

Чи є правомірним кримінальне переслідування за незаконне поводження зі зброєю?

➔ Продовження. Початок у № 34.



Микола РУБАЩЕНКО,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

Обґрунтування правомірності застосування ст. 263 КК

У чинному КК термін «закон», окрім ст. 263, згадується також у багатьох інших статтях як Загальної, так і Особливої частини. При цьому в тих випадках, коли законодавець закріплює відсилку до конкретного (спеціального) нормативного акту, у тексті кримінального закону це обов'язково відображається вказівкою на відповідну назву закону чи хоча б предмет його регулювання, наприклад, вказівки в КК безпосередньо на Закон України «Про очищення влади» (ч. 1 ст. 55), закон України про амністію (ч. 1 ст. 74, ч. 1 ст. 86), Закон України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» (ч. 4 ст. 220-1), Закон України «Про запобігання корупції» (ст. 366-1) тощо. Тобто в ст. 263 КК ідеться про закон чи закони загалом без конкретизації за предметом регулювання. Стаття 263 КК не вимагає існування спеціального закону про дозвільну систему, про обіг зброї, про цивільну зброю тощо. Законодавець не відсилає до конкретного нормативного акту, не називає ані його (їх) назви, ані предмету регулювання (навіть у родових ознаках), і навіть не використовує словосполучення «закон України», яке безпосередньо акцентує увагу на роду (виду) нормативного акту.

Враховуючи те, що *дозвіл* як спосіб правового регулювання полягає в наданні особі через визнання за нею відповідного суб'єктивного юридичного права можливості реалізації певного варіанту своєї поведінки, формулювання «без передбаченого законом дозволу» означає, що в системі законодавства України мають існувати певні закони (чи хоча б один), які передбачають право на вчинення відповідних дій зі зброєю, в тому числі з урахуванням кола суб'єктів, умов та обставин його отримання.

Аналіз системи чинних законів України дозволяє зробити висновок, що існує чимала кількість законів України, які

безпосередньо дозволяють (надають право) вчинювати ті чи інші дії з вогнепальною зброєю та боєприпасами до неї, обмежуючи такий дозвіл (право) за колом суб'єктів, підставами й умовами застосування, в тому числі відсилаючи до інших законів чи підзаконних актів. Так, Закон України «Про Національну поліцію» вказує, що правила зберігання, носіння та застосування спеціальних засобів, що є на озброєнні поліції, визначаються нормативними актами МВС України (ч. 8 ст. 45), а ст. 26 Закону України «Про Службу безпеки України» *дозволяє* військовослужбовцям СБ України зберігати, носити, використовувати і застосовувати зброю та спеціальні засоби на підставах і в порядку, передбачених Законом «Про Національну поліцію», військовими статутами Збройних Сил України та *іншими актами законодавства*. Подібні положення передбачені також і законами України «Про Національну гвардію України» (п. 7 ч. 1 ст. 13); «Про Державну прикордонну службу України» (ст. 21), «Про розвідувальні органи України» (ст. 15), «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» (ст. 7), «Про Національне антикорупційне бюро України» (п. 15 ч. 1 ст. 17), «Про Збройні Сили України» (ст. 1-1), «Про оперативно-розшукову діяльність» (п. 19 ч. 1 ст. 8), Митним кодексом України (ст. 584) та деякими іншими законами.

Указані закони надають дозвіл на поводження зі зброєю спеціальним категоріям громадян, діяльність яких пов'язана з ризиками для життя і здоров'я цих осіб, їх близьких, із забезпеченням громадської безпеки та громадського порядку. Інша справа, що нерегульованість законом, як парламентським актом, порядку отримання дозволів на поводження зі зброєю іншими («звичайними») громадянами, може вказувати на те, що «звичайні» громадяни взагалі не мають такого права і тому поводяться з нею незаконно, формально маючи «на руках» дозвіл. Проте це вже зовсім інше питання —

про правомірність отримання таких дозволів громадянами, що ніяк не впливає на правомірність застосування ст. 263 КК та визначеність її змісту загалом. Ігнорування ж спеціального (на основі закону) порядку поводження зі зброєю веде до перекручування змісту та суті правового регулювання в цій сфері.

