

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ**

Національний університет «Одеська юридична академія»

Південний регіональний центр

Національної академії правових наук України

Кафедра кримінального права

Одеський місцевий осередок ГО

«Всеукраїнська асоціація кримінального права»



Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції:

**«Кримінально-правова політика України у дискурсі рішень  
Європейського суду з прав людини»**

22 квітня 2016 року

м. Одеса

## **РОЗДІЛ 1. ЄВРОПЕЙСЬКА КОНВЕНЦІЯ ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА: ВИКЛИКИ СУЧАСНОСТІ**

**Туляков В.О.**

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
проректор з міжнародних зв'язків  
професор кафедри кримінального права,  
суддя ad hoc Європейського суду з прав людини  
доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Національної академії правових наук України,  
заслужений діяч науки і техніки України*

### **СОЦІАЛЬНІ ФУНКЦІЇ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНОЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ**

Кримінальне право є інструментом захисту суверенітету і безпеки. Як фундаментальний інструмент захисту прав і свобод людини воно символізує юридичні, моральні та соціальні відносини людей, суспільства і держави щодо захисту від різних загроз і криміногенних факторів. Глобальні і регіональні політичні, соціальні та культурні дисбаланси і конфлікти впливають на правову матерію. При цьому стабільна по суті кримінально-правова форма дисонує з суспільними відносинами і процесами, що розвиваються, і як наслідок виникають навколоправові форми публічно-правового реагування та контролю.

Сучасна соціально-демократична система кримінальної юстиції має відображати організацію та стимулювання ролі засобів контролю порушень. Кримінальне правосуддя показує перехід від абсолютних форм публічного права, суворого і спрощеного прихованими таліонними відносинами, до постмодерного підходу з цілісною різноманітною системою дисциплінарних практик, заснованого головним чином на концепції примату прав людини та фундаментальних людських цінностях

Реалізація Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їїніми державами-членами зумовила комплекс значних нормативних та інституційних змін в Україні. Проект нового кримінального законодавства України має враховувати особливості впливу глобальних і регіональних дисбалансів та конфліктів на верховенство права, а також нагальну необхідність захисту безпеки людей на європейському континенті.

Створення передумов до підготовки законодавчого поля кримінально-правового профілю для входження України в Європейський Союз повинно виходити з принципів верховенства права та принципу законності які реалізуються у юридичній визначеності; рівності перед законом; пропорційності та справедливості; індивідуалізації та гуманізмі; заборони негативної ретроактивності та притягнення до відповідальності двічі.

Законодавчі повноваження держави стосовно питань кримінально-правового характеру повинні здійснюватися лише з метою захисту основних інтересів та прав людини, суспільства, держави, якщо ці інтереси виводяться із первинного законодавства ЄС (ст. 83 Лісабонської угоди); Конституції України та основоположних принципів Європейської конвенції з захисту основних прав людини та основоположних свобод про основи прав не порушуються, та ця діяльність може завдати значної шкоди суспільству або окремим людям.

Кримінальне законодавство можна розглядати як законне та пропорційне лише у тому випадку, якщо кримінальне законодавство використовується для захисту основних інтересів своїх громадян. Відповідно до вимоги належного управління, законодавець повинен надати детальне обґрунтування нової кримінально-правової норми, включаючи ретельне пояснення того, чому ці інтереси розглядаються як такі, що мають принципове значення, і чому діяння, яке визнано кримінальним правопорушенням, вважати, що вони мають значний негативний вплив на зацікавлені інтереси.

Євроінтеграційна кримінально-правова політика України - це поетапне прийняття та впровадження нормативно-правових актів України щодо визначення злочинів та покарання за них, інших кримінально-правових засобів поведінки з правопорушниками та пов'язаними з ними особами, розроблених з урахуванням необхідності апроксимації законодавства України та Європейського Союзу та Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу від 21 листопада 2002 року N 228-IV. Нова структура кримінального законодавства та її теоретична основа, засновані на багатодисциплінарному матричному підході, повинні аналізуватися і формулюватися, орієнтуючись на європейську кримінально-правову політику (правила ЄС, які впливають на українське законодавство, судову і превентивну практику). Формування євроінтеграційної кримінально-правової політики України необхідне з метою забезпечення засобами кримінального права євроінтеграційного курсу України на фоні синхронізації кримінально-правових механізмів України та ЄС. З нашої точки зору, потребують певного перегляду стратегічні керівні принципи, задачі, напрями і цілі кримінально-правового впливу на злочинність проти основ економіки, порядку міграції, екологічної безпеки, кібербезпеки, а також кримінально-правового забезпечення антикорупційної безпеки господарської діяльності та засоби їх досягнення; джерела, а також процесуальні елементи та інструменти європейського кримінального права в рамках Лісабонської угоди про внесення змін в Угоду про Європейський Союз й Угоду про заснування Європейської Спільноти від 13 грудня 2007 року.

Євроінтеграційна кримінально-правова політика України формується як складова частина правової реформи в Україні та спрямовується на забезпечення єдиних підходів до врахування вимог законодавства Європейського Союзу при нормопроєктуванні, підготовки кваліфікованих спеціалістів та забезпечення процесу адаптації законодавства України. Транснаціоналізм, права людини, фрагментація та участь громадянського

суспільства у становленні конституційного порядку породжують основні напрямки євроінтеграційної кримінально-правової політики України. Необхідна розробка ступеневої моделі сучасних кримінально-правових заборон та матриць криміналізації від суто наднаціональних конвенційних до національних і локальних.

Європейська кримінальна політика впливає на правосвідомість та формування образів кримінального права серед науковців та законодавця, але не на формування єдиного нормативного простору. Тенденція поліцентризму веде не к уніфікації, а, навпаки до розмежування загальних характеристик окремих інститутів кримінального права поруч із застосуванням низки регламентних Європейських кримінально-правових норм у процесі правозастосування.

Необхідний перехід кримінально-правової політики держави від гармонізації та апроксимації з Європейським кримінальним правом до більш ширшого використання принципів субсидіарності та фрагментації з метою недопущення дисиміляції правової культури держави, народу, нації, втрати національної ідентичності. Це також стосується джерел визначення міжнародних та транснаціональних злочинів. Прагнення влади до розмивання деліктів є спосіб генерації зловживань і порушень прав людини. Директивою Європарламенту 2014/42/EU щодо заморозки та конфіскації засобів та доходів, отриманих злочинним шляхом встановлено, що у випадку конфіскації доходів від злочинної діяльності застосовується встановлене Директивою, а не національне визначення відповідного злочину та характеристик конфіскації. Вказане є прикладами асиметрії в регламентації: опису джерел кримінального права; визначення кримінального правопорушення; визначення різниці у дефініції покарання, заходів кримінально-правового впливу, реституції та компенсації, справедливого поводження зі злочинцями та потерпілими.

Інноваційний характер кримінально-політичних пропозицій в умовах сингулярності повинен бути узгоджений з усталеною практикою ЄСПЛ. З одного боку повноваження ЄСПЛ щодо аналізу дотримання національного

законодавства є обмеженими. З другого боку, обов'язком ЄСПЛ є визначення, чи був процес прийняття рішення справедливим, і лише за виняткових обставин він може перейти цю межу та переглянути матеріально-правові висновки національних органів влади. Отже ідеологія захисту особи та її фундаментальних прав, а не держави та її безпеки повинна бути поставленою на перше місце.

Суспільство-в'язниця розпиляючи владу між різними суб'єктами, поширює дисциплінарні практики застосування сили та примусу, які не обмежені процедурами судового захисту. Виникає концепція кримінального права у широкому сенсі (ст. 6 Європейської Конвенції з захисту прав людини і основоположних свобод), яка поширюється на більшість випадків застосування публічно-правового примусу з боку держави, які, згідно стандартній практиці ЄСПЛ, пов'язуються із кваліфікацією правопорушення відповідно до внутрішнього законодавства, аналізом природи правопорушення та ступенем суворості покарання, якого може зазнати відповідна особа (критерії Енгеля). Тобто, вчинок визнається кримінальним правопорушенням, якщо він за своєю природою або передбачений національним кримінальним законом або законодавством *sui generis* або, наприкінці, санкція за правопорушення дорівнює, чи перевищує санкції передбачені національним кримінальним законом. Вказані три напрямки оцінки діяння кумулюють у концепті злочину (кримінального правопорушення) адміністративні делікти фізичних осіб, дисциплінарні вчинки, тощо.

Таким чином, згідно визнаній міжнародній судовій практиці, виникає ситуація «розмивання» сенсу кримінального права у консервативному розумінні. В силу чого у науковій практиці поширюються думки, по'язані з необхідністю чи розробки нового Кримінального кодексу, який обмежує поняття злочину *stricto sensu* поруч із окремим Кодексом кримінальних правопорушень (В.Тацій, В.Борисов, В.Тютюгін), чи розробки загального концепту публічного правопорушення: порушення публічного права

(В.Навроцький) та відповідного Кодексу публічних правопорушень [3,4]. Науковій громадськості представлено альтернативні наукові доробки з цього питання (М.Хавронюк, П.Фріс, Д.Азаров), які тією чи іншою мірою відповідають класичній консервативній схемі співвідношення злочину та кримінального правопорушення та розгляду соціальної функції права у її охоронному сенсі. Існує й інший інтегративний підхід, згідно якому на сучасному етапі розвитку української моделі реформи кримінальних правовідносин, яка поєднує публічно-правовий метод з диспозитивним, було б раціональним застосування генералізованої конструкції, яка б певним чином поєднувала вказані напрямки наукового пошуку. Теоретична модель Кримінального кодексу третього типу була представлена на розгляд науковій спільноті протягом 2012-2014 рр. [5].

Поруч з тим кримінально-правовий вплив сьогодення є спробою подолати біфуркаційний злам індивідуалізації суспільства в бік керованої інституціоналізації і розподілу ресурсів в рамках сучасних моделей ліберальної демократії. Цілі сталого розвитку ООН зорієнтовано на захист прав і свобод людини, боротьбу з нерівністю і дискримінацією, підтримання миру і безпеки всередині і між державами. Тим часом, з урахуванням активних процесів самоорганізації суспільства, нелінійного характеру закономірностей зв'язків між індивідами у інформаційному просторі, гібридності правового впливу в транснаціональному контексті, ці завдання є методологічно хибними [6]. Процес рекодифікації Кримінального законодавства України повинен бути розроблений з метою внесення змін, які істотно перетворюють симетрію, структуру правової регламентації Кримінального кодексу, його інститути та механізми реалізації, з урахуванням практики застосування Європейської конвенції з захисту основних прав людини та фундаментальних свобод, та конституційної реформи в цілому.

Останнім часом ми все частіше звертаємося до необхідності визначення цього епистемологічного конфлікту у кримінально-правовому регулюванні також. Інтегративна соціальна функція кримінального права, що спрямована

на протидію злочинності, не кореспондує охоронній та регулятивній: вона спрямовується на боротьбу з образами ворогів, яких обирають чи владні структури, чи медійні керівники (тобто, влада у цілому).

Поруч з цим, інфляція моделі прав людини у світі пост-правди, яка пов'язана із подальшою диверсифікацією концептів прав та неможливістю існування системи їхнього надійного правового захисту, стає все більш вираженою. Відповідно, концепт кримінального правопорушення все більш неконкретним. Саме цим, можливо, викликаються парадокси кримінально-правового регулювання у світі. Наприклад, нормативна усталеність класичного кримінального права згідно позиції диверсифікації образів кримінального у практиці ЄСПЛ (тобто і національній практиці кримінально-правового регулювання та судового тлумачення кримінального закону) стає юридичною фікцією. Відповідно, примат дисциплінарної влади є виконавчою ідеологемою, як, і, наприклад, принцип невідворотності селективного покарання. Принцип рівності кримінально-правового впливу замінюється виправлювальною дискримінацією, яка заснована на необхідності кримінального впливу на окремі верстви населення та політичній доцільності застосування кримінального закону.

Якщо ми подивимось на деякі характеристики криміналізації двох класичних типів злочинів, то побачимо наступне.

Стосовно “*mala prohibita*”. За два роки в Англії і Уельсі (2012-2014) було сконструйовано близько 600 нових складів злочинів і 353 діяння декриміналізовано. - це один підхід [7]. Проте він коригується судовою практикою та має відповідні рівні обмеження задля судовому та доктринальному тлумаченню та прецедентній базі. Основне питання, яке виникає – саме розробка моделі криміналізації дисциплінарних практик та концептів теорії анігілювання публічно-правових вчинків, оскільки декриміналізація кримінальних правопорушень пов'язана із дисциплінарними практиками.

Друге питання, яке підлягає вирішенню це: “*mala in se*” та корекція кримінальної політики по контролю «ядерних» злочинів. Відомо, наприклад, що кількість жертв вбивств в результаті дитячих пустощів в США, перевищує кількість вбивств американських громадян джихадистами [8]. Але виникають інші політичні перспективи контролю над правопорушеннями. Формуються інші заходи. І новою адміністрацією США генерується почуття остраху у суспільстві, вводяться заборони та обмеження, які не відповідають міжнародно визнаним правам людини і громадянина. І приймаються, як бачимо, інші заходи. Взагалі теза адміністрації «очистити міста Америки від різанини» є досить дискусійною, враховуючи домінуючу тенденцію до зниження рівня умисних вбивств в США. Але електорат «боїться» джихадиста і наркомана, отже дані статистики, які свідчать, що в США за останні 10 років рівень умисних вбивств не перевищує рівень 1969 року та є виключно стабільними, як то не беруться до уваги чи об’являються нікчемними [9].

