

**ВИЗНАЧЕНІСТЬ ЗМІСТУ КРИМІНАЛЬНОЇ
ПРОТИПРАВНОСТІ НЕЗАКОННОГО
ПОВОДЖЕННЯ ЗІ ЗБРОЄЮ (СТ. 263 КК):
ВИПРОБУВАННЯ КРИТЕРІЯМИ СТРАСБУРЗЬКОГО СУДУ**

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

Останнім часом на сторінках юридичної літератури аргументовано ставиться під сумнів правомірність застосування ст. 263 КК України. Такі сумніви обумовлені визначенням в диспозиціях цієї статті незаконності (кримінальної протиправності) відповідних видів поведження зі зброєювказівкою на відсутність *передбаченого законом дозволу*, у той час як порядок видачі дозволів передбачений Наказом МВС України № 622 від 21 серпня 1998 р. Зважаючи на відсутність спеціального закону (як нормативного акту вищої юридичної сили) закономірно виникло питання про відповідність кримінального закону в цій частині положенням ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенції), принципу верховенства права в цілому і правової визначності зокрема.

Принцип правової визначеності та допустимість поширювального тлумачення повинні інтерпретуватися виходячи з міжнародних стандартів прав людини, передусім стандартів Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), правові позиції якого є визначенням на рівні закону джерелом кримінального права України. Аналіз практики ЄСПЛ у справах, в яких стверджувалося порушення ст. 7 Конвенції («Ніякого покарання без закону»), та публікацій, присвячених розумінню ним принципу «*nullumcrimensinelege*», дозволяє зробити такі висновки.

Насамперед ЄСПЛ вказує, що ст. 7 Конвенції в цілому присвячена, зокрема, принципу законності встановлення (криміналізації – М.Р.) злочинних діянь і призначення покарання, а також принципу, що вимагає не застосовувати законодавство поширювально «на шкоду» (не на користь) обвинуваченого, зокрема за аналогією, з чого випливає, що злочин має бути чітко визначений у законі (див.: «*Jorgicv. Germany*», скарга № 74613/01, § 100; «*Kafkarisv. Cyprus*», скарга № 21906/04, § 138; «*Cantoni v. France*», скарга № 17862/91, § 29) [2; 4; 6]. Однак цими формулюваннями описується лише загальне призначення конвенційної норми, без визначення конкретних критеріїв та/або умов. У зв'язку з цим, далі ЄСПЛ конкретизує, що ця вимога (*визначеності в законі – М.Р.*) виконується, якщо обвинувачений, виходячи з формулювання відповідного положення і, при необхідності, за допомогою його тлумачення судами або необхідної юридичної консультації, може знати, у зв'язку з якими діями на нього покладатиметься кримінальна відповідальність (див. рішення у справах: «*Cantoni v. France*» скарга № 17862/91, § 29; «*Liivikv. Estonia*» скарга № 12157/05, § 93; «*Achourv. France*», скарга № 67335/01, § 42) [1; 2; 9]. Виходячи з цього ЄСПЛ сформулював у своїй практиці певні умови правової визначеності стосовно кримінального закону.

Передусім ЄСПЛ при інтерпретації складових конструкту «ніякого покарання без закону» підкреслено надає перевагу змістовному (сутнісному) значенню поняття «закон», порівняно з формальним. Законом, який визначає злочинність діяння, на думку ЄСПЛ, є не лише нормативно-правовий акт вищої юридичної сили, прийнятий законодавчим органом (тобто «закон»), а загалом – писане та неписане право, в тому числі й підзаконні нормативно-правові акти та судова практика [11, с. 336-337]. Так, у § 43 рішення у справі «*Huhtamäki v. Finland*» вказується, що говорючи про закон, ст. 7 Конвенції використову-

вуге таке ж його розуміння, що і в інших випадках його згадування в Конвенції, тобто поняття, яке включає в себе статутне право так само, як і прецедентне право. У зв'язку з цим, ЄСПЛ завжди розумів термін «закон» у його «матеріальному» сенсі, а не «формальному». Він включає в себе й акти більш низького рангу («підзаконні акти» – *М.Р.*), порівняно з законами. У підсумку, «закон» є чинними положеннями в тому вигляді, як вони інтерпретовані компетентними національними судами» [3].

При цьому широке за формами свого формального вираження трактування ЄСПЛ «закону» має свої межі в іншому: «закон» повинен відповідати вимогам доступності та передбачуваності [10, с.4]. ЄСПЛ указує, що формулювання закону не може бути завжди абсолютно точним (визначеним). Законодавча техніка не завжди спроможна надати точне тлумачення при застосуванні того чи іншого визначення. Однак самих лише сумнівів відносно обмежених випадків не достатньо для того, щоб визнати припис закону несумісним зі ст. 7 Конвенції, оскільки в більшості випадків насправді він є достатньо чітким, а функція прийняття рішення, що належить судам, якраз і полягає в тому, щоб розвіяти сумніви, що можуть існувати відносно тлумачення правових норм з урахуванням щоденного розвитку судової практики (див.: «*Cantoni v. France*», скарга № 17862/91, § 31-32) [2]. І нарешті, що найголовніше, ЄСПЛ не вважає порушенням ст. 7 Конвенції випадки поширювального судового тлумачення кримінального закону, в тому числі й на шкоду обвинуваченому, за умови узгодженості такого тлумачення з сутністю (природою) злочину та його розумною передбачуваністю (див.: «*K.-H.W. v. Germany*» скарга № 37201/97, § 85; «*Kononov v. Latvia*», скарга № 36376/04, § 185; «*Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*», скарги № 11082/06 та № 13772/05, § 780-782, 821) [5;7;8; 11, с. 94, 100].

