

Рубашенко М.А., доцент кафедри кримінального права №1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

Проблеми гармонізації та тлумачення понять, обумовлені прийняттям «закону про кримінальні проступки»

Без сумніву наймасштабніші зміни до чинного КК за 20 річний період його дії вніс Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 № 2617-VIII, який у науковому середовищі часто називають спрощено «законом про кримінальні (далі – *крим.*) проступки». Однак за суттю (за змістом), виходячи з його концептуальних положень, цей закон тягнув за собою істотні зміни хіба з позицій процесуального крим. права. З точки зору матеріального крим. права зміни повинні були мати переважно формальний характер, пов'язаний з заміною термінології (про що свідчить вже сама назва закону). Так, введення родового поняття «крим. правопорушення» та видового – «крим. проступку» – обумовило необхідність простого перейменування злочинів невеликої тяжкості, за вчинення яких не передбачено позбавлення волі, на крим. проступки, а всі інші злочини невеликої тяжкості та злочини середньої тяжкості на нетяжкі злочини.

Виходячи з матеріалів (у т.ч. стенограм) обговорення цього закону в парламенті, відповідному комітеті та пояснювальній записки до нього витікали лише кілька істотних (за суттю) змін: 1) особи, які відбули покарання за крим. проступок, вважаються такими, що не мають судимості (ч.1 ст.89 КК); 2) строк давності притягнення до крим. відповідальності за вчинення крим. проступку навіть у разі ухилення не може перевищувати 5 років (ч.2 ст.49). Всі інші зміни мали б бути зведені лише до гармонізації термінології КК з введеними новими поняттями, однак законодавець вирішив піти далі, свідомо чи несвідомо, вийшовши за межі цілей приведення до відповідності.

Абсолютно продуманими (в смислі свідомими, але не обов'язково обґрунтованими) виглядають такі зміни: 1) «прості» крадіжку (ч.1 ст.185) та незаконні дії з наркотичними засобами, психотропними речовинами і їх аналогами (ч.1 ст.309) з утилітаристичних ідей спрощення розслідування переведено в розряд проступків шляхом позбавлення санкції такого покарання, як позбавлення волі; таким же шляхом відбулося пом'якшення і стосовно деяких інших крим. правопорушень (напр., за ч.1 ст.175); 2) за окремі крим. правопорушення посилено покарання, передусім у виді штрафу, шляхом підняття верхньої межі понад 3 000 н.м.д.г. з метою недопущення перетворення їх на крим. проступки, та/або поряд з цим нарешті збільшити недопустимо низькі розміри штрафів за більшість злочинів і знайти додаткові джерела наповнення бюджету (напр., ч.1 ст.136, ч.1 ст.137, ст. 167, ч.2 ст.168, ст.178 та ін.); 3) не допустити перетворення на проступки окремих діянь проти особи, виборчих прав та інших діянь, що могло потягти за собою послаблення функції захисту прав людини та шквал критики (ст.ст. 124, 128, 134, 158-1 та деякі ін.).

Закономірно, що термінологічне оновлення ст. 12 КК викликало потребу в масштабних формальних змінах в межах усього КК, а крім того й інших нормативних актів, адже йшлося про фундаментальний термін «злочин» та його похідні «злочинний», «злочинність» і т.д.

Так, на момент прийняття «закону про проступки» КК містив 625 слів з коренем «злочин», у т.ч. 65 з коренем «злочинн» (-ий, - ість), не враховуючи перехідних положень. Усі вони потребували вирішення питання про гармонізацію з нововведеними «крим. правопорушеннями» та «крим. проступками».

