

Тертишник В. М.,
доктор юридичних наук, професор,
академік Академії політичних наук України,
професор Університету митної справи та фінансів

Сачко О. В.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри адміністративного і кримінального права
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

Кошовий О. Г.,
адвокат,
Юридична компанія «Кошовий і Партнери»

ПРИНЦИПИ ПРАВА В ІНТЕГРАТИВНІЙ ДОКТРИНІ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

PRINCIPLES OF LAW IN THE INTEGRATIVE DOCTRINE OF PERFECTION OF CRIMINAL LEGISLATION

У статті розкриваються поняття та значення принципів права, особливості застосування принципів верховенства права, пропорційності, юридичної визначеності та економії кримінальних репресій для подолання конкуренції правових норм, удосконалення кримінального права, розв'язання проблеми юридичних колізій, забезпечення гуманізації законодавства та здійснення виваженої декриміналізації, вдосконалення окремих інститутів кримінального права.

Ключові слова: принципи, юридична визначеність, декриміналізація, пропорційність, якість закону.

В статье раскрываются понятие и значение принципов права, особенности применения принципов верховенства права, соразмерности, юридической определенности и экономии уголовных репрессий для разрешения проблемы конкуренции правовых норм, совершенствования системы уголовного права, разрешения юридических коллизий, обеспечения гуманизации законодательства и применения необходимой декриминализации, совершенствования отдельных институтов уголовного права.

Ключевые слова: принципы, юридическая определенность, декриминализация, соразмерность, качество закона.

Principles of law in the integrative doctrine of perfection of criminal legislation in the article reveals concepts and principles of law.

The features of the application of the principles of the rule of law, proportionality, legal certainty and savings criminal repression to overcome competition regulations, improvement of the criminal law, solve the problem of legal conflicts, ensure the humanization of laws and the implementation of a well thought-out decriminalization, improvement of individual institutions of criminal law.

Key words: principles, legal certainty, decriminalization, proportionality, quality law.

Постановка проблеми. Судово-правова реформа в Україні розпочалась і досі здійснюється без виваженої доктрини та врахування принципів права, без чіткої концептуальної моделі кримінального законодавства. Замість гуманізації кримінального права, реалізації виважених підходів декриміналізації, прийняття закону про проступки законодавча влада поспіхом прийняла низку процесуальних і споріднених законів, які наповнили правову доктрину і систему права суперечливими концептами, юридичними фікціями, посилили конкуренцію правових норм та ускладнили їх тлумачення.

З моменту прийняття в 2001 році нового КК України станом на 7 червня 2018 року було прийнято 184 законів, якими вносились до цього кодексу зміни і доповнення, і здебільшого щодо доповнення кодексу новими статтями, хоча мали місце і окремі факти декриміналізації. У цілому Україна – абсолютний лідер серед європейських держав за кількістю зареєстрованих законопроектів. Для порівняння: парламентарі Норвегії в середньому ініціюють 5 законопроектів на рік, Швейцарії – 6, Великобританії – 66, а апарат українського парламенту зареєстрував протягом трохі більше ніж трьох років – 6217 зако-

нодавчих ініціатив, а це приблизно по 6 кожного робочого дня [13]. При таких темпах і розмахах законотворчості бажаною залишається якість законів, в особливості у сфері кримінальної юстиції. На жаль, у доктрині кримінального права досі не сформовано основоположного – принципів кримінального права та концепції його розвитку.

Актуальність досліджуваної проблеми обумовлюється тим, що слідча та судова практика показують наявність безлічі проблем тлумачення норм кримінального права, які лежать у площині їх недосконалості.

Аналіз останніх наукових публікацій показує на певну увагу науковців до проблем принципів права та вдосконалення кримінального законодавства [1–12; 14–18]. Але попри значну кількість публікацій українських вчених – лідерів правничих шкіл (О. Бандурка, Ю. Баулін, В. Борисов, С. Гавриш, В. Гришук, М. Коржанський, О. Костенко, М. Панов, В. Тацій, М. Хавронюк, С. Яценко та інших) [1; 2; 6; 9–12; 14–18], в яких ці питання дотичною лінією розсудів зачіпаються в сенсі доктринальної системи знань, існуючі фундаментальні праці загального характеру та окремі спеціальні публікації не вичерпу-

ють всю складну проблему, а швидше утворюють фундаментальну базу для подальшого її дослідження.