У концептуальному сенсі усі ці питання пов’язані саме з визначенням інтегративної соціальної функції кримінального права на тлі об’єднання зусиль громадян, суспільства, держави **та міждержавних об’єднань** на протидію злочинності. Спираючись на минулі програми, загальним пріоритетом є послідовне транспонування, ефективне впровадження та консолідація існуючих правових інструментів та політичних заходів. Для подальшого розвитку та приєднання до Європейського простору свободи, безпеки та справедливості вкрай важливо забезпечити кримінально-правовий захист та просування основних прав людини, включаючи захист даних, одночасно вирішуючи проблеми безпеки, також у відносинах з Європейським союзом.

## Література

1. Тацій В. Я. Концептуальная модель установления ответственности за проступок в законодательстве Украины *Проблемы законности* : сб. науч. тр. / отв. ред. В. Я. Тацій. – Вып. 125. – 2014. – С. 9, 10.; Борисов

- В. І., Тютюгін В. І., Демидова Л. М. Кримінальний проступок: концептуальні основи втілення у національне законодавство *Вісник асоціації Кримінального права України* № 2 (7) 2016. С.129-142; Тацій В. Я. Проблеми стабільності й динамізму кримінального законодавства України на сучасному етапі *Вісник Національної академії правових наук України* : зб. наук. пр. Харків, 2015. № 4. С. 54–66;
2. Концепція реформування законодавства про публічні правопорушення в Україні URL: <http://lfcj.com.ua/2016/05/24/>; Азаров Д. С. Розроблення Кодексу публічних правопорушень України: теоретичні та прикладні застереження *Наукові записки НАУКМА* 2016. Т.161. С.134-138; Рабінович П.М. Фундаментальні поняття кримінального права: інтерпретація Страсбурзького суду *Юридична Україна* № 11. 2011. С. 4-7.
  3. Кримінальний проступок у доктрині та законодавстві : монографія / за заг. ред. В. О. Тулякова. Одеса : Юрид. л-ра, 2012. 424 с.; Наукове та законодавче забезпечення реалізації концепції кримінальних проступків : монографія; за заг. ред. С. В. Ківалова, В. О. Тулякова ; НУ ОЮА. Одеса : Юрид. л-ра, 2014. 176 с.
  4. Туляков В.А. Эффективность уголовного права и современное мироустройство *Вісник асоціації Кримінального права України* № 2 (7) 2016. С.28-35.
  5. Benson Egwuonwu. No Punishment Without Law: Why Article 7 Matters - 16th November 2015 URL: [rightsinfo.org/no-punishment-without-law-why-article-7-matters/](http://rightsinfo.org/no-punishment-without-law-why-article-7-matters/)
  6. Richard Hartley-Parkinson Number of people killed by toddlers far outweighs number killed by jihadists. - Sunday, 29 Jan 2017 URL: <http://metro.co.uk/2017/01/29/islamic-jihadist-immigrants-2-fellow-us-citizens-11737-6413342/#ixzz4XQhG21cD>.
  7. Sharon Driscoll, David Alan Sklansky. Crime, Immigration, and Refugees: January 30, 2017 URL: <https://law.stanford.edu/2017/01/30/crime->

immigration-and-refugees-a-qa-with-criminal-law-expert-professor-david-alan-sklansky/; <https://www.bjs.gov/ucrdata/Search/Crime/State/RunCrimeTrendsInOneVar.cfm>

**Савинова Н.А.**

*Заведующая научным отделом информационно-правовых проблем  
национальной безопасности*

*Научно-исследовательского института информатики и права  
НАПрН Украины, доктор юридических наук, старший научный  
сотрудник*

## **ЭРА ЕСПЧ: ПОСТМОДЕРН И «СЛЕПЫЕ» УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ**

Восприятие высказывания большинства футурологов XX-XXI века современной правовой наукой может сравниться лишь со скепсисом советских пенсионеров 60-70х годов прошлого века по отношению к произведениям Рея Бредбери и Станислава Лемма. Зачастую элементарный анализ уголовно-правовой коммуникации<sup>1</sup> и акценты на необходимости применения теории Гарольда Д. Ласуэлла<sup>2</sup> в верном построении прямой и возвратной уголовно-правовой коммуникации зачастую вызывает реплики о том, что эта проблема – «вопрос будущего». Только вот навряд ли мы задумываемся всерьез о том, что нивелирование значимости коммуникативной функции уголовно-

---

<sup>1</sup> По уголовно-правовой коммуникацией докладчиком понимается целенаправленная передача информации о содержании уголовных правонарушений и уголовно-правовых последствий их совершения для преступника и жертвы (об уголовно-правовом обращении) (См. Савинова Н.А. Кримінально-правова комунікація: до питання ефективності сучасного кримінального права /Н.А.Савинова// Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності: матеріали міжнар. наук.-практ.конф. (м. Харків, 8-9 жовтня 2015 р.): редкол.: В.Я.Таций (голов.ред.), В.І.Борисов (заст.голов.ред) та ін. - Х.: Право, 2015. - 528 с. -С.110 – 114; [http://www.savinova.info/wp-content/uploads/3/publications/default/2015\\_10\\_5s.pdf](http://www.savinova.info/wp-content/uploads/3/publications/default/2015_10_5s.pdf) )

<sup>2</sup> В соответствии с теорией коммуникации Гарольда Л. Лассуэлла, коммуникация может быть эффективна лишь в случае, если в полной мере даны исчерпывающие ответы на вопросы 1. Кто [передает информацию]? 2. Что [какую информацию передает]? 3. При помощи какого канала [передает информацию]? 4. Кому [адресуется информация]? 5. С каким эффектом [какова ожидаемая цель от передачи информации]? [1].

правовой политикой (более того, интерактивной!) есть одной из важнейших причин утраты уголовным правом актуальности, минимизации его значения, а, зачастую и пренебрежения им.

Уголовно-правовые системы, как материально-правовые основы уголовно юстиции в государствах мира кардинально разнятся. Они отображаются в нормах материального уголовного права посредством принятия решений уголовно-правовой политикой, которая и определяет систему ценностей общества, посягательства на которые подлежат уголовно-правовому запрету. Главенствующей в определении идеологии этой конструкции является определенная система ценностей, избираемая уголовно-правовой политикой государства.

Что же определяет систему ценностей, входящих в объем уголовно-правовой охраны, защиты и т.д.? Очевидно, что таковую систему диктуют: 1) традиционные ценности, определяемые принадлежностью населения к определенной нации, конфессии, значимой социальной группе; 2) уровнем развития общественных отношений, который, собственно, определяет предметно-ресурсную составляющую развития общества; 3) социального запроса соответствующего общества, степень готовности его к принятию того или иного уголовно-правового запрета.

Иными словами, ссылаясь на классический исторический материализм [2], мы можем утверждать, что вся система уголовной юстиции национального государства в ретроспективе и реальности представляет собой срединную часть надстройки, формирующуюся на базисе развития экономических, и связанных с ними иных социальных отношений в данном обществе, но, при этом, в рамках самой надстройки она базируется на политических трендах и, в конечном итоге, обеспечивает безопасность ценностей, признанных в таком обществе. И именно эта схема оценки соответствия и приемлема в доказываемом случае. Она не противоречит взаимодействию базиса и надстройки: как утверждали сами К. Маркс и Ф. Энгельс: «Положение, что сознание людей зависит от их бытия, а не наоборот, кажется простым; *однако*

*при ближайшем рассмотрении немедленно обнаруживается, что это положение уже в своих первых выводах наносит смертельный удар всякому, даже самому скрытому идеализму. Этим положением отрицаются все унаследованные и привычные воззрения на всё историческое. Весь традиционный способ политического мышления рушится...» [3] (курсив мой, Н.С.)*

*Итак, констатируем, что уровень развития уголовно-правовой системы государства, и, следовательно, базирующейся на ней всей системы национальной уголовной юстиции, в полной мере должны соответствовать уровню развития общества в том или ином государстве.*

Вопрос влияния уголовного права периода постмодерна возникает сегодня неспроста. Что же возникает в момент несоответствия национальных уголовно-правовых систем запросу населения? По большому счету, безмерно долгий период истории беспредел государства в отношении уголовно-правовых политики, обращения, юстиции в целом мог быть сколь угодно дискриминационным по отношению к населению. Фактически, криминализация и наказание были для всех ранее и остаются сегодня для деспотических или коррумпированных государств оружием воздействия на собственный народ.

Однако, приход эры постмодерна привнес и в уголовно-правовые системы общую для концепции постмодерна идеологию сомнения в истинности отражения реальности человеческими чувствами, установив общие, хотя в тот момент достаточно зыбкие общеобязательные правовые конструкции. На протяжении первой половины XX века концепция Прав человека видоизменялась под воздействием необходимости недопустимости течения и последствий Первой и Второй мировых войн.

Однако идеологема Human Rights послевоенного периода, со временем утратив свою предупредительную роль, и в 1953 году была уточнена, углублена и институционализирована в Европейской конвенции о защите прав

человека и основных свобод [4], став, фактически, модельным международным документом для государств-участников.

Хотя идеологему Human Rights, впитанную к тому времени большинством конституций стран мира и переданную, отчасти, национальным уголовно-правовым идеологиям, немногие участники Конвенции посчитали возможным трансформировать или расширить до уровня понимания нового документа, да и право контроля за соблюдением государствами предписаний Конвенции Европейским судом по правам человека не вызывало для государств особых осложнений. По официальной статистике, в период функционирования ЕСПЧ с 1959 до реформы 1998 года, им было рассмотрено ... 837 дел<sup>3</sup>: в среднем – 21,5 рассмотренных дел в год. Соответственно, и прирост, и фильтр Европейской комиссией дел, допустимых к прямому рассмотрению были мизерными по сравнению с современными показателями.

С 1999 года, после реформы ЕСПЧ 1998 года статистика принятия к рассмотрению и рассмотрения жалоб изменила систему воздействия ЕСПЧ на национальные правовые системы кардинальным образом. 1999 г. – 12600; 2000 – 15900; 2001 – 19388; 2004 - 50000; 2011 – 151600; 2014 – 69900 дел, ожидающих рассмотрения ЕСПЧ. [6]. По показателям 2016 года, прирост дел в ожидании рассмотрения ЕСПЧ составляет 2350 дел за два месяца<sup>4</sup> [6].

О чем свидетельствует такая статистика? Фактически, она демонстрирует уровень несоответствия правовых систем, и, в частности уголовно-правовых систем тем самым требованиям, запрос на которые очевидно демонстрирует общество. И количество жалоб, подаваемых в ЕСПЧ – математическое доказательство факта несостоятельности старых систем.

---

<sup>3</sup> При этом, период функционирования указанной системы юрисдикции 1953 года обращение за защитой своих прав на международном уровне стало возможным (в случае принятия решения о приемлемости жалобы Европейской комиссией с последующей передачей дела в Суд по правам человека), и лишь с реформой Европейского суда по правам человека в 1998 году, непосредственно реализуемым самим Европейским судом по правам человека во всех случаях обращения.

<sup>4</sup> Расчет производился исходя из статистики ЕСПЧ по состоянию на 1/1/2016 – 64850 дел в ожидании рассмотрения, на 29/02/2016 - 67200 дел. [5]

*Поскольку схема игнорирования властью государств Human Rights на сегодня становится все более уязвимой, государства вынуждены опираться в построении правовой системы (и уголовно-правовой системы, как частной) на решения ЕСПЧ, который выступает последней инстанции не лишь принятия решения о факте нарушения государством прав, но и, опосредованно, фиксирует систему ценностей общества, которая была попорана или ненадлежащим образом защищена соответствующей юстицией.*

При отсутствии диссонанса в социальном запросе и уголовно-правовой системе государства, даже при наличии прямых нарушений, всеобщих норм, жалобы на действия своего государства со стороны граждан исключены или минимизированы. Это происходит потому, что традиции, система эволюционных ценностей и социальные ожидания населения и действия власти по применению тех или иных санкций пребывают в гармонии.

*Иную ситуацию наблюдаем мы в случаях, когда уровень развития общества не совпадает с пониманием решений власти государства – опережает или отстает от них (например, в колониях): объем ожиданий и уровень протеста против неэффективных, излишне жестоких или просто неуместных механизмов вызывает неприятие той реальности, которую, в частности, государство диктует под угрозой уголовной ответственности.*

Украина, лидирующая по состоянию 2016 года по количеству поданных в ЕСПЧ жалоб (22, 2 %) [7]. Отражает ли эта цифра отношение населения к несоответствию правовой системы государства и доверия к Конвенции? Безусловно, цифры не могут дать ответ о реальном неприятии населением правовой системы. Для этого существуют соцопросы. Но из-за отсутствия в государстве видения реальных ожиданий населения, Украина, в силу устаревших систем, получая «корректировки» ЕСПЧ и снова и снова не учитывая их в своей уголовно-правовой политике, да и не только, ежегодно вынуждена выплачивать в качестве компенсаций колоссальные суммы, лишаясь возможности потратить эти деньги на нужды населения.