Аналіз показує три головні напрямки, як відповіді на вказане питання:

1) слово «злочин» було замінено на словосполучення «крим. правопорушення» у відповідному числі та відмінках за умови, якщо воно не було прив'язано до певної категорії тяжкості (охоплювали всі види злочинів за попередньою редакцією ст. 12 КК). Ігнорування цього призвело б до того, що всі інститути крим. права були б паралізовані стосовно нововведених крим. проступків (напр., статті 1, 4, 6 – 9, 11, 13 – 22 та ін.);

2) слова «злочин невеликої тяжкості» та «злочин середньої тяжкості» замінено на їх відповідники – «крим. проступок», «нетяжкий злочин» або комбіновану форму – «крим. проступок і злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк до двох років» (ч.1 ст.14 та ч. 3 ст. 49 КК);

3) слова «злочинний» та «злочинність» були замінені на «кримінально протиправний» та «кримінальну протиправність» у відповідному числі та відмінку. Ідеться про: а) кримінальну протиправність діяння (статті 3 – 5, 88, 256, назва розділу VIII) б) кримінально-протиправні діяння, дії, діяльність чи посягання (статті 1, 27, 28, 38), самовпевненість і недбалість (ст. 25), намір (статті 32, 68, 96-10), шлях здобуття (статті 27, 198), групи (ст. 28), наказ або розпорядження (ст. 41). Я не є прихильником концепції, згідно якої крим. право не містить заборон (концепція К. Біндінга та ін.), а тому вважаю заміну терміна «злочинність» на «крим. протиправність» вдалою;

4) у багатьох випадках слова «злочин» та «злочинний» законодавець цілком обґрунтовано залишив без змін (більш ніж 150 таких випадків). Це обумовлено такими чинниками: а) ішлося виключно про злочини тяжкі та особливо тяжкі, тобто такі категорії злочину, які не зазнали термінологічної трансформації у ст.12 КК (статті 8, 28, 43, 49, 53, 54, 59, 64, 70, 71, 79, 80, 81, 82, 83, 89, 91, 96-5, 96-7, 102, 106, 107, 108, 372, 383, 384, 396 КК); б) ішлося про злочини проти основ національної безпеки України – ураховуючи, що всі вони належали щонайменше до злочинів середньої тяжкості, особливо важливість охоронюваного об'єкта з огляду на загальновідомі події (статті 49, 59, 68, назва розділу I Особливої частини); в) стосовно видачі і перейняття провадження (ст. 10) – оскільки передумовою цієї процесуальної діяльності згідно міжнародних договорів є саме вчинення злочину; г) стосовно терміну «злочинна організація» (статті 27, 28, 30, 43, 67, 255, 256) – її створення передбачає мету вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину; г) стосовно готування до злочину (ст. 68) – оскільки готування до крим. проступку не тягне крим. відповідальності.

Аналіз «закону про крим. проступки» показує, що поряд з логічними (обґрунтованими) шляхами гармонізації, нічим необумовленої трансформації

зазнали низка положень КК, що викликає необхідність вирішувати питання про дію закону в часі або ж вдаватися до тлумачення та пошуку прихованих намірів законодавця. Не претендуючи на вичерпність таких змін, у цих тезах, пропонується звернути увагу на такі з них.

1. Відбулося нічим необґрунтоване суттєве посилення крим. відповідальності за вчинення тих суспільно небезпечних діянь, за які в санкції передбачено позбавлення волі на строк до 2 років як найбільш суворе покарання (ідеться про ту частину злочинів невеликої тяжкості, які стали нетяжкими злочинами, серед них – злочини, передбачені статтями 118, 123, 126-1 та деякі інші). Наприклад: а) унеможливлено звільнення від крим. відповідальності за ці умисні діяння у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45) та у зв'язку з примиренням (ст. 46); б) збільшено строки давності виконання обвинувального року з 3 до 5 років у разі засудження за ці діяння до позбавлення волі (див. пп. 2 і 3 ч.1 ст.80); в) вчинення такого діяння почало переривати перебіг давності виконання обвинувального вироку (ч.4 ст.80), а раніше вчинення злочину невеликої тяжкості не було підставою для переривання; г) збільшено строк погашення судимості з 2 до 3 років за вчинення таких діянь (див. п.7 ч.1 ст.89); г) збільшено строк давності застосування заходів кримінально-правового характеру до юридичної особи з 3 до 5 років (п.2 ч.1 ст.96-5); д) унеможливлено звільнення неповнолітнього за такі умисні діяння від крим. відповідальності із застосуванням заходів виховного характеру (ч.1 ст.97); е) ліквідовано обмеження щодо призначення неповнолітньому покарання у виді позбавлення волі, а саме – щодо неможливості його призначення за вперше вчинене таке діяння (ч.2 ст.102 була виключена) та щодо призначення його за вчинене повторно таке діяння – на строк не більше 1 року 6 місяців; є) збільшено строки давності притягнення до крим. відповідальності неповнолітнього з 2 до 5 років за вчинення такого діяння (ч.2 ст.106) та виконання обвинувального вироку з 2 до 5 років у разі засудження за таке діяння до позбавлення волі (ч.3 ст.106).

