяної шкоди) і цією своєю якістю слугує запобіганню правопорушенням. Таке розуміння вже давно панує в Європі, воно знайшло відображення в багатьох рішеннях Європейського суду з прав людини (основоположним є рішення у справі *Engel and others v. the Netherlands*)².

² Докладніше див.: [11].

Дехто може заперечити, мовляв, адміністративна відповідальність менш сувора, встановлюється за діяння, які є менш суспільно небезпечними, ніж злочини, може застосовуватись «адміністративними» органами і не має наслідком судимість.

По-перше, майже всі адміністративні стягнення (окрім попередження і штрафних балів) за змістом збігаються з покараннями, за строком чи розміром дуже часто не поступаються останнім, а іноді їх перевершують.

По-друге, суспільна небезпечність як здатність правопорушення заподіювати істотну шкоду, притаманна і злочинам, і адміністративним правопорушенням, а тому вона не може бути розмежувальною категорією. Суспільна небезпека є ознакою, що характеризує явище, яке об'єднує обидва види деліктів, і не свідчить про їх різну правову природу. Історія знає багато випадків, коли одне посягання сьогодні вважається адміністративним, а завтра – кримінальним, і навпаки. Ніколи не існувало і, очевидно, не може існувати однозначного показника суспільної небезпеки, який був би межею між злочином і адміністративним правопорушенням.

По-третє, орган, який уповноважений законом накладати стягнення (призначати покарання), також не характеризує юридичну природу делікту. Визначення підвідомчості справ є значною мірою технічним питанням, питанням раціонального використання ресурсів держави, питанням відповідності процесуальної форми безпеці правопорушення.

По-четверте, твердження про те, що накладення адміністративного стягнення не тягне судимість, є правильним лише з формальної точки зору – дійсно, у КУпАП відсутній термін «судимість». Однак основний прояв судимості – її вплив на кваліфікацію посягання та покарання в разі вчинення нового злочину – так само характерний для адміністративної відповідальності. Адже повторне протягом року вчинення порушення є кваліфікуючою ознакою багатьох складів адміністративних правопорушень та обставиною, що обтяжує відповідальність за адміністративне правопорушення (ст. 35 КУпАП). Окрім цього, накладання стягнення за адміністративні правопорушення іноді тягне за собою певні соціальні обмеження, наприклад, неможливість обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

Звісно, всі наведені вище аргументи викладено схематично і спрощено, однак це не

заважає їм свідчити на користь важливого висновку про однакову юридичну природу більшості правопорушень, які нині передбачено в КУпАП та в КК. На мою думку, майже всім зазначеним адміністративним деліктам не притаманний управлінський (власне, адміністративний) характер, вони за своєю природою є кримінальними правопорушеннями, відповідальність за які настає в «адміністративному» порядку.

Запропонований підхід дасть одразу багато можливостей, принаймні такі: 1) відділити адміністративно-деліктне законодавство від адміністративного права і реформувати останнє за зразком європейського «управлінського» права; 2) нарешті чесно сказати суспільству, що майже всі адміністративні делікти є кримінальними за своєю природою, і забезпечити учасникам процесу – і потерпілому, і винуватому – всі гарантії прав, які притаманні кримінальному процесу; 3) провести чітку, бажано формалізовану, межу між злочинами і схожими посяганнями, які нині визнаються адміністративними правопорушеннями.

Для реалізації зазначених можливостей доцільно, зокрема, таке:

1. Виключити з КПК норми, що передбачають особливості провадження щодо кримінальних проступків.

2. Передбачити відповідальність за кримінальні проступки в окремому кодексі, який би мав дві складові – матеріально-правову та процесуальну.

3. Кримінальними проступками визнати лише такі діяння (більшість теперішніх адміністративних деліктів та окремі найменш небезпечні злочини), суспільна небезпека яких, а отже, і суворість відповідного стягнення, дозволяли би передбачити позасудову форму провадження з обов'язковою можливістю оскарження рішення органу виконавчої влади до суду, де б забезпечувались усі гарантії прав і свобод людини і громадянина. Лише за такого підходу категорія кримінальних проступків не стане «зайвим» ступенем тяжкості в КК, а її запровадження буде раціональним і таким, що має чітке функціональне навантаження.