Обычно свои доклады я заканчиваю словами: время покажет... Это выступление я закончу словами: мы с каждым годом все отчетливее видим, что *из-за отсутствия надлежащей уголовно-правовой коммуникации власти и населения, и, как следствие, отсутствия рациональной современной уголовно-правовой политики, в условиях влияния решений ЕСПЧ на бюджетные обязательства, жертвами материальных санкций к государству становится все его население.*

### Литература:

1. Lasswell, H. D. The Structure and Function of Communication in Society // The Communication of Ideas. - New York: The Institute for Religious and Social Studies, 1948.
2. Маркс К. К критике политической экономии // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения (2-е издание) / Карл Маркс. - М.: Государственное издательство политической литературы, 1955 - 1981 гг. - Т. 13 - 771 с. - с. 6-7.
3. Маркс К., Энгельс Ф. К критике политической экономии // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения (2-е издание) / Карл Маркс, Фридрих Энгельс - М.: Государственное издательство политической литературы, 1955 - 1981 гг. - Т. 13 - 771 с. - с. 491.
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 // Офіційний сайт Верховної Ради України // [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004)
5. Итоги работы ЕСПЧ за пять лет / РосЕвроСуд – проект адвоката по обращению в Европейский суд по правам человека // <http://roseurosud.org/podat-zhalobu-v-espch/novosti/94-evropejskij-sud-podvel-itogi-2014-goda>
6. European Court of Human Rights statistics 1/1-29/2/2016 / General statistics 2016 // European Court of Human Rights // [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_annual\\_2016\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2016_ENG.pdf)

7. Pending applications to a judicial formation 29/02/2016 / General statistics 2016 // European Court of Human Rights // [http://echr.coe.int/Documents/Stats\\_pending\\_2016\\_BIL.pdf](http://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2016_BIL.pdf)

***Сорочинський М.Г.***

*юрист Секретаріату Європейського суду з прав людини<sup>5</sup>, кандидат юридичних наук*

## **ПИТАННЯ ПЕРЕДБАЧУВАНOSTІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ У НЕЩОДАВНІХ РІШЕННЯХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЗА СТАТТЕЮ 7 ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ**

Існує багато напрямків, у яких проблеми кримінального права тісно перетинаються з проблемами застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі “Конвенція”). Однією з таких сфер є практика Європейського суду з прав людини (далі “ЄСПЛ” або “Суд”) у інтерпретації статті 7 Конвенції, яка піднімає проблеми “передбачуваності” кримінального права і заборони його ретроспективного застосування, та яка в останній час збагатилася декількома цікавими рішеннями.

Наведений нижче огляд присвячений короткому викладу цієї нещодавньої практики Суду. Він не покликаний бути вичерпним і спрямований лише на те, щоб привернути увагу до тих справ Суду, які можуть бути цікавими українським спеціалістам в сфері кримінального права.

Стаття 7 Конвенції забороняє, кажучи спрощено, притягнення до кримінальної відповідальності за діяння, які не були караними у

---

<sup>5</sup> Судження, викладені в статті, є особистими судженнями автора і не обов’язково відображають позицію Європейського суду з прав людини або Ради Європи з відповідних питань.

національному чи міжнародному праві на момент їх вчинення. Як демонструє недавнє рішення у справі Рохлена (Rohlena) проти Чеської Республіки, ця норма не забороняє можливість певної “еволюції” кримінально-правових норм. У той же час рішення у справах Васіліаускас (Vasiliauskas) проти Литви і Контрада (Contrada) № 3 проти Італії демонструють межі припустимого у такій еволюції.

Рішення у справі Рохлена було винесено Великою Палатою 27 січня 2015 р. Заявник у цій справі був засуджений у 2007 році за акти насильства щодо своєї дружини, які він вчинив у 2000-2006 роках. Він був засуджений за склад злочину, пов’язаний з насильством у сім’ї, який було запроваджено у чеське законодавство у 2004 році. Незважаючи на те, що цю норму було застосовано також до дій, що мали місце до прийняття нового закону у 2004 році, Суд зробив висновок, що тлумачення національного законодавства, прийняте чеськими судами, було “передбачуваним”.

Варто зупинитися на цьому понятті трохи детальніше. Як відомо, практика Суду пред’являє дві основні вимоги до національного законодавства. Як Суд сформулював це у справі Веренцов (Vyerentsov) проти України, закон має бути доступним для зацікавлених осіб (що на практиці означає як правило що він має бути опублікований) а також має бути сформульований з достатньою точністю для того, щоб надати зацікавленим особам можливість регулювати свою поведінку і бути здатними передбачати наслідки, які може потягнути за собою певна дія.

У той же час Суд традиційно визнає, що національні суди мають право поступово розвивати свою практику, тлумачачи кримінальне право таким чином, щоб поширити його на певну поведінку, яку можливо й не згадано прямо у відповідній кримінально-правовій нормі але яка відповідає суті відповідного правопорушення (див., наприклад, рішення Суду у справі С.В. (S.W.) проти Сполученого Королівства).

Отже, у справі Рохлена, мова йшла про злочин, класифікований як “продовжуваний” злочин за чеським законодавством. У одному зі своїх рішень

1993 року чеський Верховний Суд зазначив, що продовжувані кримінальні правопорушення мають розглядатися як єдиний злочин і кваліфікуватися за законом, що діяв на момент завершення останнього епізоду правопорушення. Тому у справі Рохлена нова норма 2004 року застосовувалася також до дій заявника, які були вчинені починаючи з 2000 року і до набрання нею чинності. Його дії були караними, хоча й за іншими нормами, також за законодавством, яке діяло до 2004 року.

Велика Палата ЄСПЛ вирішила, що оскільки поведінка заявника продовжувалась після 1 червня 2004 року, тобто після дати змін до чеського законодавства, він міг і повинен був передбачати (у разі потреби з допомогою відповідної правової консультації) можливість свого притягнення до кримінальної відповідальності за продовжуваний злочин відповідно до закону, чинного на час скоєння останніх актів насильства щодо його дружини (тобто у 2006 році). Суд також вирішив, що застосування закону 2004 року не погіршило стан заявника, зокрема тому, що якщо б чеський суд засудив заявника окремо за дії вчинені до зміни законодавства у 2004 році та за дії вчинені після цієї зміни, в підсумку він міг би отримати навіть більш серйозний вирок.

Таким чином, у своєму рішенні у справі Рохлена Суд не визнав порушення статті 7 Конвенції і продемонстрував гнучкість свого підходу до питань розвитку кримінального права.

Питання подібного розвитку кримінального права знову постало у справі Васіліаускас проти Литви, вирішеній Великою Палатою 20 жовтня 2015 року. Однак в цьому разі мова йшла не лише про розвиток внутрішнього законодавства, але й про розвиток міжнародного права. У цій справі колишній агент МДБ Литовської РСР був засуджений за геноцид у зв'язку з його участю у вбивстві МДБ двох литовських партизан у 1953 році. З очевидних причин злочин геноциду не був згаданий в законодавстві, яке діяло на території Литви у 1953 році. Однак на той час вже існувала Конвенція про запобігання злочину геноциду та його покарання і цей злочин вже був визнаний у міжнародному

праві. Отже, основним питанням було, чи відповідало визначення геноциду, прийняте литовськими судами у справі заявника тому, що існувало у міжнародному праві у 1953 році. Ця справа добре ілюструє усю складність проблем, які постають перед Судом у таких ситуаціях. Адже вирішення цієї справи вимагало вивчення стану міжнародного кримінального права у 1953 році, більш ніж 60 років до прийняття рішення Судом.

Грунтуючись на вивченні Конвенції про запобігання злочину геноциду, наукових коментарів, практики міжнародних кримінальних судів щодо колишньої Югославії та Руанди та численних інших міжнародно-правових матеріалах, Суд вирішив, що литовські суди прийняли занадто широке визначення геноциду, що не могло бути передбачуваним для заявника у 1953 році, і таким чином порушили статтю 7 Конвенції. Однією з підстав для такого рішення стало те, що литовські суди розглядали литовських партизан почасти як “політичну” групу і вважали, що знищення такої політичної групи могло охоплюватися поняттям геноциду. Однак Суд, вивчивши стан міжнародного права у 1953 році, зробив висновок, що “політичні” групи не охоплювалися визначенням геноциду у міжнародному праві на той час. Також, ЄСПЛ не поділив думку литовських судів щодо того, що партизани були жертвами геноциду як члени литовської національної або етнічної групи. Відповідно, Суд прийшов до висновку, що заявник був засуджений у результаті застосування поняття “геноциду” за аналогією і таке тлумачення цього злочину не було “передбачуваним”.

Ще одним прикладом подібного критичного підходу Суду може служити справа Контрада (Contrada) проти Італії (№ 3) що була вирішена Четвертою Секцією Суду 14 квітня 2015 року. Заявник був засуджений за склад злочину “сприяння мафіозній організації іззовні ” (concorso esterno in associazione di stampo mafioso) за те, що він, працюючи в правоохоронних органах, у 1979-1988 роках надавав конфіденційну інформацію мафії.

Суд, детально вивчивши практику Касаційного суду Італії, прийшов до висновку, що цей склад злочину був визнаний Касаційним судом шляхом

поступового розвитку його практики на протязі періоду з кінця 1980-х до 1994 року. Зокрема, з 1987 до 1994 року Касаційний суд виніс ряд рішень у конкретних справах, у яких він залежно від обставин визнавав або не визнавав можливість такого складу злочину як сприяння мафіозній організації «ізовні». Остаточо Касаційний суд предметно розглянув це питання та вирішив, що такий склад злочину має бути визнаний, лише у 1994 році. ЄСПЛ встановив, що італійські суди засуджуючи заявника покладалися лише на практику Касаційного суду починаючи з 1994 року та пізніше, тобто пізніше періоду, в який заявник вчиняв злочин. Хоча заявник посилався на те, що така інтерпретація кримінального права була ретроактивною і він не міг передбачити її коли вчиняв відповідні дії, суди не відповіли на цю скаргу і не проаналізували, чи була прийнята ними інтерпретація передбачуваною для заявника. Суд відповідно прийшов до висновку, що було порушено статтю 7 Конвенції.

Рішення Суду у справах Васіліаускас та Контрада не лише підкреслюють складність проблем, які породжує на практиці застосування поняття “передбачуваності” в контексті засудження за міжнародні злочини чи складні діяння в сфері організованої і економічної злочинності. Вони також підкреслюють, що хоча Суд у більшості випадків готовий визнати право національних судів на тлумачення національного законодавства та розвиток практики у відповідності з розвитком суспільства, така гнучкість все ж має певні межі, встановлені в першу чергу статтею 7 Конвенції.

Як зазначено вище,—справами за статтею 7 Конвенції далеко не обмежується проблематика матеріального кримінального права відображена в практиці ЄСПЛ. Кримінально-правові інститути можуть піднімати різноманітні проблеми також і у застосуванні інших положень Конвенції. Для прикладу варто зазначити проблему застосування довічного ув’язнення без можливості звільнення, що може порушувати статтю 3 Конвенції, яка гарантує захист від нелюдського та принижуючого покарання (див. рішення у справі Вінтер (Vinter) та інші проти Сполученого Королівства, а також більше

недавні рішення Суду Ласло Магйяр (László Magyar) проти Угорщини, Харакчієв і Толумов (Harakchiev i Tolumov) проти Болгарії і Трабелсі (Trabelsi) проти Бельгії). Варто згадати також і проблеми можливої дискримінації у застосуванні кримінального законодавства (див. рішення про прийнятність у справі Хамтоху та Аксенчик (Khamtokhu and Aksenchik) проти Росії від 13 травня 2014 р.) а також зобов'язання криміналізувати певні форми поведінки, які порушують право на життя або особисту недоторканість особи (див. наприклад рішення у справі Честаро (Cestaro) проти Італії).

Усі ці сфери практики Європейського суду з прав людини варті уваги спеціалістів у сфері кримінального права, оскільки, як видно з прикладів наведених вище, практика ЄСПЛ здатна встановлювати певні межі у застосуванні і тлумаченні кримінального права та серйозно впливати на його розвиток.

### Література:

1. *Cestaro v. Italy*, no. 6884/11, 7 April 2015;
2. *Contrada v. Italy (no. 3)*, no. 66655/13, 14 April 2015;
3. *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, nos. 15018/11 and 61199/12, ECHR 2014 (extracts);
4. *László Magyar v. Hungary*, no. 73593/10, 20 May 2014;
5. *Rohlena v. the Czech Republic* [GC], no. 59552/08, ;ECHR 2015;
6. *S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-B;
7. *Trabelsi v. Belgium*, no. 140/10, ECHR 2014 (extracts);
8. *Vasiliauskas v. Lithuania* [GC], no. 35343/05, ECHR 2015;
9. *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, ECHR 2013 (extracts);
10. *Vyerentsov v. Ukraine*, no. 20372/11, 11 April 2013 // Офіційний вісник України, 5 листопада 2013 р., № 83, стор. 161, стаття 3106.

**Summary:** The publication entitled “Foreseeability of Criminal Norms in Recent Judgments of the European Court of Human Rights under Article 7 of the European Convention” presents a simple summary of the Court’s holding and reasoning in the cases of *Rohlena v. the Czech Republic*, *Vasiliauskas v. Lithuania* and *Costaro v. Italy* (no. 3) to illustrate in particular the Court’s approach to foreseeability problems arising in the cases under Article 7 of the Convention.

***Березовська Н.Л.***

*Національний університет «Одеська юридична академія»*

*доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук,*

*доцент*

## **ВСТАНОВЛЕННЯ ЗЛОЧИННОСТІ І КАРАННОСТІ ДІЯННЯ ЗА ВБИВСТВО**

Найбільш значимими суспільними відносинами, що охороняються кримінальним правом є ті, що охороняють особу. Серед усіх суспільних відносин щодо захисту особи на першому місці стоїть захист життя.