2. З іншого боку, відбулося необґрунтоване звуження застосування обставин, що обтяжують покарання, за вчинення крим. проступку. У ст. 67 КК, яка передбачає вичерпний перелік таких обставин, слово «злочин» не було замінено на «крим. правопорушення» у пп. 1, 5, 10, 11, 12. Якщо виключення такої обставини, як тяжкі наслідки (п.5) стосовно крим. проступку мало під собою підґрунтя, обумовлене тим, що тяжкі наслідки в ідеалі не можуть супроводжувати крим. проступки, то стосовно інших обставин, виникає ряд зауважень.

Передусім викликає здивування неможливість урахування повторності крим. проступків, а також повторності, за якої одне із крим. правопорушень є злочином, а інше – крим. проступком, як обтяжуючої обставини. В Особливій частині КК міститься значна кількість крим. проступків, стосовно яких відповідальність не диференціюється за ознакою повторності (відсутня відповідна кваліфікуюча ознака), напр. побої (ст. 126) або легке тілесне ушкодження (ст. 125). Тож, за неможливості врахування при кваліфікації, повторність у таких випадках часто враховувалась саме при призначенні покарання.

На противагу цьому ст. 32 КК визнає повторність крим. правопорушень, одним із яких є крим. проступок. У зв'язку з цим постає питання про можливість

врахування такої повторності, якщо вона не передбачена як кваліфікуюча ознака. Як убачається, зважаючи на чинне формулювання п.1 ст. 67 КК, така повторність може бути врахована як ознака, що характеризує особу винного, в межах однієї із загальних засад призначення покарання, передбачених ч.1 ст. 65 КК. Адже загальновідомо, що повторність (як і інші види множинності крим. правопорушень), свідчить передусім про підвищену суспільну небезпечність винного, його стійку антисоціальну спрямованість [2, с. 99-101].

Не має під собою підстав і виключення з переліку обтяжуючих покарання обставин у разі вчинення крим. проступку вчинення його з особливою жорстокістю (п.10), з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій (п.11) та загальнонебезпечним способом (п.12). Перша та третя при цьому належать до т.з. обов'язкових обставин, які суд згідно ч.2 ст. 67 КК зобов'язаний врахувати в разі їх наявності. Як убачається, в разі вчинення крим. проступку за наявності цих обставин суд має врахувати їх з огляду на п.1 ч.1 ст.65 КК в межах такої загальної засади призначення покарання, як врахування ступеня тяжкості вчиненого.

3. Необдуманим виглядає і залишення без зміни поняття «злочин, пов'язаний з насильством», передбаченого ст. 91-1 та ч.2 ст. 76 КК. У доктрині [3] та судовій практиці [1] сформувалась правова позиція, що поняття «злочин, пов'язаний із домашнім насильством» є ширшим за поняття «домашнє насильство» у нормі ст. 126-1 КК і може полягати не лише у вчиненні цього злочину, а й в інших суспільно небезпечних діяннях, які мають ознаки домашнього насильства, а тому при встановленні змісту згаданого поняття слід виходити з конкретних фактичних обставин справи, а не тільки з кваліфікації дій винуватця. Тобто, пов'язаними з домашнім насильством є і крим. проступки, такі, напр., як побої (ст. 126) чи легке тілесне ушкодження (ст.126), якщо вони вчинені щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах. Натомість підставою застосування обмежувальних заходів згідно ст. 91-1 КК є саме вчинення злочину, пов'язаного з домашнім насильством та (до того ж) призначення покарання, не пов'язаного з позбавленням волі. З цим контрастує те, що законодавець змінив слово «злочину» на «кримінального правопорушення» щодо відповідної обтяжуючої покарання обставини (п.6-1 ст.67).