Формулювання кримінального закону в такому вигляді встановлюють пряму заборону здійснювати відповідні дії зі зброєю без передбаченого законом дозволу. Загальний зміст цієї заборони визначено вже в самому КК, який конкретизується законами України, що надають дозвіл на поводження зі зброєю як мінімум окремим категоріям громадян. Цим самим знімається питання про невідповідність ст. 263 КК положенням ч. 1 ст. 19 Конституції (згідно ч. 1 ст. 19 Основного Закону правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством) про загальнодозвільний тип правового регулювання, зважаючи на те, що по-перше, цей конституційний припис оперує більш широким терміном «законодавство» (а не «закон») у його вузькому розумінні і, по-друге, стосовно поводження зі зброєю встановлено не загальнодозвільний, а спеціальнодозвільний тип регулювання. У цьому зв'язку слід погодитися з Ю. А. Пономаренком, який дійшов до такого висновку зважаючи, зокрема, *inter alia*, й на непроголошеність у Конституції права приватних осіб на зброю та визнання зброї річчю особливо роду.

Поряд з цим актуалізується питання дотримання принципу «дозволено тільки те, що прямо передбачено законом» (згідно ч. 2 ст. 19 Основного Закону органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України), оскільки згідно наказу МВС України 1998 р. № 622 відповідні дозволи на поводження зі зброєю видаються органами Національної поліції України. У зв'язку з цим згідно Закону «Про Національну поліцію», поліція відповідно до покладених на неї завдань: 1) здійснює контроль за дотриманням фізичними та юридичними особами спеціальних правил та порядку зберігання і використання зброї, (...), інших предметів, матеріалів та речовин, на які поширюється дозвільна система органів внутрішніх справ (ст. 23), 2) веде базу да-

них стосовно зброї, що перебуває у володінні та користуванні фізичних і юридичних осіб, яким надано дозвіл на придбання, зберігання, носіння, перевезення зброї (ст. 26); 3) перевіряє дотримання вимог дозвільної системи органів внутрішніх справ (ст. 31, 39); 4) перевіряє документи особи на зброю, (...) та інші речі, на дії з якими потрібен дозвіл (ст. 32). Дані положення закону легітимізують відповідну діяльність поліції, вказують не лише на урегульованість законом діяльності посадових осіб, що видають такі дозволи та перевіряють дотримання умов, під які вони були одержані, але й із позиції системного тлумачення побічно на визначеність самої дозвільної системи законами України.

Щодо безпосереднього об'єкта незаконного поводження зі зброєю

Кримінальні правопорушення, передбачені в розділі IX Особливої частини, посягають на громадську безпеку, тобто на стан захищеності життєдіяльності людей (суспільства) від джерел підвищеної небезпеки, за якого забезпечується запобігання загрозам заподіяння ними шкоди, а тому безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 263 КК, є не визначений законом порядок цивільного обороту та поводження з вогнепальною зброєю, а громадська безпека в частині забезпечення населення від шкідливого впливу вогнепальної і холодної зброї, бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв. Деталізується такий порядок, чи ні, передбачений він законом, чи ні, а вогнепальна зброя завжди була та буде джерелом підвищеної суспільної небезпеки. Наявність такого порядку лише свідчить про те, що держава за дотримання сукупності умов та правил обережності, які умовно нейтралізують небезпеку, дозволяє поводитися зі зброєю, але лише як виняток із загального правила.

Підтверджують це й *міжнародні акти*. Так, згідно Протоколу, який доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності, держави-учасниці Протоколу усвідомлюють невідкладну необхідність недопущення й припинення незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї та боротьби з цими діяннями, оскільки такі діяння завдають шкоди безпеці кожної держави, регіону та світу в цілому, створюючи загрозу для благополуччя народів, їхнього соці-

ально-економічного розвитку та права на мирне життя. Держави—підписанти Європейської конвенції про контроль за придбанням та зберіганням вогнепальної зброї приватними особами, визнають небезпеку, викликану ростом застосування вогнепальної зброї при вчиненні злочинів, усвідомлюючи той факт, що вона часто надходить з-за кордону та намагаючись вести на міжнародному рівні ефективні методи контролю за переміщенням вогнепальної зброї через кордони. Згідно Директиви № 91/477/ЄЕР «Про контроль за придбанням зброї та володіння нею», держави-члени допускають придбання вогнепальної зброї і володіння нею лише *особами, яким видано ліцензію*, або — стосовно категорій С чи D — яким *спеціально дозволено* її купувати і володіти нею згідно з національним законодавством (ст. 4-bis).