У кримінальному праві суспільні відносини щодо захисту життя розташовані по різних розділах Особливої частини, де цей об’єкт виступає або в якості основного (розділ другий, в статтях про вбивство і доведення до самогубства), або в якості додатково обов’язкового (наприклад, при посяганні на життя державного чи громадського діяча). Хоча і з цього приводу висловлювались інші думки. Так, в літературі піднімається питання про двооб’єктні злочини [1-7], так як не можна такі суспільні відносини як життя ставити на друге місце, виводити їм другорядну роль. Така точка зору є цікавою і доводи авторів можуть бути сприйняті, але як тоді бути з обґрунтуванням вчення про те, що основний об’єкт – це той, на яке спрямоване злочинне посягання, а про додатково обов’язковий говориться, як про такий, що йому спричиняється шкода в результаті посягання на основний об’єкт.

Скоріше, тут має місце насильницький спосіб вчинення злочину, але, при цьому, спричинити насильство саме цій особі, якби це не було посягання на основний об'єкт, злочинець не планував би.

Заперечень сам тезис про захист життя засобами кримінального права не має [8-15], однак чомусь є різні думки про момент початку життя. Це тим паче не зрозуміло, бо критерій щодо моменту закінчення життя давно є сталим – ним є біологічний критерій. При цьому чомусь цей же критерій не стоїть при з'ясуванні питання про момент початку життя. Життя – це не правова категорія. Нормами кримінального права здійснюється лише захист суспільних відносин, тому і питання щодо початку та закінчення життя лежить не у площині права, а – медицини. А згідно загальновідомим знанням про людський організм – життя починається при зачатті дитини.

Питання про момент початку життя в багатьох релігіях не викликає сумніву. Приміром, у православ'ї завжди святкувалось Зачаття Пресвятої Богородиці як одне з найбільших свят. Всі християнські громадські організації постійно проводять лекції, де роз'яснюють на прикладах документів, документальних фільмів, медичних енциклопедій та монографій та ін. як вчиняється вбивство беззахисної дитини в утробі матері, як вона бурхливо реагує на спричинення їй смерті, але права не необхідну оборону свого життя вона здійснити не може. Це важко уявити, не те, що побачити.

Тому я вважаю, що Україна не може себе називати державою, де є захист життя і де втілений у життя принцип гуманізму, доки закон допускає вчинення вбивства.

Щодо захисту життя будь-якої особи немає заперечень. Якщо дитина народилась з вадами, або стала інвалідом у свідомому віці, чи є психічно хворою, чи є у незаможній родині – ми говоримо про захист, зрозуміло. Чому ж у законодавстві допускається вбивство ненародженої дитини, до дванадцяти неділь будь-якою жінкою, яка допускає вбивство своєї власної дитини, замість її захисту; і по соціальним показникам – до двадцяти двох тижнів – а це більше п'яти місяців.

Часто як аргумент за вбивство виступають поодинокі історії про вбивство дітей, які були зачаті при зґвалтуванні. Є різні обґрунтування, чому жінка завагітніла у такій стресовій ситуації, але, на жаль, немає офіційної статистики щодо таких осіб. Але я хочу зазначити інше. Видається, слід звернути увагу на ті суспільні відносини, які були порушені, і ті, яким жертва зґвалтування спричиняє шкоду. Порушені щодо жінки – це суспільні відносини щодо статевої свободи жінки, що розташовані у п'ятому розділі Особливої частини кримінального закону; а спричинення смерті малолітній особі – передбачено у другому розділі Особливої частини Кримінального кодексу.

Стаття 3 Конституції України передбачає норму, згідно якої «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю» [16], при цьому на перше місце ставить життя, і лише згодом – недоторканість. Логічно, що і статевая свобода і недоторканість мала на увазі законодавцем.

За конструкцією склад вбивства – матеріальний, злочин є закінченим з моменту настання смерті особи. Без наслідків злочин кваліфікується як незакінчений.

Суб'єктивну сторону вбивства законодавець представив виною у формі умислу і у формі необережності.

Суб'єктом є фізична, осудна або обмежено осудна особа, що досягла 14 (ст.ст. 112, 115-117, 348, 379, 400, 443 КК України [16]), в інших випадках – 16 років.

Разом з тим, серед ознак складу вбивства є ті, які «вибиваються» із загального вчення про склад злочину. Наприклад, щодо ознак об'єкта – у ст. 117 КК України потерпілий, час є обов'язковою ознакою складу цього злочину і суб'єкт є спеціальним; у ч. 2 ст. 115 КК України – потерпілий (п.п. 2, 3, 8), спосіб (п.п. 4, 5), мотив (п.п. 6, 7, 14), мета (п.9) і т.д.

Вбивство має основний склад, кваліфікований і привілейований. Може бути у об'єднанні із іншими діяннями, виступати похідними наслідками вчинення певного злочину.

Щодо встановленого покарання за злочин – то коротко можна зазначити, що санкції статей свідчать про надзвичайну важливість об'єкту кримінально-правової охорони і їх аналіз свідчить, що такі діяння (за виключенням привілейованих складів) віднесені до особливо тяжких злочинів. Вважається гуманним кроком залишення життя злочинцеві або, за певних умов, його свобода через деякий час, порівняно з долею вбитої особи. Але у кримінально-виконавчому праві вказується, що результативними є строки позбавлення волі до п'яти років. Тому тема є актуальною та потребує подальших розробок і правильного застосування кримінально-правових норм.

### Література:

1. Гаухман, Л. Д. Насилие как средство совершения преступления [Текст] / Л. Д. Гаухман. - М. : Юрид. . Лит, 1974. - 166 с.
2. Коржанский Н.И. Объект и предмет уголовно-правовой охраны. - М., 1980. - С.227).
3. Панов, Н. И. Квалификация насильственных преступлений [Текст]: учеб. пособие / Н. И. Панов. - Харьков: Юрид. ин-т, 1986. - 54 с.
4. Кригер, Г. Л. Ответственность за корыстно-насильственные преступления [Текст] / Г. Л. Кригер // Насильственная преступность / под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. - М. : Спарк, 1997. - С. 82-104.
5. Шарапов, Р. Д. Физическое насилие в уголовном праве [Текст] / Р. Д. Шарапов. - СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. - 298 с
6. Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08 / Київський нац. унів. ім. Т.Шевченка. – К., 2006. – С.82.
7. Хавронюк М. Діяння проти життя та здоров'я ненародженої людини мають бути криміналізовані // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 10 (52). – С. 124-128

8. Хавронюк М. Діяння проти життя та здоров'я ненародженої людини мають бути криміналізовані // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 10 (52). – С. 124-128.
9. Березовська Н.Л. Захист життя // Правова система України в умовах державних реформаційних процесів сьогодення // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 26-27 жовтня 2012 р. – Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2012. – С. 191-192.
10. Березовська Н.Л. Убивство ненароджених дітей // Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку державності і права: матер. Міжнародної наук. конференції (Одеса, 30 листопада 2012 р.) Т.2 /відп. за випуск д.ю.н., проф. В.М. Дрьомін ; Націон.ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса: Фенікс, 2012. – С. 180-181.
11. Березовська Н.Л. Право на життя // Правове життя сучасної України: матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (16-17 травня 2013 р.) Т.2. /Відп. за вип. д.ю.н., проф. В.М.Дрьомін; Націон. ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса: Фенікс, 2013. – С. 326-329.
12. Березовська Н.Л. Охорона життя засобами кримінального права // Правові реформи в Україні: реалії сьогодення: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Харків, 08-09 червня 2013 року. м. Харків: ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2013. – С. 92-94.
13. Березовська Н.Л. Охорона життя ненароджених дітей // Формирование современного облика наук: международная конференция, г. Донецк, 15 июня 2013. – Донецк: Научно-инновационный центр «Знание». – С.50-54.
14. Березовська Н.Л. Убивство з милосердя? // Актуальні проблеми держави та права. Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. Вип. 70 / редкол.: С.В. Ківалов (голов.ред.) та ін.; відп. за вип. В.М.Дрьомін. – Одеса: Юридична література, 2013. – С. 250-256.
15. Конституція України // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

16. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 за № 2341-III // Відомості Верховної Ради. – 2001. – № 25-26. – Ст.131.

***Вечерова Є.М.***

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук,  
доцент*

**БАГАТОМІРНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА: ЗАГАЛЬНІ  
ЗАСТЕРЕЖЕННЯ У КОНТЕКСТІ АНАЛІЗУ ПРАВОЗАСТОСОВЧОЇ  
ДІЯЛЬНОСТІ ВИЩИХ СУДОВИХ НАЦІОНАЛЬНИХ ТА  
НАДНАЦІОНАЛЬНИХ ІНСТАНЦІЙ**

Традиційно термін «кримінальне право» вживається у трьох контекстах: як галузь права, галузь законодавства (кримінальний закон) та напрям знань (відповідна наука і навчальна дисципліна) [1, с. 11].

Найбільш дискусійним аспектом у цій сфері залишається питання про розрізнення кримінального права як галузі права та кримінального права як галузі законодавства (кримінального закону).

Загалом же проблематика співвідношення права і закону має важливе значення не лише в теорії держави та права, а й на галузевому рівні. Адже від формату її вирішення багато в чому залежить якість та сфера наукових пошукань в кримінально-правовій площині, а отже і контекстність кримінального права як напрямку знань (його третій вимір).

Якщо ж охарактеризувати ситуацію з точки зору наявних проблем сьогодення, то має рацію В.А. Навроцький в тому, що панівна більшість опублікованих з кримінального права наукових праць написана з позитивіських позицій, вони полягають, переважно, у коментуванні чинного законодавства та незчисленних пропозиціях щодо змін, доповнень, уточнень

тих чи інших статей КК України. Водночас майже не аналізуються концептуальні кримінально-правові положення, продовжується багато схоластичних спорів при вирішенні часткових аспектів, які стосуються злочинності і караності, дослідники повсякчас натрапляють на невирішені загальні питання [2, с. 20].

Ми також вже писали про те, що «...на фоні постійного збільшення кількості наукових публікацій із кримінального права спостерігається відсутність сучасної парадигми кримінально-правової науки, втрата її філософського підґрунтя, поверхневість і безсистемність наукових пошукань, панування в них юридичного позитивізму, методологічна невизначеність» [3, с. 88].

Тривалий час вітчизняна кримінально-правова доктрина стояла на позиціях юридичного позитивізму у сфері праворозуміння. Більшість спеціалістів розглядали кримінальне право як систему кримінально-правових норм.

Як це не парадоксально, але підходи до визначення кримінального права за останні десятиліття практично не змінилися в силу того, що основний масив існуючих дефініцій кримінального права обмежений параметрами кримінального законодавства.

Однак, якщо виходити із того, що право і закон хоча б чимось різняться, то логічно випливає висновок, що такі визначення кримінального права не в повній мірі розкривають його зміст.

Право значно ширше за колом охоплених явищ за багатше за змістом, ніж закон, як формальне джерело права, що, крім усього іншого, вбачається і з аналізу правозастосовчої діяльності вищих судових національних та наднаціональних інстанцій.

Зокрема, із абз. 1 пп.4.1.п.4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 КК України (справа про призначення

судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. №15-рп/2004 вбачається, що «...право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства...Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим» [4].

Своєрідним трендом в діяльності Європейського суду з прав людини як однієї з основних міжнародних правозахисних інституцій загальноєвропейської системи захисту прав людини є чітка позиція з розрізнення аспектів права у якості загальнолюдської цінності та оцінка певних ситуацій з точки зору національного законодавства (мова йде про якість національних законів) [5, с. 203-212].

Це наочно видно на прикладі аналізу окремих категорій справ, розглянутих Європейським судом з прав людини.

Так, у справі «Хуттен-Чапска проти Польщі» Суд зазначив, що констатоване порушення є результатом структурної проблеми, пов'язаної з дисфункцією внутрішнього законодавства, для усунення якого держава-відповідач повинна передбачити у своєму внутрішньому правовому порядку законодавчі та/або інші заходи, які мають на меті створення механізму, що забезпечує справедливу рівновагу між інтересами власників, надавши їм можливість отримувати дохід від своєї власності, та загальним колективним інтересом, відповідно до норм про захист прав власності, що закріплені в Конвенції [6, с. 41-45].

У Рішенні в справі «Церква Бессарабської митрополії та інші проти Молдови» від 13 грудня 2001 р. Суд наголосив, що поняття «встановлене законом» та «відповідно до закону» у ст ст. 8-11 Конвенції вимагають не тільки того, щоб оскаржувані заходи мали певну підставу у внутрішньому праві, але і якість такого права, яке має бути належним чином доступним та передбачуваним за своєю дією та сформульованим з належною чіткістю, що

дає можливість особам, у разі потреби, з належною правовою допомогою регулювати свою поведінку [7, с. 396]. Іншими словами, обмеження певного права, навіть у разі, коли воно відбувається відповідно до національного законодавства, може бути визнано неправовим, якщо визначені у законі підстави обмеження викладено таким чином, що це позбавляє особу можливості прогнозувати свою поведінку та передбачати її наслідки [7, с. 396].

Зі змісту справи «Круслен проти Франції (Рішення Європейського суду з прав людини від 24 квітня 1990 р.) вбачається, що словосполучення «згідно із законом» ...передбачає певну якість такого закону, вимагаючи, щоб він був доступний для особи і вона могла передбачити наслідки його застосування до неї та щоб закон не суперечив принципів верховенства права [8].

Щодо рішень Європейського суду з прав людини стосовно України, то необхідно визнати, що Суд неодноразово звертав увагу на невідповідність чинного національного законодавства духові права як загальнолюдської цінності.

Наприклад, у Рішенні в справі «Єлоєв проти України» від 6 листопада 2008 р. Суд визначив важливість «критерію передбачуваності» національного законодавства. Суд також нагадує, що «...практика, яка виникла у зв'язку із законодавчою прогалиною і яка зумовлює тримання особи під вартою протягом необмеженого і непередбачуваного строку за обставин, коли таке тримання не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні будь-яким судовим рішенням, сама по собі суперечить принципу юридичної визначеності» [9].