Передбачуваність тлумачення закону перевіряється відносною усталеністю судової практики (як загалом, так і вищих судів), зверненням за консультацією до юриста, аналізом інших нормативно-правових актів (інших галузей права), міжнародно-правових актів та положень наукової доктрини (наукові коментарі, підручники і навіть наукові статті) [див.: 11, с. 95]. Це добре простежується в рішенні «*Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*» (скарги № 11082/06 та № 13772/05) [7]. При цьому передбачуваність не означає абсолютну

(так би мовити, стовідсоткову) впевненість щодо змісту норми. Особа має припускати, що її вчинок потенційно може бути кримінально караним (достатньо передбачення можливості притягнення особи до кримінальної відповідальності) [10, с. 10; 11, с. 94-95].

Таким чином, згідно стандартів ЄСПЛ кримінальний закон задовольняє вимоги правової визначеності та може (і повинен) тлумачитися поширювально, якщо таке тлумачення буде передбачуваним та відповідатиме суті правопорушення. Ураховуючи викладені вище критерії, вбачається, що положення ст. 263 КК України задовольняють ці вимоги.

Будь-якому громадянину при буквальному прочитанні ст. 263 КК України зрозуміло, що вказані в ній діяння тягнуть за собою кримінальну відповідальність, якщо вони вчинені без дозволу. Те, що цей дозвіл буквально має передбачатися законом не змінює суті (природи) правопорушення й за умови, якби в диспозиціях статті прямо вказувалося про дозвіл, що передбачений законодавством, яке включає й підзаконні акти. Адже суть кримінальної протиправності певних видів діянь, учинюваних зі зброєю, витікає саме з небезпечної природи зброї та аксіоматично вимагає певних обмежувачих процедур навіть за умови ліберальної політики держави в цій сфері.

Далі, навіть якщо таке поширювальне тлумачення породжує певні сумніви, то вони самі собою не дають підстави вважати таке тлумачення невідповідним ст. 7 Конвенції, оскільки воно не лише відповідає природі розглядуваного злочину, але й виглядає переконливо передбачуваним за критеріями ЄСПЛ, про що свідчать: а) відповідна превалююча практика такого тлумачення судами України (і особливо, вищими судовими інстанціями, в тому числі і на рівні роз'яснень Пленуму Верховного Суду України); б) наявність регуляторних підзаконних нормативно-правових актів, що є чинними та не скасованими (напр., Президентом України чи в порядку адміністративного чи конституційного судочинства); в) усталене розуміння в доктрині національного кримінального права (немає жодного підручника чи науково-практичного коментаря, в якому б вказувалося про неможливість застосування ст. 263 КК України, а якраз навпаки – констатується, що вказані в ній діяння, вчинені без дозволу, передбаченого відповідним Наказом МВС України № 622 від 21 серпня 1998 р., є кримінально-караними); г) звернення при необхідності за консультацією до юриста

дозволить зрозуміти особі, що як мінімум (щонайменше), ризик притягнення її до відповідальності у разі вчинення відповідних дій зі зброєю є реальним, що згідно стандартів ЄСПЛ є цілком достатнім.

Зважаючи на вище викладене, вбачається, що чинне формулювання диспозицій ст. 263 КК України витримує випробування критеріями Страсбурзького Суду на предмет відповідності вимогам ст. 7 Конвенції. Поширювальне тлумачення словосполучення «без передбаченого законом дозволу» шляхом розширення кола нормативних джерел передбачення такого дозволу відповідає природі злочину та ерозумно передбачуваним.

Список використаної літератури:

1. Achour v. France: judgment of 29 March 2006 (appl. № 67335/01). HUDOC. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72927>.

2. Cantoni v. France (№ 17862/91, judgment of 11 November 1996). HUDOC. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58068>.

3. Huhtamäki v. Finland: judgment of 24 September 2012 (appl. № 54468/09). HUDOC. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109341>.

4. Jorgic v. Germany: judgment of 12 July 2007 (appl. № 74613/01). HUDOC. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81608>.

5. K.-H.W. v. Germany: judgment of 22 March 2001 (appl. № 37201/97). HUDOC. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-59352>.

6. Kafkaris v. Cyprus: judgment of 12 February 2008 (appl. № 21906/04). HUDOC. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85019>.

7. Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia: judgment of 25 July 2013 (№№ 11082/06 і 13772/05). HUDOC. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122697>.

8. Kononov v. Latvia: judgment of 17 May 2010 (appl. № 36376/04). HUDOC. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-98669>.

9. Liivik v. Estonia: judgment of 25 June 2009 (№ 12157/05). HUDOC.

EuropeanCourtOfHumanRights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-93250>.

10. MurphyCian C. The PrincipleofLegalityinCriminalLawundertheEC HR. EuropeanHumanRightsLawReview, Vol. 2, p. 192-207, 2010.

11. Хилюк С.В. Lexstricta як складова принципу законності у кримінальному праві в інтерпретації Європейського суду з прав людини. Часопис Академії адвокатури України. Том 7. № 3 (24). 2014. С. 92-103.

Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності
імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України
Сектор дослідження кримінально-правових проблем
боротьби зі злочинністю

ГО «Всеукраїнська асоціація кримінального права»
Харківська обласна організація
Відокремлений підрозділ «Харківська обласна організація»

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ
ОХОРОНИ ГРОМАДСЬКОЇ БЕЗПЕКИ**

Матеріали міжнародного круглого столу

18 травня 2018 р.

Харків
«Юрайт»
2018