Відсутність наміру законодавця щодо лібералізації обігу зброї

Важливо, що законодавець, приймаючи Закон України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України», унаслідок вступу в дію якого втратив чинність Закон України «Про власність», жодним чином не намагався інакше ніж було до цього врегулювати питання обігу зброї, лібералізувати правовий режим поводження з нею тощо. Метою визнання такими, що втратили чинність, окремих законів було усунення подвійного регулювання одних і тих же суспільних відносин, що впливає як зі змісту закону, так і пояснювальної записки до нього. Про відсутність такого наміру опосередковано свідчить і те, що законодавець неодноразово відмовлявся лібералізувати правовий режим обігу зброї, залишаючи все як є. Нарешті, незважаючи на відсутність спеціального закону про зброю, законодавець у 2012 р. доповнює КК новою статтею, якою передбачає відповідальність, зокрема, за *незаконне* виготовлення, переробку і ремонт вогнепальної зброї, підтверджуючи легітимність спеціальнодозвільного типу регулювання обігу зброї в Україні.

У цьому зв'язку не можна не згадати подібний за своєю природою дискурс стосовно заміни смертної кари довічним позбавленням волі. Незважаючи на явну (очевидну) з точки зору формальної «законності» необхідність застосування так званого «проміжного закону

про кримінальну відповідальність», і КС України, і пізніше Європейський Суд з прав людини (*дали* — ЄСПЛ) констатували відсутність порушення прав людини, позаяк керувалися сутнісними, а не формальними критеріями. І якщо КС України звернувся до принципів справедливості і пропорційності, що лежать в основі верховенства права, то ЄСПЛ у справі «Рубан проти України» (рішення від 12.07.2016 р., заява № 8927/11) виходив якраз із відсутності наміру законодавця. ЄСПЛ зазначив, що створення прогаліни не було навмисним та не існує жодних вказівок на будь-які наміри законодавця, зокрема і держави (в цілому), пом'якшити закон до вказаної заявником межі, а тому відсутнє порушення ст. 7 КЗПЛ у засудженні заявника до довічного позбавлення волі, як найбільш суворого покарання на момент постановлення обвинувального вироку, а не до позбавлення волі на певний строк, що було найбільш суворим покаранням із тих, що могли застосовуватися до нього в окремий період після вчинення злочину (§§45-46).

Так само і втрата чинності Закону України «Про власність» за змістом не мала на меті скасування спеціальнодозвольного порядку обігу зброї. Небажання законодавця врегулювати це питання на рівні окремого закону чи шляхом унесення змін в існуючі закони (наприклад, в КК чи ЦК) не може бути підставою для протилежного тлумачення, згідно якого законодавець уважає обіг будь-якої зброї всездозволенним.

Щодо порушення принципу верховенства права

В аспекті згаданих у попередньому пункті рішень КС України і ЄСПЛ, важливо нагадати, що застосування принципу верховенства права якраз і вимагає передусім звернення до суті і змісту питання, залишаючи другорядним (хоча й важливим) питання форми (текстуального закріплення та ієрархії текстів). Суть передбачених у ст. 263 КК положень розкривається в характері суспільної небезпечності злочинів, які ними передбачаються. Недарма в джерелах указується, що незаконне поводження зі зброєю є істотною загрозою громадській безпеці в цілому та окремим її елементам, а також виступає фоном явищем для насильницьких і деяких інших умисних та необережних злочинів, які посягають на різні об'єкти кримінально-правової охорони. При вчиненні такого роду діянь ставляться під загрозу інтереси і права невизначеного кола осіб. Невипадково також незаконне поводження з вогнепальною зброєю (ч. 1 ст. 263 КК) карається так суворо (позбавленням волі на строк від трьох до семи років). Вогнепальна зброя в усі часи була і є особливо небезпечним предметом, поводження з яким вимагає регулювання шляхом створення дозвольної системи.