У Рішенні від 18 грудня 2008 р. в справі «Новік проти України» Європейський суд звернув увагу на вимогу «якості закону». Це означає, що коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, то такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля [10].

Все вищенаведене ще раз підтверджує, що кримінальне право не зводиться до кримінального закону, а має два рівні виміру: нормативний (кримінальний закон або «буква» кримінального права») та ненормативний («дух» кримінального права»), який є більш глибинним та знаходить свій прояв у його функціях та принципах.

### Література:

1. Уголовное право России : Общая часть: Учебник / Под ред. Н.М.Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. - СПб. : Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2006. – 1064 с.
2. Навроцький В. Кримінальне право і кримінальне законодавство: співвідношення понять / В. Навроцький // Право України. – 2011. - №9. - С. 20-24.
3. Вечерова Є.М. «Науковий супровід» кримінальної законотворчості: сучасний стан і перспективи подальшого розвитку / Є.М. Вечерова // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». – 2015. – Випуск №15 .-Т. 2. – С. 86-89.
4. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 КК України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. №15-рп/2004 [Електронний ресурс]. - Режим доступу : [http://www.zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v491\\_323-10](http://www.zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v491_323-10).
5. Тимченко Г. Практика Європейського суду з прав людини в аспекті реалізації принципу верховенства права / Г. Тимченко // Право України. – 2014. -№5. - С.203-212.
6. Хуттен-Чапска против Польши: Постановление Европейского суда по правам человека от 22 февраля 2005 г. // Бюллетень Европейского суда по правам человека. – 2005. - №7. – С. 41-45.

7. Коруц У.З. Принцип правової визначеності як елемент права на справедливий судовий розгляд у контексті практики Європейського суду з прав людини / У.З. Коруц // Часопис Київського університету права. – 2012. - №3. – С. 395-399.

8. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Круслен проти Франції» від 26 квітня 1990 р. (заява №11801/85) [Електронний ресурс]. - Режим доступу : <http://www.nsj.gov.ua/files/1384158454>.

9. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Єлоєв проти України» від 6 листопада 2008 р. (заява №17283/02) [Електронний ресурс]. - Режим доступу : [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/974\\_433](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/974_433).

10. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Новік проти України» від 18 грудня 2008 р. (заява №48068/06) [Електронний ресурс]. - Режим доступу : [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/974\\_433](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/974_433).

***Коломиец Ю.Ю.***

*Национальный университет «Одесская юридическая академия»,  
доцент кафедры уголовного права, кандидат юридических наук, доцент*

## **КОНФЛИКТЫ В ПОНИМАНИИ УГОЛОВНОГО ПРАВА**

В юридической литературе все чаще можно встретить критические замечания либо в адрес законодателя, либо в адрес теоретиков и практиков. Бесконечные споры и конфликты подрывают авторитет права и правовые устои общества. Идеи способные возродить авторитет права и обеспечить порядок в обществе периодически появляются, но так и не находят своего реального воплощения. На наш взгляд, причиной правовых «конфликтов» между законодателем и теоретиками, теоретиками и практиками является слишком широкая трактовка слова «понимание» права и игнорирование вопроса о том, что различными субъектами право понимается по-разному. Одним из ключевых

факторов при этом являются личные мотивы и интересы, в результате чего правопонимание законодателя и практиков часто отличается от правопонимания, предложенного учеными-правоведами. Решить существующую проблему можно за счет более точной интерпретации словосочетания «понимание права».

В одном из учебников по общетеоретической юриспруденции, направленном на повышение уровня общетеоретической подготовки специалистов юридического профиля, было замечено, что термин «понимание», даже в обыденном значении, используется как синоним познания, осмысления, постижения, разумения и даже истолкования и объяснения. Авторы упомянутого учебника исходят из того, что «правопонимание – это центральная категория юриспруденции, отражающая процесс и результат постижения права, которая в том числе выступает как мыслительная деятельность человека по познанию права, оценке и отношения к нему как к целостному социальному явлению» [1, с. 59].

На наш взгляд, познание, осмысление и толкование являются способами понимания права. В то время как правопонимание представляет собой – сложившиеся взгляды на сущность права, формы его выражения, связь с государством, причины происхождения и др.

Способов познания права, как и постижения природного, социального и духовного бытия существует бесконечное множество. Но только одно представление о праве становится общепризнанным. Формируется оно поэтапно.

Представление о сущности (содержании) права создается учеными-правоведами, форма права формируется законодателем. В идеале согласованность формы и содержания права должна отражаться в работе правоприменителей. Но происходит это довольно редко. Правоприменитель по своему понимает сущность права, более или менее считается с формой, предложенной законодателем и чаще всего создает свой механизм реализации права. В результате в обществе создается искаженное представление о праве,

которое из-за большого количества субъектов, его разделяющих, становится общепризнанным. Между субъектами правопонимания возникает конфликт, который безрезультативно вынуждает ходить по кругу.

Одним из способов решения существующего конфликта является уяснение учеными своей роли в процессе формирования представлений о праве. При этом очень важно не преувеличивать роль науки и авторитет ученых в реальной жизни. Необходимо уйти от идеализированного образа науки и признать то, что она является лишь частью общественного мировоззрения.

А. П. Овчинникова справедливо критикует юристов за то, что «если юрист говорит, что замысел закона состоял в том-то и в том-то, что именно поэтому его действие и результат работы структурированы так-то, то он предполагает, что те, кому он адресуется, находятся в том же структурном поле» [2, с. 7]. «И не все ли равно, – с иронией задает вопрос А. П. Овчинникова, – что мы скажем при этом: таков мир, в котором мы живем, либо, при другом взгляде на вещи, таков мир, который мы себе создали?» [2, с. 7].

В действительности должно быть не все равно. Если мир, который мы создали, противоречит миру, в котором мы живем, стабильности не будет не в одной из сфер нашего существования.

Предположим, ученым удалось создать идеальную модель права. Для ее воплощения потребуется четкая позиция законодателя, а также определенные усилия и затраты. От государственной идеологии Украина отказалась, поэтому законодатель не обязан руководствоваться общей идеей в процессе правотворчества, а, значит, не обязан придерживаться четкой позиции. Это ясно видно из деятельности политических партий, представители которых составляют законодательный орган Украины.

Дискуссия между политическими деятелями, основанная на принципах научной методологии, уступила место дешевым психологическим приемам, рассчитанным на обыденное сознание. Нынешние политические партии и организации не признают своей политической ответственности и не осознают

свою гражданскую вину за разрушение экономики и страны, они заняты проблемами борьбы с коррупцией, а точнее поиском виновных.

Там где идет речь о виновных, как правило, возникает необходимость в мерах уголовно-правового воздействия. Под влиянием антикоррупционной политики государства в уголовное законодательство Украины вносится множество изменений и дополнений. В результате оказывается, что наш законодатель обеспокоен больше коррупционными правонарушениями нежели, к примеру, преступлениями против жизни и здоровья личности. Конституционная идея о том, что человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью, превращается в фикцию.

В свое время К. Маркс писал: что «всякая борьба внутри государства – борьба между демократией, аристократией и монархией, борьба за избирательное право и т. д. – представляет собой не что иное, как иллюзорные формы, в которых ведется действительная борьба различных классов друг с другом» [3, с. 32]. Данное высказывание наталкивает на мысль о том, что, возможно, борьба с коррупционными правонарушениями является всего лишь политическим противостоянием различных социальных групп.

В то время как население страны лишается своего имущества и нищает, государственные органы заняты своими внутренними проблемами. Право воспринимается, как инструмент установления власти. И хотя государственная идеология в Украине отсутствует, большая часть населения попала под влияние технократической идеологии, основной идеей которой является получение максимальной прибыли при минимуме затрат. При таком подходе, даже в том случае, если ученым удастся изобрести идеальную модель права, ее некому будет воплощать.

Когда-то политической элите Западной Европы и США удалось избежать ошибок Царской России путем достижения компромисса между властью и народом. Как оказалось, лишь небольшая часть населения стремится быть крупными бизнесменами, остальная часть желает стабильно получать

заработную плату, соответствующую их потребностям, и не думать сутками о том, как на свой страх и риск удержать конкурентоспособностью бизнеса.

События, которые происходят в Украине, свидетельствуют о том, что уроки истории были забыты. Между тем К. Маркс писал: «Чтобы стать «невыносимой» силой, т. е. силой, против которой совершают революцию, необходимо, чтобы это отчуждение превратило большинство человечества в совершенно «лишенных собственности» людей, противостоящих в то же время существующему миру богатства и образования...» [3, с. 33].

Поспешно принятые, плохо продуманные законы, рассчитанные на сиюминутное удовлетворение желаний толпы, подрывают авторитет власти, не вписываясь в единую модель права. В результате нет ни стабильности, ни порядка.

Еще меньше чем законодатель, в правопонимание, предложенное учеными, вникает правоприменитель. Высшие идеи не являются сферой его деятельности. А поспешно принятые законы, действующие непродолжительное время, наталкивают правоприменителя на мысль, что законодатель не рассчитывает на реальное действие законов, ибо для отработки надлежащего механизма реализации новой нормы права, требуется длительный процесс.

В то время как законодатель и правоприменитель создают видимость наличия права, обыватель, наблюдая их беспомощность, начинает верить в свои собственные силы. Обладая низким уровнем правовой культуры, он внедряется в процесс формирования права, но оказывается часто обманутым, поэтому остается неудовлетворенным.

Вывести человека из опасного состояния можно путем реализации его жизненно важных интересов. Справедливой представляется точка зрения А. А. Тер-Акопова, согласно которой полноценную жизнедеятельность человека составляют семь элементов: «*витальный* — представляющий физиологическую жизнь человека; *физический* — указывающий на систематическое здоровье и свободу физического передвижения; *психический* — отвечающий за нормальное психическое здоровье; *интеллектуальный* — позволяющий

осуществлять познавательную деятельность; *генетический* — передающий здоровую наследственность; *репродуктивный* — как способность к производству потомства; *духовный* — совокупность свойств и качеств человека, определяющих стратегию его существования как социального организма» [4, с. 8].

Из вышесказанного следует, что ученые должны овладеть искусством создания теоретической модели уголовного права с учётом особенностей мировоззрения и правосознания законодателя, правоприменителя и отдельно взятого человека, так чтобы интересы большей части населения были удовлетворены.

Сформулированный вывод не является новым для юридической науки. Данная проблема являлась предметом широкого обсуждения советских ученых. Но так как их суждения были основаны на марксистско-ленинской идеологии, разработанные ими теории, были забыты. Между тем, еще в 1975 году М. Ф. Орзих писал: «Пределы воздействия права на личность определяются объективно-социальной необходимостью (закономерностями функционирования и развития общества и человека) и субъективно-социальными возможностями умственной деятельности человека. Во-первых, возможностями согласованности правотворческой и правореализующей деятельности с требованиями социальной необходимости; во-вторых, личными возможностями восприятия, присвоения, субъективизации правовых ценностей» [5, С. 3-9].

Таким образом, наработки советской юридической науки могут оказаться полезными при решении конфликтов в понимании уголовного права.

### Литература:

1. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник [Текст] / под ред. Ю. Н. Оборотова. – О.: Феникс, 2011. – 436 с.
2. Овчинникова А. П. Системный подход и методология юриспруденции [Текст] / А. П. Овчинникова // Правове життя сучасної України: Тези доповідей

Всеукраїнської наукової конференції «Правове життя сучасної України» / Відп. ред. д-р юрид. наук, проф. Ю.М. Оборотов // Одеська національна юридична академія. – О.: Фенікс, 2008. – С. 7-8.

3. Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения [Текст] / К. Маркс, Ф. Энгельс. – М.: Гос-е издательство политической литературы, 1955. – 629 с.

4. Тер-Акопов А. А. Нравственность и право [Текст] / А. А. Тер-Акопов // Сборник избранных научных статей профессора А.А. Тер-Акопова (1940–2003): Российский военно-правовой сборник. – М.: Изд-во Общественное движение «За права военнослужащих», 6 (3) декабрь 2005 г. – 59 с.

5. Орзіх М. П. Право й особистість (до визначення граничності правового впливу на особистість соціалістичного суспільства) [Текст] / М. П. Орзіх // Проблеми правознавства. – 1975. – Вип. 31. – С. 3-9.

***Оцяця А.С.***

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук*

## **ІНФЛЯЦІЯ ДУХОВНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ**

Наше суспільство - це суспільство споживання, споживання матеріальних благ, задоволень, розваг. А всяка розвага вимагає коштів. Культ грошей настільки увійшов у повсякденний побут, що курс валют є обов'язковою новиною, яку передають щогодини по радіо поряд з прогнозом погоди, як ніби це важливо і необхідно знати кожному. У свідомості людей міцно вбивається, що все можна придбати лише за гроші. В суспільстві все більш розповсюдженими стають книги, з відповідною тематикою, наприклад, «Як виховати майбутнього мільйонера». Багатіїв пропонується виховувати з

пелюшок, націлювати їх на успіх. Як виховати чесного, доброго, порядну людину, багатьох вже не турбує.

Виховання як процес є довготривалий і розпочинається він ще з дитинства. Саме дитині батьки закладають перші правила поведінки, які стають основою їхнього подальшого життя.