Метою даної роботи є розкриття шляхів реалізації принципів права для розв'язання проблеми декриміналізації та назрілих реформ системи і окремих інститутів кримінального права.

Виклад основного матеріалу.

Принципи права – сформовані в процесі розвитку правосвідомості та природного права та закріплені в законах, міжнародних правових актах і правових позиціях Європейського суду з прав людини, основоположні морально-правові фундаментальні ідеї, які в силу свого змісту і цінності є фундаментом правничої стратегії, визначають доктринальну цінність правової системи, гармонізують всю систему правових норм, виступають першоджерелом окремих інститутів і норм права (є генетичною підвалиною, хромосомним набором системи права), надають глибокої єдності регулятивним механізмам права, визначають особливості й доктринальні якості галузі права, дають юридичну базу для тлумачення конкретних норм та вирішення суперечливих питань, сприяють правильному пізнанню та застосуванню норм права, служать основою й вихідним положенням для подальшого розвитку правничої доктрини та законодавчих актів.

Значення принципів кримінального права полягає в тому, що вони: визначають стратегію реалізації кримінальної політики держави; являють собою систему основних гарантій забезпечення реалізації мети кримінального права; створюють цілісну систему захисту прав і свобод людини у сфері застосування кримінального законодавства; синхронізують усю систему його правових норм; розкривають доктринальні механізми тлумачення та правильного застосування кримінально-правових норм в умовах їх конкуренції та недостатньої юридичної визначеності.

Разом із тим чинний КК України не містить визначеної системи принципів кримінального права, хоча у сфері його застосування діють як загально-правові та конституційні засади, так і принципи, які сформовані в міжнародних правових актах та правових позиціях Європейського суду з прав людини.

У доктринальному сенсі концептуальну модель принципів кримінального права вперше на інтегративному рівні виклав М.Й. Коржанський, який підкреслював: «Недоліки та хиби правосуддя, особливо у сфері боротьби зі злочинністю, і найбільш значні та шкідливі наслідки їх, виявляються саме там і тоді, де й коли порушуються принципи. Наслідки порушень принципів кримінального права настільки тяжкі та незворотні, що від права майже нічого не залишається» [7, с. 66].

До суто галузевих принципів кримінального права М.Й. Коржанський не безпідставно відносив фундаментальні засади: законодавчого визначення злочину (*Nullum crimen, nulla poena sine lege* – «Нема злочину й покарання, якщо вони не передбачені в законі»); особистої відповідальності; винної відповідальності; суб'єктивної осудності; повної відповідальності; переважної сили пом'якшувачих відпо-

відальності обставин; більшої карності групового злочину; повного відшкодування шкоди; співмірності покарання тяжкості злочину; економії кримінальної репресії [7, с. 87].

Безумовно, ця система є слушною, але не може розглядатись сталою, застиглою в просторі і часі правового буття. Вона перебуває в стані розвитку і вдосконалення, бо розум завжди шукає ідеальну модель права, фокусуючи інтегративні моделі власної свободи і правосвідомості на правову реальність, перебуваючи в евристичних умовах самовдосконалення, особливо під безпрецедентним впливом сучасного феномену практики Європейського суду з прав людини.

Відтак до названої системи принципів права можна було б додати і таку засаду, як «Не притягувати до відповідальності двічі за одне й те ж саме» (*Non bis in idem*). У порядку постановки питання для дискусії формується думка про віднесення до принципів кримінального права такого, давно забутого постулату Римського права, як «*Plus peccat auctor quam actor*» («Підбурювач винен більше ніж виконавець»). Більш того, з урахуванням правової позиції ЄСПЛ можливо в кримінальному праві віднести до головних засад таке положення, згідно з яким «немає злочину, якщо дії особи вчинені внаслідок провокації, без якої злочин би не відбувся». Так, у рішеннях у справах «Веселов та інші проти Росії від 2 жовтня 2012 року»; «Банніков проти Росії від 4 листопада 2010 року»; «Раманаускас проти Литви від 5 лютого 2008 року» Європейський Суд із прав людини визначив, що під час здійснення своїх повноважень правоохоронцям забороняється провокувати, підбурювати особу на вчинення цього злочину, з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який би вона не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв. Окремо варто обговорити можливість віднесення провокації до обставин, що усувають чи пом'якшують відповідальність.