Незастосування ст. 263 КК тільки у зв'язку з тим, що наразі не існує закону, який би прямо (без застосування спо-

собів тлумачення) передбачав, що зброя є обмеженою в обороті і що поводження «звичайними» громадянами з нею здійснюється лише на підставі дозволу, — якраз і веде до порушення верховенства права, бо робить фактично будь-яку зброю всездозволеною, що саме собою априорі не може відповідати праву. Це посилюється й тим, що поняття вогнепальної зброї охоплює собою не лише мисливську чи спортивну зброю, але й бойову (у тому числі й важке озброєння), а також контекстом — відповідними подіями військового та суспільно-політичного характеру в Україні. Вільний обіг вогнепальної (зокрема, бойової) зброї закономерно потягне за собою і порушення Україною своїх позитивних зобов'язань, передусім щодо права на життя.

Інша справа, що окремі індивідуальні прояви незаконного поводження зі зброєю з урахуванням мотивів та мети такого поводження, характеристик та цільового призначення окремих видів зброї, дійсно не становлять високого ступеня суспільної небезпечності, тому передбачені в санкціях статті 263 КК покарання можуть виявитися непропорційними, а необхідність застосування суворих каральних заходів у демократичному суспільстві відсутньою. Однак ці проблемні питання характерні для багатьох статей чинного КК та повинні вирішуватися шляхом диференціації відповідальності, зменшення кількості безальтернативних санкцій, декриміналізації окремих найменш небезпечних видів діянь або ж шляхом використання на рівні правозастосування окремих інститутів кримінального права (норми про малозначність діяння, звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання тощо).

Застосування статті 263 КК у світлі практики ЄСПЛ

Як уже зазначалося вище, в окремих наукових публікаціях та судових рішеннях стверджується, що формулювання диспозицій ст. 263 КК порушують принцип верховенства права і в зв'язку з цим — право на справедливий суд. Принцип верховенства права (і правової визначеності зокрема), як і допустимість поширювального тлумачення інтерпретуються виходячи з міжнародних стандартів прав людини, передусім стандартів ЄСПЛ, правові позиції якого є джерелом кримінального права України. Однак проведений аналіз цих стандартів переконує у відсутності порушень указанного принципу при застосуванні ст. 263 КК. Для наочності далі послідовно розглядаються питання відповідності положень ст. 263 КК статті 7 КЗПЛ та допустимості поширювального тлумачення кримінального закону в цій частині.

Відповідність ст. 7 КЗПЛ

Дійсно, ЄСПЛ указує, що ст. 7 КЗПЛ («Ніякого пока-

рання без закону») в цілому призначена забезпечувати ефективний захист від свавільного переслідування, засудження та покарання; втілює в загальних визначеннях принцип, за яким лише закон може визначати злочин та передбачати покарання (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), та принцип, що вимагає не застосовувати законодавство поширювально «на шкоду» (не на користь) обвинуваченого, зокрема за аналогією (див. рішення у справах: «Jorgic v. Germany», скарга № 74613/01, § 100; «Kafkaris v. Cyprus», скарга № 21906/04, § 138; «Cantoni v. France» скарга № 17862/91, § 29; «Верен-

цев» рішення у справах: «Cantoni v. France» § 29; «Liivik v. Estonia» скарга № 12157/05, § 93; «Achour v. France», скарга № 67335/01, § 42; «Веренцов проти України», § 64). Формулювання закону не може бути завжди абсолютно точним (визначеним), а законодавча техніка не завжди дає можливість дати чітке тлумачення при застосуванні того чи іншого визначення. Функція здійснення правосуддя, закріплена за судами, полягає саме в подоланні сумнівів щодо тлумачення, що залишаються («Cantoni v. France», § 31-32).