Вихованню приділялася велика увага як за часів Російської Імперії так і в часи існування Радянського Союзу, про це свідчить прийнята, затверджена на XXII з'їзді КПРС та закріпленому Програма КПРС. Відповідно до якої основною задачею було виховання підростаючого покоління [1], а саме такі положення – любов до своєї країни, гуманні відносини і взаємна повагу між людьми: людина людині друг, товариш і брат; чесність і правдивість, моральна чистота, простота і скромність в суспільного й особистого життя; взаємна повага в родині, турбота про виховання дітей та інше.

В наш час даній проблемі не приділяється відповідна увага, а, навпаки, всякий раз пропагується панування матеріальних цінностей. Однак, окрім матеріальних потреб кожна людина має і духовні, які теж мають право на існування та повинні охоронятися належною мірою.

З приводу цього, цікавими і точними є роздуми Ю. Нікітіна та А. Григор'єва. Сучасна економічна модель, - на думку вчених, - створює тип характеру, орієнтований на ринкові відносини. Особистість починає усвідомлювати себе як "попит", який може бути "бажаний". Щоб продати себе дорожче, необхідно вивчити попит і для досягнення успіху продавати і перепродувати себе виходячи з мінливості такого попиту. Такий постійний "перехідний стан", невідчужуваною людині, породжує невпевненість у завтрашньому дні. Будь-яка невдача викликає зниження рівня самооцінки свого "Я", самоповаги, а як результат - відчуття безпорадності, неповноцінності, неадекватності "середовищі існування". Залежність від попиту породжує залежність від думки інших людей (конформізм), від ролей, які їм приписують і нав'язують, рольових очікувань. Втрачається людська індивідуальність як властивість людської неповторності. Людських відносин

стає характерний прагматизм, який породжує байдужість до почуттів, і межує з поверхневим ставленням до особистості. Стійкі риси характеру не формуються, так як можуть вступити в конфлікт з мінливими вимог, які пропонує ринок, і породити особистий конфлікт, який порушить і без того слабку рівновагу [2].

Виникненням нових потреб людини, у своєму споживанні, веде до її самої зміни шляхом економічного впливу на неї. Цей процес, безперечно, впливає і має свої відчутні особливості в кримінальному законодавстві, адже діючий Кримінальний кодекс України намагається охороняти людину та всі суспільні відносини, які потрібні їй для існування в нашій країні.

Нагадаємо, що відкриття матеріалістичного розуміння історії, що дозволив поглянути на суспільство зовсім іншими очима, передувало створення Марксом і Енгельсом стрункої типології суспільних відносин, зведення їх у систему. Справа в тому, що об'єктивною реальністю є не тільки матеріальні відносини, але і духовні. Об'єктивність аж ніяк не тотожна речовинності (до речі, ні грама речовинності немає і в більшості матеріальних відносин), об'єктивність означає тільки одне: цей феномен існує поза мене, відбиваючись моєю свідомістю. А хіба не є такою об'єктивною реальністю духовні відносини, які відповідають рівню, змістом і станом суспільної свідомості своєї епохи? Тому все багатство суспільних відносин може бути поділено на два великих класи - клас матеріальних відносин і клас духовних. Матеріальні відносини виникають і складаються безпосередньо в ході практичної діяльності людини, безпосередньо відображають її. Духовні ж відносини формуються, попередньо «проходячи через свідомість людей» (індивідуальне і групове) [3, с. 47-54].

Дивлячись на сучасний стан речей по неволі розумієш, що С. І. Сухонос має рацію в тому, що в XXI столітті суспільством вже управляє не сила і право, а невидима «чужа» ідеологія, а саме «свободи і рівності». Дана ідеологія увійшла настільки щільно в тканину життя західної цивілізації, що розтеклася тисячами непомітних струмочків по всій їхній культурі, скріпила каркасом

всю їх державну структуру, увійшла у всі основні конституції та декларації. Бетон вже схопився, і західні ліберали тепер могли висміювати будь-яку ідеологію, не побоюючись руйнування всього будинку [4]. Україна ж виявилася під чужим ідеологічно невидимим ковпаком і пішла як сліпа по чужій колії. І замість того, щоб еволюціонувати, взяти саме краще з існуючої системи і перейти на новий рівень, ми стали упиватися свободою [5, с. 150].

Порівнюючи радянські часи з сучасними реаліями, можна зазначити, що в нашій країні панує дефіцит духовності і відсутність ідеологічних поглядів на законодавчому рівні, яка б об'єднувала усіх людей. З першого погляду, відродити у людей загублене нереально. Але об'єднання українського суспільства все ж таки можливе. Наглядним, буденним, на перший погляд, прикладом виступає Євро-2012 по футболу. Люди мали спільні переживання, надії, які розвивали дух патріотизму, гордості у кожного за свою команду. Не раз, про відповідну згуртованість українського народу, можна було почути і через ЗМІ.

Навіть учені мусять констатувати невтішні факти. Так, В.О. Навроцький в 2009 році в своєму докладі на черговому представницькому науковому форуму криміналістів, який проходив у Львівському державному університеті внутрішніх справ, звернув увагу на те, що сталася інфляція кримінального права в повсякденній свідомості. Попередження про можливість застосування статей кримінального кодексу є слабким стримуючим заходом для потенційного правопорушника, повідомлення про порушення кримінальної справи вже не викликає хвилювання у пересічного громадянина [6, с. 6]. Тобто, не має внутрішньої боязні, відсутня внутрішня заборона у людей.

Виходячи з історії слов'янського народу (християнського) можна спостерігати, що він, протягом усього часу, не існував без духовності. І в різні періоди духовність виражалася по-різному: язичництво, релігія, ідеологія. Сьогодення ж характеризується у всьому «свободою». Але проблема в тому, що українському народові, так історично склалося, задавали напрямок духовного розвитку монархи та інші вожді, тепер же цієї закономірної

тенденції не має, і, як результат, - «хаос» в суспільній свідомості, який, в свою чергу, приводить до росту злочинності. Дане твердження підтверджується дослідженням В.Н. Дрьоміна, який зазначає, що злочинність розвивається і зміцнюється там і тоді, де присутній хаос у суспільному житті при відсутності політичної волі з ним боротися [7, с. 603].

Як справедливо зазначає В.О. Туляков, сучасне дослідження механізму формування нової кримінально-правової доктрини в руслі глобалізаційних процесів свідчать про те, що проблема декодифікації і рекодифікації чинного кримінального законодавства є досить актуальною для Європейського кримінального права [8, с. 211-213]. Процес рекодифікації в українській кримінально-правовій науці вже розпочався, це стосується кримінально-правових проступків. Але, виходячи з наших досліджень, впровадження кримінальних проступків буде супроводжуватися знову ж таки зі змінами тільки до ККУ. Змінюючи і доповнюючи кримінальний кодекс ми змінюємо, можна ще по-іншому виразитися, покращуємо нормативно-правовий акт, зовнішній прояв охоронної функції кримінального права і цим ми не можемо змінити, виправити осіб, які стали на злочинний шлях та будуть вчиняти злочини в подальшому. Для досягнення даного результату потрібна їх власна внутрішня заборона.

В підсумку, потрібно зазначити, що саме для досягнення усіх поставлених цілей кримінального законодавства потрібно єднання зовнішньої та внутрішньої суті охоронної функції кримінального права, останньою потрібно якраз-таки вважати **духовність** (яка б відповідала за внутрішню заборону особи) і для її підняття в суспільстві потрібно криміналізувати відповідні норми, які були присутні в КК УРСР 1960 року, посилити відповідальність за їх невиконання. Даний процес не слід вважати як повернення в далекий-близький нами СРСР, але для досягнення намічених результатів потрібно поєднувати гуманізм матеріальних відносин та тоталітаризм духовних.

### Література:

1. [http://leftinmsu.narod.ru/polit\\_files/books/III\\_program\\_KPSS\\_files/116.htm](http://leftinmsu.narod.ru/polit_files/books/III_program_KPSS_files/116.htm)
2. Нікітін Ю., Григор'єва О. Інструментальна кримінальна агресія та її попередження щодо злочинів проти основ національної безпеки держави [Текст] / Ю. Нікітін, О. Григор'єва // Науковий вісник. – 2004. - № 5 (27).  
[http://www.asta.edu.ua/vidan/1/\(27\)/Pravo/](http://www.asta.edu.ua/vidan/1/(27)/Pravo/)
3. Плетников Ю. К. О природе социальной формы движения [Текст] / Ю. К. Плетников // М. – 1971. – С. 47-54.
4. <http://www.trinitas.ru/rus/doc/0001/005a/00011111.htm>
5. Коломиец Ю. Ю. Наказание в круговороте форм правления  
*Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. Вип.. 54 /*  
Редкол.: С.В. Ківалов (голов.ред.) та ін.; Відп. за вип.. В.О. Туляков. Одеса:  
Юридична література, 2010. – С. 150
6. Навроцький В. Чи перебуває українське кримінальне право в стані кризи? *Юридичний вісник України*. 12 – 18 вересня 2009. №37(741).– С.6
7. Дремін В.Н. Криминогенность транзитивных обществ (криминологические последствия распада СССР) *Правове життя сучасної України: Тези доповідей Міжнародної конференції професорсько-викладацького і аспірантського складу / Відп. ред. д-р юрид. наук проф. Ю.М.Оборотов // Одеська юридична академія. О.: Фенікс, 2009. С. 603*
8. Туляков В.А. Генезис уголовного права и диалектика рекодификации *Правове життя сучасної України : матер. Між нар. наук. конф. проф.-викл. Складу (Одеса, 20-21 квітня 2012 р.). Т. 2 / відп. за випуск д.ю.н. В. М. Дрьомін / Націон. Ун-т «Одеська юридична академія». Одеса : Фенікс, 2012. С.211-213*

**Бухтіярова К.С.**

*Національний університет «Одеська юридична академія»,*

*асистент кафедри кримінального права*

## **ПРАВОСЛАВНИЙ ПОГЛЯД НА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ ОХОРОНУ ПРАВА НА ЖИТТЯ**

Сучасна світська правосвідомість звела в ранг домінуючих принципів уявлення про невід'ємні права особи. Ця ідея виникла на заході, та отримала закріплення в Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. В її основі християнське антропологічне вчення про людину як онтологічно вільну істоту. Ідея невід'ємних прав людини є основою не лише національного законодавства більшості країн світу, але й міжнародного права.

Першим невід'ємним правом людини є право на життя. Воно належить людині вже завдяки тому, що вона людина. Право на життя виникає з моменту появи самого життя і втрачається зі смертю людини; виникнення права людини на життя не залежить ані від волевиявлення власника цього права, ані від держави, яка тільки може констатувати наявність такого права та забезпечити його охорону та захист. Право людини на життя невідчужуване в силу його особливої природи й непоновне, оскільки життя людини не підлягає відновленню [1, с. 12].

До змісту права людини на життя в контексті кримінального права слід віднести: 1) юридичне визначення початкового і кінцевого моментів життя людини; 2) право вимагати від інших суб'єктів здійснення певних дій, спрямованих на забезпечення або захист права на життя; 3) право людини на самозахист свого життя, тобто допустимість спричинення шкоди (у тому числі й позбавлення життя) в умовах необхідної оборони, крайньої необхідності або затримання злочинця; 4) право людини вільно розпоряджатися своїм життям. До умов реалізації людиною наданого права належать: 1) реальна можливість вимагати від держави гарантій захисту життя людини (це проявляється у встановленні кримінальної відповідальності за замах на життя людини або позбавлення її життя); 2) правильна кваліфікація діяння та притягнення до

кримінальної відповідальності згідно з чинним законодавством особи, яка вчинила злочин і призначення їй справедливого покарання; 3) детальна регламентація в кримінальному законі права людини на самозахист (необхідну оборону, крайню необхідність та ін.) [1, с. 14].

Православ'я визначає життя як дар Божий, що не обмежується земними рамками, як його розуміє законодавець. Оскільки людина – істота тричастинна (дух, душа, тіло), юридичне, секулярне визначення життя підходить для характеристики життя тілесного, душа ж людини вічна. Таке розділення життя на земне та вічне ніяким чином не зменшує важливості земного життя людини. Визнаючи право людини на життя як вищу соціальну цінність православне віровчення також вчить жертвувати своїм життям *«за друзів своїх»* (Ів. 15:13). Між тим воно не приймає і засуджує будь-які форми насильницького відібрання життя: тероризм, озброєну агресію, кримінальне насильство та ін. [2].

З позиції православ'я, право на життя повинно означати захист людського життя з моменту зачаття. Законодавчо ж момент початку життя не визначений. Це питання викликає суперечки серед представників кримінально-правової науки. Так, поширенішою є точка зору тих вчених, які наполягають, що юридично життям людини є життя його мозку, тому початком життя людини є народження (формування) головного мозку, а саме: досягнення плодом повних 22 тижнів внутрішньоутробного розвитку. Отже, з цієї миті виникає право на життя і повинна починатися кримінально-правова охорона цього права [1, с. 8-9]. На відміну від моменту початку життя, момент закінчення життя законодавчо закріплений. Так, згідно ст. 15 ЗУ «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» кінцевою межею людського життя є біологічна смерть людини (смерть головного мозку) [3].

Авраамічні релігії, в першу чергу християнство, не погоджуються з таким визначенням початку та кінця життя: початком земного життя людини є момент зачаття, а кінець земного життя доводиться на момент розлучення душі з тілом. Успадковуючи логіку сучасних міжнародних та національних

юридичних актів, які закріплюють і охороняють життя і права дитини, дорослої та літньої людини, Православна церква закликає розповсюдити кримінально-правову охорону та захист людського життя на його відрізок від моменту зачаття до настання смерті людини. [2].