Принцип співмірності покарання тяжкості злочину є логічним продовженням загально правового принципу пропорційності, сформованого Європейським судом із прав людини в 1968 році в справі «Ноймайстер проти Австрії», логічно виводиться з аналізу співвідношення завдань кримінального права та його окремих інститутів. У розвиток даного положення в Рішенні від 25 січня 2012 р. № 3-рп/2012 (справа № 1-11/2012) Конституційний Суд України зазначив, що одним із елементів верховенства права є принцип пропорційності, який у сфері соціального захисту означає, зокрема, що заходи, передбачені в нормативно-правових актах, повинні спрямовуватися на досягнення легітимної мети та мають бути співмірними з нею. На наш погляд, принцип пропорційності потребує конституційного закріплення та використання в удосконаленні законотворчої і правозастосовної діяльності, і в першу чергу в кримінальному праві і процесі.

Важливе значення для розвитку кримінального права має сформований М.Й. Коржанським принцип «економії кримінальної репресії», під яким він

розуміє «практичне визначення оптимальної, найбільш відповідної рівню економічного та культурного розвитку суспільства межі, відокремлюючої злочин від незлочинного, межі між криміналізацією та декриміналізацією злочинів. Кримінальний закон, як слушно зазначає він, – «це стратегічна зброя держави, і застосовувати її треба лише у випадку крайньої необхідності, коли інші засоби правової регламентації чи захисту недостатні, малоефективні» [7, с. 73].

На сьогодні Україна невинувато широко застосовує інструменти кримінальних репресій. Так, у державі нараховується понад 100 тисяч в'язнів, а фактично це 302 засуджених на 100 тисяч населення, тоді як інші країни Європи мають значно нижчі показники, наприклад: 49 – Румунія, 50 – Білорусь, 62 – Угорщина, 88 – Словаччина [19].

З урахуванням сучасного стану законодавств та розмаху кримінальних репресій назріла необхідність масштабної декриміналізації. По-перше, з КК України мають бути вилучені і переведені в стан адміністративно карних малозначні діяння, а також діяння, які носять елементи суспільно-корисних дій у сфері економічних та інших відносин, або діяння щодо надання певних послуг, які можуть бути з урахуванням принципу співмірності урегульовані засобами фінансово-економічного та адміністративного впливу. По-друге, має бути прийнятий окремий Кодекс України «Про проступки». По-третє, кримінально-карними мають залишитись лише діяння, визначені як злочини, а так звані «інші кримінальні правопорушення» – частково декриміналізовані і переведені в статус адміністративно-карних проступків.

На наш, погляд, декриміналізації підлягають, щонайменше, такі малозначні діяння, які передбачені чинним КК України як злочини, але не носять суттєвої суспільної небезпеки, а саме: ст. 124 «Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або в разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця»; ст. 125 «Умисне легке тілесне ушкодження»; ч. 1 ст. 126 «Побої і мордування»; ч. 1 ст. 134 «Незаконне проведення абортів»; ч. 1 ст. 139 «Ненадання допомоги хворому медичним працівником»; ч. ст. 132 «Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби»; ст. 141 «Порушення прав пацієнта»; ст. 145 «Незаконне розголошення лікарської таємниці»; ст. 168 «Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)»; ст. 180 «Перешкоджання здійсненню релігійного обряду»; ст. 184 «Порушення права на безоплатну медичну допомогу» (норма також нелогічна з огляду на видатки бюджету на медицину та заяви посадовців про перехід на платну медицину); ст. 193 «Незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї»; ст. 197-1 «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво»; ст. 203-1 «Незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва»; ст. 213

«Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом»; ст. 220-1 «Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності»; ст. 223-2 «Порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів»; ст. 222-1 «Маніпулювання на фондовому ринку»; ст. 232-1 «Незаконне використання інсайдерської інформації»; ст. 254 «Безгосподарське використання земель»; ст. 293 «Групове порушення громадського порядку»; ст. 395 «Порушення правил адміністративного нагляду»; ст. 413 «Втрата військового майна»; стаття 431. Злочинні дії військовослужбовця, який перебуває в полоні.

Разом із тим має бути скасована ст. 443 «Посягання на життя представника іноземної держави», оскільки вона суперечить конституційному принципу рівності, є рудиментом і відголоском психології вартоменності громадян України (або більшої соціальної цінності життя іноземця в порівнянні з життям власних громадян, що само по собі є ущербною філософією або філософією ущербних). Названі в даній нормі діяння підпадають під ознаки інших діянь проти особи, які викладені в гл. 2 КК України, і не потребують більш посиленого захисту і окремої кваліфікації.