Зазначене в цілому вказує на пом'якшення відповідальності за крим. правопорушення, пов'язані з домашнім насильством, а саме на унеможливлення визнання такими крим. проступків та застосування за їх учинення передбачених ст. 91-1 КК обмежувальних заходів, що прямо суперечить завданням кримінально-правової політики на сучасному етапі. Разом з тим, незастосовність обмежувальних заходів, не виключає визнання таких проступків такими, що вчинені за обтяжуючої обставини (п.6-1 ст. 67).

4. Навряд чи виглядає усвідомленим кроком також і пом'якшення спеціальних умов звільнення від крим. відповідальності, передбачених ч.5 ст.110-2, ч.6 ст.258, ч.2 ст.258-3, ч.4 ст.258-5 і ч.5 ст. 447 КК. Загальною умовою звільнення для всіх цих видів була не лише певна позитивна посткримінальна поведінка винного, але й відсутність у його діяннях ознак іншого складу злочину.

Незміна слова «злочин» у цих випадках призвела до того, що звільненню підлягають також і особи, у діяннях яких є ознаки крим. проступку.

Подібне, але інше за наслідками вирішення, стосується і умов звільнення, передбачених ч.2 ст.111 КК, якими є отримання громадянином України злочинного завдання від іноземної держави, іноземної організації або їх представників та невчинення на його виконання жодної дії. Незміна слова «злочинного» на «крим. протиправного» в цьому випадку може означати взагалі унеможливлення звільнення від відповідальності зрадника, який отримав завдання, яке полягало у вчиненні крим. проступку. Однак, як убачається, тут слід застосувати принцип справедливості (або також принцип «тим паче»): якщо звільнення передбачено в разі отримання завдання про вчинення злочину, то тим більше воно передбачено в разі отримання завдання про вчинення крим. проступку.

5. Нарешті, найбільш необдуманим та імовірно результатом прикрої помилки є крок законодавця, яким він у ст. 304 КК слова «втягнення у злочинну діяльність» замінив словами «втягнення у протиправну діяльність». Переконаний, що в ході роботи над законопроектом сталася просто технічна помилка. Так це чи ні, однак сьогодні перед науковцями та практиками стоїть непросте питання – чи свідчить така зміна про криміналізацію втягнення неповнолітнього в будь-яку протиправну діяльність? Якщо так, то схилення, напр., неповнолітнього до переходу на червоний сигнал світлофора, буде вважатися закінченим втягненням у протиправну діяльність і каратися позбавленням волі на строк від 3 до 7 років (ч.1 ст. 304).

Як убачається, під протиправною діяльністю за відсутності законодавчого визначення останньої слід розуміти саме кримінальну протиправність, використовуючи обмежувальне тлумачення за обсягом та телеологічне і системне тлумачення за прийомами (способами).

Список літератури

1. Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12 лютого 2020 року у справі № 453/225/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87602679> (дата звернення: 23.04.2021).

2. В.І. Тютюгін, О.Д. Комаров, М.А. Рубащенко. Кримінальне право України. Загальна частина: посіб. для підготовки до іспитів. Х.: Право, 2016. 200 с.

3. Харитонов О., Тітко І. Злочин, пов'язаний з домашнім насильством: правові проблеми та практичні рекомендації. Юрліга. URL: https://jurliga.ligazakon.net/ua/analytics/192450_zlochyn-povyazaniy-z-domashnm-nasilstvom-pravov-problemi-ta-praktichn-rekomendats (дата звернення: 23.04.2021).

Збірка тез доповідей учасників науково-практичного круглого столу “Кримінальний кодекс України 2001 року: 20 років після прийняття” (29 квітня 2021 року) / упоряд. А.А. Стрижевська, К.П. Задоя, Д.С. Птащенко, С.Д. Шапченко. К., 2021. 127 с.

Тези доповідей подані в авторській редакції.