Безпосередньою формою охорони права людини на життя згідно ст. 27, ч. 5 ст. 55 Конституції України та ст. 2 Європейської конвенції є самозахист. У науці залежно від характеру діяння, розрізняють два види самозахисту: активний (особа активно протидіє суспільно небезпечному діянню, захищаючи своє життя та здоров'я або життя та здоров'я інших осіб) і пасивний (особа не вчиняє дій, які від неї потребує закон та інші нормативно правові акти, і які погрожують її життю та здоров'ю). Кримінальному закону відомі декілька форм самозахисту людини: необхідна оборона, крайня необхідність та затримання особи, що вчинила злочин. Кожна з цих форм моральнісно виправдана та допускається православним віровченням.

В той же час, є випадки позбавлення життя, які православне християнство категорично засуджує. До таких випадків належать: вбивство та самогубство.

Вчиняючи самогубство, людина порушує основну старозавітну заповідь, а, отже, усі заповіді Божі. Цікаво, що епоха перших християн практично не знає самогубства. На відміну від давнини, сучасна дійсність, уражена кризою віри, показує абсолютно іншу картину. Рівень суїциду за останні роки зашкалює. У 2011 році експертами Всесвітньої організації охорони здоров'я ООН була опублікована доповідь, в якій повідомлялося, що «за рік на планеті фіксується близько 1 мільйона самогубств, тобто кожні 40 секунд у світі хтось зводить рахунки з життям» [4]. Сьогодні в Україні вчиняється 22 самогубства на кожні 100 тисяч чоловік. Статистика переконує в тому, що суїцид поширений переважно в економічно розвинутих країнах, серед молоді та забезпечених людей, які не страждають ані від фізичних, ані від психічних хвороб, алкоголізму чи злиднів [5]. Найбільш схильні до суїциду підлітки, молодь та жінки.

Разом з гріхом самогубства православ'я засуджує гріх вбивства. Згідно Біблії, після вигнання прародителів з Едему, вбивство стало першим гріхом людського роду. Так, з точки зору православ'я, вчиняючи вбивство, злочинець зазіхає на Боже творіння, тим самим штучно заміщаючи собою Бога. Але, понад усе, вбивство небезпечно тим, що жертві не надається можливості для покаяння перед Богом, примирення з оточенням, завершення своїх земних справ. Також вбивство згубно впливає на самого вбивцю, руйнуючи його духовну природу, призводить до смерті душі, тому ні в якому разі не може бути виправдане православним віровченням.

З позиції православного християнства, вбивство вчиняється при проведенні абортів та екстракорпоральному заплідненні, які офіційно дозволені в Україні. Поєднання вбивства і самогубства визначене в такій формі «відходу з життя» як евтаназія.

Православне віровчення розглядає аборт (навмисне переривання вагітності) як тяжкий гріх, прирівнюючи, згідно з канонічними правилами, аборт до вбивства. Така оцінка дається на підставі переконання в тому, що зародження людської істоти є виключно божественним актом створення, тому з моменту зачаття всяке посягання на життя майбутньої людської особистості є злочинним. Так, в результаті проведення абортів вбивцями ще ненародженої дитини стають троє: мати, що вирішила убити свою дитину, батько, що погодився на це вбивство і, власне, лікар, що безпосередньо провів аборт.

Нерідко за таку позицію Православну церкву звинувачують в мракобісї, що є абсолютно безпідставним. З позиції православного віровчення, поширення та виправдання абортів в суспільстві стає загрозою майбутньому людства та є явною ознакою моральної деградації соціуму. Однак, у випадках, коли існує реальна загроза життю матері при продовженні вагітності, за наявності у неї інших дітей проявляється поблажливість до такої жінки, що не є офіційним дозволом Православної церкви на аборт, і така жінка не відлучається від церкви, але підлягає єпитимії.

Також церква наполягає на неприпустимості використання ряду протизаплідних засобів, що мають фактично абортівну дію, штучно перериваючи на самих ранніх стадіях життя ембріона [6, с. 88].

Кримінально-правова охорона права людини на життя породжує проблему правильної констатації моменту смерті, а, рівно, проблему евтаназії. З точки зору православ'я, легалізація евтаназії неприпустима. Евтаназія є навмисним умертвінням безнадійно хворої людини – вбивством, або, якщо здійснюється за бажанням хворого, – самогубством. Також евтаназія неприпустима оскільки нерідко прохання хворого про прискорення смерті може бути обумовлене станом депресії, неправильної оцінки свого стану здоров'я. Так зване «право на смерть» може стати загрозою для життя пацієнтів, на лікування яких не вистачає коштів» [6, с. 97].

Сучасна медицина зробила крок далеко уперед. Якщо раніше критерієм смерті вважалася безповоротна зупинка дихання та кровообігу, то тепер, завдяки розвитку реанімаційних технологій, життєво важливі функції організму можуть тривалий час підтримуватися штучно. Таким чином, акт смерті перетворюється на процес вмирання, залежний від рішення лікаря. Це накладає на медичних працівників якісно нову високу моральнісну відповідальність. Тому православ'я, залишаючись вірним дотриманню заповіді «*не вбивай*», ні в якому разі не може визнати морально прийнятними намагання легалізації так званої евтаназії. З юридичної точки зору легалізація евтаназії також недопустима, оскільки вона може призвести до зловживань по відношенню до хворих і людей похилого віку та при евтаназії право розпорядитися своїм життям делегується іншій особі [1, с. 14].

Отже, наполягаючи на тому, що права потрібні людині, щоб, маючи їх, вона змогла реалізувати своє покликання, досягти обоження, виконати свій борг перед Богом, Вітчизною, сім'єю та суспільством, православне християнство закликає керуватися в житті непорушною євангельською максимою та слідувати моральнісному началу. І, хоча сучасна теорія природного походження права в результаті секуляризації піддалася змінам та

віддалилася від теологічного обґрунтування права, вона більше позитивістського підходу відповідає моральності, оскільки погодитися з тим, що право – це виключно людський продукт, створений на користь суспільства, а тому будь-які зміни в його системі, якщо вони прийняті суспільством, законні, православ'я не може. У такому разі закон втрачає абсолютну основу, для нього будь-які революційні зміни, а також осуд та заперечення моральнісної норми – законні.

### Література:

1. Павленко Т. А. Концепція кримінально-правової охорони права людини на життя в Україні : автореф. дис. ... канд. юр. наук : спец. 12.00.08 Львів, 2008. – 19 с.
2. Основи вчення Руської Православної Церкви про гідність, свободу і права людини URL: <http://www.patriarchia.ru/ua/db/text/1208006.html>.
3. Митрошенков О. А. Духовная жизнь общества. Понятие сущность и содержание духовной жизни общества URL: [http://society.polbu.ru/mitroshenkov\\_philosophy/ch76\\_all.html](http://society.polbu.ru/mitroshenkov_philosophy/ch76_all.html).
4. Печальная статистика суицидов среди украинской молодежи *Новости Украины* from-ua.com. – 2012. URL: <http://from-ua.com/news/224631-pechalnaya-statistika-suicidov-sredi-ukrainskoi-molodezhi.html>.
5. Утров Е. Украина стала рекордсменом Европы по количеству суицидов *Утро.ua*. 2014. URL: [http://www.utro.ua/ru/proisshestviya/ukraina\\_stala\\_rekordsmenom\\_evropy\\_po\\_kolichestvu\\_suicidov\\_4a07d9281ba27](http://www.utro.ua/ru/proisshestviya/ukraina_stala_rekordsmenom_evropy_po_kolichestvu_suicidov_4a07d9281ba27).
6. Основы социальной концепции Русской Православной Церкви *Церковь и время*: Научно-богословский и церковно-общественный журнал. – 2000. №4 (13). С. 7-122.

**Маковецька А.О.**

*Національний університет «Одеська юридична академія»,*

*аспірант кафедри кримінального права*

## **ДЕЯКІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ 1 СТАТТІ ПРОТОКОЛУ № 1 ДО КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД**

Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства[1]. Це положення стосується і Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі – Конвенція), яка відіграє суттєву роль у подоланні прогалин українського законодавства.

Термін «Конвенція» означає саму Конвенцію і протоколи до неї, як зазначено у Регламенті Європейського суду з прав людини. На нашу думку, особливої уваги заслуговує 1 стаття Протоколу № 1 до Конвенції. Саме вона закріплює гарантію майнових прав фізичних та юридичних осіб.

Справи про захист ЄСПЛ права власності при конфіскації та націоналізації майна багаточисельні. Їх кількість складає близько 25,5 % від усіх розглянутих ЄСПЛ справ. Частка задоволення скарг даної категорії суттєва - 75%. У силу їх специфіки такі справи у поодиноких випадках завершуються мировою угодою – в 1,7 % випадків[2].

Метою дослідження є аналіз положень нормативно-правових актів національного законодавства та Конвенції у ракурсі відчуження майна (експропріація, конфіскація), а саме природних ресурсів, зокрема земельних ділянок, задля гармонізації та подолання прогалин у кримінальному законодавстві України.

Найбільш ґрунтовно даною проблематикою займались такі провідні вчені, як: Д.С. Азаров, П.П. Андрушко, О.О. Дудоров, А.А. Максуров, В.О. Навроцький, П.Л. Фріс та інші.

Проаналізувавши статтю 1 Протоколу № 1 до Конвенції та рішення ЄСПЛ можемо дійти висновку, що вона закріплює 3 основні, нерозривно пов'язані норми. Перша норма є загальною, у ній проголошується принцип мирного володіння майном, друга норма визначає випадки позбавлення майна та його умови. Третя норма закріплює право держав контролювати використання майна у відповідності з загальними інтересами(державними та громадськими).

Ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції має на меті запобігання свавільного захоплення власності: незаконну експропріацію (реквізицією, конфіскацією) та інших порушень принципу безперешкодного користування майном.

Експропріація (від лат. *Expropriatio* позбавлення власності) – проводиться державою примусове, безоплатне або оплатне вилучення, відчуження майна. Експропріацію з виплатою називають реквізицією, а без виплати – конфіскацією[3].

Як нам відомо, при виникненні певних обставин у державних чи громадських інтересах експропріація є цілком законною та виправданою. Якщо ж експропріація проводиться службовою особою із зловживанням владою та службовим становищем і без урахування принципу пропорційності, дане діяння можемо віднести до кримінально-караних (ст. 364 КК України). Наприклад, незаконне вилучення земельної ділянки у власника, з порушенням його прав, маючи на меті задоволення особистого інтересу. Вилучена ділянка може відноситись до екологічних об'єктів (наприклад заповідник) і у зв'язку з незаконною експропріацією буде порушено не лише право власності, а й завдано шкоду екологічним об'єктам (тваринам, рослинам, занесеним у Червону книгу України і т.п.), якщо дана ділянка буде використовуватися не за призначенням.

Європейський суд з прав людини має безліч рішень, які стосуються порушення статті 1 Протоколу № 1 до Конвенції. Серед них особливе місце, на нашу думку, має рішення у справі «Папаміхалопус та інші проти Греції» від 24 червня 1993 року. Після встановлення у державі воєнної диктатури Греція передала до Фонду Воєнно-морських сил велику ділянку землі у Аттиці біля пляжу Агіа Маріна, але виявилось, що частина наданої землі належить 14 заявникам та їх нащадкам і відноситься до категорії сільськогосподарських земель. На відповідній території була незаконно збудована воєнно-морська база та курорт для відпочинку морських офіцерів. Більш того, формальна експропріація земельної ділянки у заявників не була проведена. Заявники не могли користуватися своєю власністю, продати її, подарувати, закласти чи подарити. За рішенням національного суду Греції заявникам повинні були виділити інші земельні ділянки, але цього, з невідомих причин, так і не сталося. За цими обставинами суд одноставно встановив, що мало і має місце порушення статті 1 Протоколу № 1[4].

Аналізуючи вищевикладене рішення, можемо дійти висновку, що ЄСПЛ, користуючись статтею 1 Протоколу № 1 до Конвенції захищає не лише право власності та безперешкодне користування, а й вирішує певні проблеми у екологічній сфері. У даній справі експропріації підлягала земельна ділянка сільськогосподарського призначення, яка була використана не за своїм призначення, а для забудови, що у свою чергу, унеможлиблює її використання за основним призначенням. На таких земельних ділянках існує різноманіття рослинного світу, а процес забудови знищує його, чим наносить шкоду навколишньому природному середовищу, адже рослинність поліпшує клімат, сприяє зростанню врожайності та зміцненню ґрунтового покриву.

Також, викликає інтерес рішення у справі «Спорронг і Лоннрот проти Швеції» від 23 вересня 1982 року. Спорронг та Атмер є власниками земельної ділянки в Нижньому Нормалме. Уряд видав муніципалітету дозвіл на відчуження, яке розповсюджувалося 164 земельних ділянок, у тому числі і земельних ділянок заявників. Передбачалося побудування трубопроводу та

стоянки для автомобілів. На відповідні ділянки розповсюджувалося положення щодо відчуження та заборона на будівництво. Відповідно до рішення ЄСПЛ заявники не оспорювали законність дозволів на відчуження та заборону будівництва, а зазначали, що відповідними діями порушено їх право на використання та розпорядження власністю. У даному випадку експропріацію не було проведено. Щодо порушення статті 1 Протоколу № 1 думки суддів розбіглися, але більшість вважає, що воно присутнє[5]. У зв'язку з діями, які протирічать міжнародним принципам, користування земельними ділянками було обмеженим. Порушувалися не лише майнові права заявників, а і інші, у тому числі, які стосуються користування природними ресурсами. Можемо дійти висновку, що природні ресурси і взагалі, навколишнє природне середовище, поряд з майновими правами захищаються статтею 1 Протоколу № 1 до Конвенції.