Разом із тим у сучасних умовах буде оправдано відновити кримінальну відповідальність за зловживання монопольним становищем, за діяння, які в реаліях сучасності часто спричиняють значну шкоду суспільству і окремим фізичним і юридичним особам.

Важливо також забезпечити чітку юридичну визначеність та відповідність конституційним принципам права правових приписів КК України у викладенні конкретних складів злочинів.

Наприклад, у ст. 368-2 КК України («Незаконне збагачення») дається така диспозиція: «Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, карається...». Висловлене багатослів'я ускладнює розуміння традиційно зрозумілого факту отримання хабаря, бо хтось, невідомо хто, має підтверджувати доказами законність не стільки факту набуття права власності, стільки заплутаних для розуміння «підстав набуття» права власності, до того ж, не то тим, хто передає таку власність, не то тим, хто її отримує, хоча буцім-то паралельно ще діє і принцип презумпції невинуватості, згідно з яким кожен апіорі невинуватий і нічого не повинен доводити. Розпливчатість приписів даної норми ускладнює проблему розв'язання конкуренції правових норм, відокремлення даних діянь від схожих, викладених у ст. 368 КК України щодо «одержання неправомірної вигоди». В аспекті посадових злочинів, передбачуваних низкою таких статей як ст. 368-3684 КК України, можливо, доцільніше повернутись до двох раніш існуючих більш простих, точніших і зрозуміліших концептів: «отримання хабаря» та «дача хабаря».

Правова визначеність передбачає формулювання в законі чітких, однозначних і зрозумілих правових

приписів, за яких забезпечується легкість та доступність з'ясування змісту права і юридично забезпечена можливість скористатись цим правом, передбачуваність застосування правових норм, а встановлювані законом обмеження будь-якого права повинні базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

У цьому аспекті є особливо невдалою спроба встановлення кримінальної відповідальності за «маніпулювання на фондовому ринку» (ст. 222-1 КК України), де визначено: «Умисні дії службової особи учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені відповідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів, що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку в значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у значних розмірах, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб – караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян із позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

Термін «маніпуляція», чи «маніпулювання» походить від латинського слова «manipulare» та означає «управляти», «управляти зі знанням справи» тощо, а його первинний зміст включає дії як позитивного характеру, так і може охоплювати діяння негативного характеру, включаючи різні «махінації». Закон не дає чітких розмежувань «позитивних маніпуляцій від суспільно-небезпечних, а тим самим кримінально карних «махінацій», змішуючи всі діяння в ознаки «маніпулювання», ознаки якого не розкиває. Відтак може скластись ситуація, коли до відповідальності за формальними ознаками може притягатись особа, яка вчинила суспільно корисні дії, або яка діяла в інтересах держави, або спричинила шкоду самій собі, або і не спричинила шкоди нікому, і не отримала вигоди сама.

Не усувають ознак очевидних юридичних фікцій і приписи ст. 10-1 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні», згідно з визначеннями якого «маніпулювання цінами під час здійснення операцій із цінними паперами – це «надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів, що не мають очевидного економічного сенсу або очевидної законної мети, якщо за результатами таких торгів власник таких фінансових інструментів не змінюється». У швидкоплинних процесах очевидне від неочевидно відрізнити не те що важко, скоріше в

розумних людей завжди будуть сумніви щодо чого, на перший погляд «очевидного» для інших.

У правозастосовній практиці практично неможливо буде зібрати належну систему допустимих доказів, які без сумніву або «поза розумним сумнівом» можуть підтвердити «намагання здійснити операції», які можуть «надавати уявлення», оскільки намагання можуть не мати об'єктивного прояву, а знаходитись на рівні «замислу» чи «плану», тобто у сфері суб'єктивного, рівно як і хибно створені в когось уявлення, які залежать у значній мірі від суб'єктивних процесів того, хто «уявляє».

Положення ст. 222-1 КК України «Маніпулювання на фондовому ринку», окрім конкуренції з нормами адміністративного права, яким передбачена відповідальність за аналогічні діяння, під час криміналізації діянь, які раніше карались адміністративними санкціями, протирічать засадам, викладеним у ст. 22 Конституції України, згідно з якою «під час прийняття нових законів або внесення змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Застосована криміналізація діяння є різновидом недопустимого звуження існуючих прав і свобод людини, а отже, ст. ст. 222-1 КК України не підлягає застосуванню.