Корисним у зв'язку зі здійснюваним аналізом буде звернення до згаданого



пови рішення ЄСПЛ у справі «Веренцов проти України». У цій справі заявник скаржився, зокрема, на порушення ст. 11 (право на мирні зібрання) та ст. 7 КЗПЛ (ніякого покарання без закону) у зв'язку з притягненням його до адміністративної відповідальності за ст. 185-1 КУпАП (порушення встановленого порядку організації або проведення мирних зібрань), вважаючи, що втручання в його право на свободу мирних зібрань не було встановлено законом та не було необхідним у демократичному суспільстві, а також, що його було визнано винним у порушенні порядку проведення демонстрацій, незважаючи на те, що такий порядок не було чітко визначено в національному законодавстві (§§ 47, 58). Тобто ця справа за корінням правового спору є подібною до спору щодо правомірності переслідування за незаконне поводження зі зброєю.

Як відомо, в Україні досі немає спеціального закону, який би регулював порядок організації та проведення мирних зібрань. На час учинення оспорюваних у названій справі дій був чинним Указ Президії ВР СРСР «Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в СРСР» від 28 липня 1988 року № 9306-XI (даний указ визнано неконституційним згідно з рішенням КС України № 6-рп/2016 від 08.09.2016 р.), що передбачав обмеження в реалізації права на мирні зібрання. При цьому ст. 39 Конституції дозволяє обмеження цього права лише на підставі закону. Натомість очевидно, що Указ 1988 р. «законом» у його вузькому розумінні не був. У цій справі ЄСПЛ констатував порушення

статей 7 і 11 КЗПЛ, вказавши, зокрема, що втручання в право заявника на свободу мирних зібрань не було встановлено законом (§ 55, 57). Зовні може здатися, що це положення є доводом проти застосування ст. 263 КК. Проте ЄСПЛ визначає встановленість певного правообмеження (втручання в право) законом, послідовно, крок за кроком, відповідаючи на три питання-критерії: 1) чи має здійснене державою втручання підґрунтя в національному законодавстві (тобто чи власне має воно певне формальне закріплення), 2) чи доступним є такий закон, 3) чи є він передбачуваним (достатньо точним, зрозумілим, ясным) (див. §§ 51 – 55). Тому висновок «право не було встановлено законом» може означати невідповідність лише одному з цих критеріїв, при одночасній відповідності іншим.

З аналізу рішення «Веренцов проти України» випливає, що такого висновку ЄСПЛ дійшов у зв'язку з відсутністю виключно третього критерію — передбачуваності (чіткості) цього обмеження. Так, ЄСПЛ зазначає: «...хоча таке правопорушення як порушення порядку проведення демонстрацій передбачалося Кодексом України про адміністративні правопорушення, його підстава, тобто, власне порядок проведення демонстрацій, не була з належною чіткістю встановлена національним законодавством» (§ 54). ЄСПЛ висловився про нечіткість законодавчих положень на підставі різноманітних джерел судової практики (загальнень вищих судів, практики адміністративних судів), рішення КС України, листа Мінюсту України, які показували відсутність єдиної точки зору в реальній юридичній практиці щодо застосовності Указу 1988 року (§§ 31 – 39), враховуючи також суть права на мирні зібрання та міжнародні стандарти регулювання оспорюваного порядку.

Однак стосовно першого критерію ЄСПЛ підкреслено наголошує: «втручання мало основу в національному законодавстві» (§ 53), «законом підстава для покарання заявника був закон про адміністративні правопорушення, застосований на час подій» (§ 66), «таке правопорушення, як порушення порядку проведення демонстрацій, передбачалося КУпАП» (§ 67). Тобто ЄСПЛ констатував наявність першого критерію (власне «встановленість законом») й у випадку притягнення до відповідальності за порушення порядку, який має бути врегульований Законом України, за фактичної відсутності такого. При цьому ЄСПЛ вкотре повторив, що вислів «встановлено законом» у ст. 11 КЗПЛ передусім вимагає того, щоб оскаржуваний захід мав певне підґрунтя в національному законодавстві (§ 52), а говорячи про «закон» ст. 7 КЗПЛ посилається на «закон» у його «сутнісному» (не «формальному») значенні, включаючи до меж цього поняття як акти нижчого ніж закони рівня, так і неписане право (§ 63). Стосовно другого критерію («доступність»), ЄСПЛ також прямо вказує: «Суд не має підстав сумніватися в тому, що Кодекс був доступним» (§ 53).

(Далі буде...)