4. У КК передбачити відповідальність лише за злочини, категоризацію яких значно поглибити і в такому розширеному вигляді використати з метою значного обмеження судової дискреції.

5. Встановити в КПК спрощений та (або) специфічний порядок провадження щодо найменш небезпечних категорій злочинів.

Список літератури

1. Концепція реформування законодавства про публічні правопорушення в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://lfcj.com.ua/2016/05/24/ концепція-реформування-законодавств \(дата звернення: 15.06.2016\).](http://lfcj.com.ua/2016/05/24/ концепція-реформування-законодавств (дата звернення: 15.06.2016).) – Назва з екрана.
2. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. – К. : Ваіте, 2015. – 392 с.
3. Франк С. Л. Духовные основы общества / С. Л. Франк. – М. : Республика, 1992. – 511 с.
4. Поляков А. В. Общая теория права : Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций / А. В. Поляков. – СПб. : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. – 864 с.
5. Головки Л. В. Вступительная статья / Л. В. Головки // Кабрияк Р. К. Кодификации / Р. К. Кабрияк ; пер. с фр. Л. В. Головки. – М. : Статут, 2007. – 476 с.
6. Сучасна кримінально-правова система в Україні: реалії та перспективи : монографія / Ю. В. Баулін, М. В. Буроменський, В. В. Голіна та ін. ; під заг. ред. Ю. В. Бауліна. – К. : Ваіте, 2015. – 688 с.
7. Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики / Н. М. Коршунов. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2011. – 240 с.
8. Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення / О. Ф. Андрійко, Ю. В. Баулін, М. І. Іншин та ін. ; відп. ред. Ю. В. Баулін. – Донецьк : ВД Кальміус, 2013. – 424 с.
9. Dubber M. D. Criminal Law Between Public and Private Law [Electronic resource] / Markus D. Dubber. – Mode of access: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1499538 (data of access: 15.06.2016). – Title from the screen.
10. Гончарук О. В. Дихотомія права: право публічне і право приватне : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Гончарук Ольга Володимирівна. – К., 2006. – 206 с.
11. Азаров Д. С. Трансформація адміністративних правопорушень у кримінальні проступки: концептуальні засади [Електронний ресурс] / Д. С. Азаров // Наука і правоохорона. – 2013. – № 1(19). – С. 146–151. – Режим доступу: <https://www.academia.edu/9195561>. – Назва з екрана.

D. Azarov

THE DEVELOPMENT OF UKRAINIAN PUBLIC OFFENCE CODE: THEORETICAL AND PRACTICAL LIMITATIONS

The article analyzes the Conception of the reforms of public offence legislation in Ukraine, developed by the specialists of Lviv forum of criminal justice. The author considers doctrinal and practical issues in the development of the idea of the Ukrainian Public Offence Code as a single statute on the responsibility for crimes, administrative delicts, and disciplinary offences.

The author proposes a different approach to the reforms of Ukrainian criminal statute, namely in inserting “criminal delict” and “criminal offence” categories. It is specifically argued that crimes and non-managerial administrative offences have the same legal nature and should jointly be addressed as “criminal offence”.

The article offers an algorithm of the implementation of “criminal offence” category into the Ukrainian legislation basic elements of the algorithm being:

1. Exclude the norms addressing the specifics of criminal offences’ responsibility from the Code of Criminal Procedure;

2. Address the responsibility for criminal delicts in a separate code consisting of material and procedural parts;

3. Criminal delicts should include only the acts which by their social danger, as well as the severity of the appropriate sanction, would permit applying an out-of-court procedure with a compulsive possibility to appeal the executive decision to the court which would apply all human and citizens’ rights and liberties. This approach is the only way for the criminal delicts category not to become an “extra” degree in Criminal Code, and its implementation would be rational and would bear a specific function.

4. Identify the responsibility in the Criminal Code applicable only to crimes. Develop the categorization of these crimes, and apply this widened approach in order to seriously limit judicial discretion.

5. Establish a simplified and (or) specific procedure for the least dangerous crime categories in the Code of Criminal Procedure.

Keywords: types of offences, public offence, criminal, crime, criminal offence, classification of criminal offences.

Матеріал надійшов 18.07.2016