Висновки. Доктрина кримінального права має включати інтегративну систему принципів кримінального права, застосування яких буде сприяти гармонізації та вдосконаленню кримінального права в цілому.

З урахуванням принципів співмірності та «економії кримінальної репресії» в стратегії кримінальної політики необхідно більш широко застосувати ідею декриміналізації малозначних діянь, прийняти окремий Кодекс України «Про проступки», до якого перенести декриміналізовані діяння, що дасть змогу зменшити обсяг кримінальних репресій та створить умови для процесуальної економії і зменшення витрат на правоохоронні органи.

Положення ст. ст. 222-1 КК України «Маніпулювання на фондовому ринку» суперечать ст. 22 Конституції України, засаді верховенства права та принципу юридичної визначеності, закріпленому в міжнародних правових актах та правових позиціях Європейського суду з прав людини, не підлягають застосуванню, а засоби протидії незаконним операціям на фондовому ринку мають бути конкретизовані в адміністративному законодавстві.

Перспективи подальшого дослідження проблеми вбачаються в розробці доктринальної моделі принципів кримінального права, а в перспективі – нового Кримінального кодексу України та Кодексу «Про проступки», які були б стратегічно і доктринально вивіреними, гармонізували би приватні і публічні інтереси та ґрунтувалися б на цілісній концептуальній моделі системи принципів права правової держави та галузевих правових засадах.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Бандурка О. М Парадокси протидії злочинності. Вісник Кримінологічної асоціації України. 2013. № 3(10). С. 83–90.
2. Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. К.: Юридична практика, 2003. 924 с.
3. Дудоров О.О., Мазур М.В. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність: постановка проблеми, міжнародний і зарубіжний досвід. Юридичний науковий електронний журнал. 2017. № 5. С. 129–140. URL: http://www.lsej.org.ua/5_2017/36.pdf.

4. Євтошук Ю. Принцип пропорційності та його вимоги у сфері законотворчості. Віче. 2012. № 22. С. 22–24.
5. Корж В.П. Проблеми усунення юридичних колізій в окремих положеннях Кримінального процесуального кодексу України. Вісник Академії адвокатури України. 2014. том 11, число 1(29). С. 62–69.
6. Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів. Навчальний посібник. Видання 2–ге. К.: Атіка, 2002. 640 с.
7. Коржанський М.Й. Нариси уголовного права. К.: Генеза, 1999. 208 с.
8. Корнієнко М.В., Тертишник В.М. Принципи права в розв'язанні юридичних колізій. Міжнародний науковий журнал «Верховенство права». 2017. № 2. С. 10–16.
9. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; за ред. В.Т. Маляренка, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. [Вид. четверте, переробл. та доповн.] Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. 1208 с.
10. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар. Відп. ред. С.С. Яценко. [4-е вид., переробл. и доповн.]. К.: А.С.К., 2005. 848 с.
11. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2-х т. Т. 1. За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. [3-тє вид., перероб. та доп.] К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури. 2009. 964 с.
12. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. [9-тє вид., переробл. та допов.]. К.: Юридична думка, 2012. 1316 с.
13. Неделюк О. Заспамлена Рада: Чому український парламент чемпіон світу по кількості законопроектів. Українська правда. 22 березня 2018. URL: <https://www.pravda.com.ua/articles/2018/03/22/7175396/>.
14. Погребняк С. Принципи права: доктринальні питання. Право України. 2013. № 9. С. 217.
15. Подорожна Т.С. Законотворчі помилки як чинник дестабілізації правового порядку // Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання: [тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції (м. Харків, 30 вересня – 1 жовтня 2015 року)]. За ред. проф. В.В. Комарова та І.Д. Шутака. Харків: Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2015. С. 53–56.
16. Тертишник В. Концептуальна модель системи принципів кримінального процесу. Вісник Української Академії державного управління при Президенті України. 2001. № 4. С. 321–327.
17. Тертишник В.М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Вид. 15-тє, доповн. і перероб. К.: Правова Єдність, 2018. 854 с.
18. Тертишник В.М. Принципи права та стратегія і практика судово-правової реформи. Право і суспільство. 2016. № 6. С. 20–26.
19. Україна посіла 11 місце у світі за кількістю людей у тюрмі. URL: http://ipress.ua/news/ukraina_posila_11_mistse_u_sviti_za_kilkistyu_lyudey_u_tyurmi_26323.html.