Важливою складовою експропріації виступає конфіскація. Розглядаючи з позиції кримінального права, вона визначається як покарання, яке полягає у примусовому вилученні у власність держави всього або частини майна, що є власністю засудженого[6; ст. 59].

Аналізуючи рішення ЄСПЛ конфіскація переслідує такі цілі: превенції та відшкодування, що поєднується із покаранням правопорушників. Значим є те, що конфіскація повинна бути збалансованою. Це означає, особа не може нести більш широкі негативні наслідки, ніж ті, яких вона могла зазнати на момент вчинення злочину.

У справі «Філіпс проти Сполученого Королівства» від 05 липня 2001 року Філіпс був засуджений до дев'яти років позбавлення волі за причетність до ввезення великої кількості конопляної смоли. На слуханні в Суді Корони, де розглядалася питання конфіскації, суддя застосував норму Закону, яка дає право вважати все майно, яке перебувало протягом 6 років у розпорядженні особи, яку визнано винною у злочині, пов'язаному з контрабандою наркотиків, прибутком від торгівлі наркотиками. Було визначено, що сума незаконних доходів порушника від вищевказаної діяльності становить 91 400 фунтів

стерлінгів. Саме на цю суму і був виданий наказ про конфіскацію майна. Філіпс стверджував, що передбачене припущення стосовно суми конфіскації порушує його право на презумпцію невинуватості. У результаті розгляду справи ЄСПЛ відмовив заявнику та роз'яснив, що припущення щодо суми майна застосовувалося не як засіб визнання заявника винуватим у злочині, а як положення, що надає суду змогу визначити розмір конфіскації.

Таким чином, процедура видачі конфіскаційного наказу була справедливою та законною. Втручання у мирне володіння майном було пропорційним[7].

Даний приклад вказує на збалансоване задоволення інтересів і держави, і порушника. При відсутності цього балансу, заявник може захистити свої майнові права згідно з 1 статтею Протоколу № 1 до Конвенції.

Невиправдане застосування конфіскації несе негативні наслідки не лише для заявника, а й для навколишнього природного середовища. Відчуженню можуть підлягати будь-які об'єкти (залежно від вчинюваного злочину), у тому числі і земельні ділянки. На відповідних ділянках може існувати ціле різноманіття природних ресурсів, рослинності, тваринного світу та інші об'єкти, за якими добросовісно наглядав заявник. Конфіскація може негативно вплинути на них, шляхом знищення, пошкодження та ін.

Аналізуючи практику ЄСПЛ щодо статті 1 Протоколу № 1, можемо дійти висновку, що поряд із захистом права власності фізичних і юридичних осіб, права безперешкодного користування майном, суд захищає також і права людей, які стосуються природних ресурсів та охорони навколишнього природного середовища.

### **Література:**

1. Конституція України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141) URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.

2. Максуров А. А. Защита Европейским судом по правам человека права собственности при конфискации и национализации имущества Советник юриста. 2010. URL: <http://dis.ru/library/659/26316..>
3. Український економічний термінологічний словник термінів URL: <http://www.marazm.org.ua/document/termin-economy-ua/index.php?file=%C5%EA%F1%EF%F0%EE%EF%F0%B3%E0%F6%B3%FF.htm>.
4. "Папаміхалопус та інші проти Греції" від 24 червня 1993 року URL: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"display\":\"0\",\"languageisocode\":\"RUS\",\"appno\":\"14556/89\",\"documentcollectionid2\":\"CHAMBER\",\"itemid\":\"001-104043\"}}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\).
5. «Спорронг і Лоннрот проти Швеції» від 23 вересня 1982 року URL: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"display\":\"0\",\"languageisocode\":\"RUS\",\"appno\":\"7151/75\",\"7152/75\",\"documentcollectionid2\":\"CHAMBER\"}}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\).
6. Кримінальний кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст.131) URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
7. "Філіпс проти Сполученого Королівства" ві 05 липня 2001 року URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980\\_052](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_052).

***Тимофеева Л.Ю.***

*Национальный университет «Одесская юридическая академия»,  
ассистент кафедры уголовного права*

**ГУМАНИСТИЧЕСКОЕ ПЛАНИРОВАНИЕ КАК  
МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ КОНЦЕПТ ФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНО-  
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ**

*«...именно гуманистические ценности более предпочтительны для большинства разумных людей, а не их противоположность»*

*Э. Фромм*

Перечень преступлений в УК Украины растет. Меняются общественные отношения, а «вечные» гуманистические ценности (жизнь и здоровье человека, честь и достоинство) остаются неизменными, однако меняется их содержание. Представляется актуальным ставить вопрос формирования **концепта «гуманистического планирования» уголовно-правовой политики на основе примата прав человека**. Такая гуманистическая модель может быть построена на основе теории холизма, которую применяют в своих исследованиях многие отечественные и зарубежные ученые: В. А. Бачинин, Ю. М. Резник, М. А. Розов, В. А. Туляков, Эрвин Ласло, Томас Хурка и многие другие.

Конечно можно доказать неработоспособность гуманистического концепта. Преступность не исчезнет. Как например, Роберт Мартинсон переходя от установки «ничего не работает» к программе «что работает?» привел доказательства нетрудоспособности уголовной юстиции, так как ни наказание, ни меры probation и прочее, – не работают [1]. Лица совершают преступления вновь... Однако в заключении ученый приходит к выводу, что некоторые средства, в отношении некоторых лиц, при определенных условиях могут оказывать определенное положительное воздействие. Концепт гуманистического планирования также **может** оказывать определенное положительное воздействие.

17 июля 1997 года Украина ратифицировала Конвенцию о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950 г. (далее Конвенция), в которой закреплён перечень прав и основных свобод, которые необходимо охранять и защищать во всем мире. Гуманистический концепт необходимости защиты последних (право на жизнь, свободу и личную неприкосновенность, уважение частной и семейной жизни, запрет пыток, рабства и прочее) остался

неизменным, но содержание прав человека значительно расширилось. В преамбуле Основного закона также отразилось это фундаментальное стремление государства, которое приняло Конституцию «проявляя заботу об обеспечении прав и свобод человека и достойных условий его жизни». Хотя в УК Украины нет преамбулы, но текст закона, его общая и особенная части проникнуты гуманистическим концептом. Общая часть закладывает фундамент – задачу правового обеспечения охраны прав и свобод человека и гражданина. Для достижения этой задачи в Особенной части выписан перечень преступлений и наказаний за их совершение. Таким образом, существующие нормы, а также изменения УК должны соответствовать (не противоречить) такому концепту и основываться на нем.

В Конвенции несколько раз расширялось содержание прав и свобод, а во многих решениях ЕСПЧ подчеркивается, что Конвенция живой инструмент, соответственно содержание стабильных вечных ценностей может меняться, в зависимости от экономической, социальной, культурной ситуации.

Положения Конвенции о защите прав человека и основных свобод составляют нормативный уровень правоприменения, но который должен переплетаться с естественно-правовым, аксиологическим и социологическим уровнем. Динамика Конвенции («живой инструмент») связан с человеческими качествами и взаимодействием людей в обществе, так как и нарушение прав (главным образом совершение преступлений), невозможно без социального взаимодействия.

Принципы «человеческой инженерии» изложены в концепции *гуманистического планирования* Э. Фромма. «Это – включение человека и условий его жизни в систему планирования, активизация человеческого потенциала посредством участия в делах общества, изменение процесса потребления, образование новых форм духовно-психологической ориентации как эквивалент религиозных систем прошлого. К принципам гуманистического менеджмента относятся также учет мнения каждого работника предприятия, солидарность всех людей по поводу значимых

ценностей и др» [2, с. 309]. Однако, для уголовного права, как представляется, нет необходимости и возможности учитывать мнение каждого. Необходимо придерживаться единого подхода в применении «гуманистического концепта».

Эрих Фромм делает следующий вывод: «Изучение системы «человек» показывает, что одни ценности предпочитаются другим на том основании, что они способствуют оптимизации функционирования этой системы либо (если думать о возможных альтернативах) что именно *гуманистические ценности более предпочтительны для большинства разумных людей, а не их противоположность*» [3, с. 50].

Социальная, экономическая и культурная жизнь должна измениться таким образом, чтобы стимулировать человека, способствовать его дальнейшему морально-нравственному развитию. Для этого необходимо использовать определенную систему программ. Классическая методология, основанная на концепте «за преступление – наказание», – исчерпала себя. Буквы закона недостаточно для противодействия преступным проявлениям.

Для формирования работоспособной программы необходимо обращаться к науке в целом. Не только к науке уголовного права, но и философии, физике, метафизике, истории, политологии, социологии и прочее. М. А. Розов представляя науку как куматоид пишет следующее: «Наука динамична именно за счёт постоянного взаимодействия различных научных и вненаучных программ. Отдельные научные дисциплины связаны друг с другом рефлексивными преобразованиями и образуют дисциплинарные комплексы» [4, с. 53]. Взаимодействие уголовного права с «программами» других наук, заимствование методологии, – неизбежно. Отдельная отрасль, институт отрасли, норма – часть вселенского механизма, который направлен на продолжение жизни человека.

Тогда эти программы, составленные на основе методологии, заимствованной из других наук, позволяют не только обозначить «гуманистический концепт», основанный на приоритете прав человека, но и

позволить ему работать и более формализовано влиять на законотворчество (при криминализации и декриминализации, пенализации и депенализации) и правоприменение (квалификацию деяний, совершенных лицом и назначение наказаний, а также иных мер уголовно-правового характера). В уголовном праве это позволит перенести полученные знания на сбалансированно направленную реализацию принципа гуманизма в отношении субъектов уголовных правоотношений (лица, совершившего преступление, потерпевшего и третьих лиц), используя модель «уголовно-правовых отношений в триаде «преступник – потерпевший – государство», основанных на базисных публично-правовых изменениях и примате прав человека» [5, с. 166].

Можно перенести модель гуманистического планирования уголовной ответственности на гуманистическое планирование ответственности деликвентов (лиц, проявляющих нежелательное поведение). Деликвентное поведение, например поведение студентов ВУЗа, которые систематически не готовятся к занятиям, не посещают занятия, нарушают дисциплину, а также проявляют другие формы нежелательного поведения, предопределяют возможность совершения последними преступлений в будущем.

Если один раз более снисходительно подойти к приему пересдачи у такого студента неудовлетворительной оценки или пропуска, при этом рассказав последнему о своих чувствах грусти относительно его не подготовленности, о своих ожиданиях в дальнейшем и прочее, возможно «пряник» сработает. Некоторые из таких студентов начинают более усердно готовиться к занятиям, и даже остаются в науке благодаря вдохновенному состоянию преподавателя относительно своего предмета. Как результат, – улучшение морально-нравственного гуманистического фона в государстве.

Напротив, гнев, последующее применение санкций, чаще всего «не работает». У «деликвента», как и у лица, совершающего преступление (главным образом «профессионала») вырабатывается определенного рода «иммунитет» на гнев, на уголовную ответственность, наказание и прочее. Как

результат – сводятся на нет нормы общественной морали, растет число деяний, называемых преступлениями, законотворцы и правоприменители все больше поедают «мармелад»<sup>6</sup>, а жизнь не становится лучше.

**Эта «микромодель» предпреступной профилактики может быть перенесена на «макромодель» реагирования на уже реально существующие преступные проявления.** Однако, необходимо различать гуманизм и всепрощение, которое не способствует минимизации преступности, а только увеличивает ее. Если систематически «чрезмерно лояльно» относиться к пересдачам студентов, это станет для них «привычным» и качество подготовки последних будет постепенно снижаться, будет снижаться уровень дисциплины и повышаться вероятность совершения последними правонарушений, в том числе уголовных. Заимствование уголовным правом общечеловеческих, мировоззренческих, философских ценностей будет полезно для формирования уголовно-правовой модели гуманистического планирования.

**Выводы.** Гуманистическое планирование уголовного права: связано с формированием уголовно-правовой политики криминализации и декриминализации, пенализации и депенализации, применением мер уголовно-правового воздействия с учетом примата прав человека представленного в Конвенции. Гуманистическое планирование предполагает построение прогрессивной системы назначения наказания, которая будет более формализовано учитывать прошлый «преступный опыт» лиц, совершивших преступления, а также применяемые ранее к последнему поощрительные нормы; комплексную реализацию принципа гуманизма вместе с другими принципами уголовного права (равенства граждан перед законом и судом, законности, справедливости), задачами, методами уголовно-правового регулирования. При этом необходимо соблюдение правила сбалансированной реализации принципа гуманизма в отношении субъектов

---

<sup>6</sup>См.: Хоаким де Посада, Эллен Сингер. Не набрасывайтесь на мармелад [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.litres.ru/hoakim-de-posada/ne-nabراسyaytes-na-marmelad/>

уголовных правоотношений (лица, совершившего преступление, потерпевшего, третьих лиц), а также соблюдение единства подходов к реализации принципа гуманизма и других принципов в модели «гуманистического планирования».

Для устранения несоответствия единства подходов в реализации принципа гуманизма необходимо внести изменения в УК относительно возможности применения освобождения от уголовной ответственности и в отношении лиц, совершивших коррупционные правонарушения. Кроме того требует изменений ЗУ «О применении амнистии в Украине» от 01.10.1996 года № 392/96-ВР относительно невозможности применения такового в отношении лиц, совершивших насильственные преступления против жизни и здоровья, чести и достоинства человека.

Концепт гуманистического планирования при определенных условиях, в отношении некоторых лиц может оказывать определенное положительное воздействие.

### Литература:

1. Robert Martinson. What works? – questions and answers about prison reform. URL: [http://www.pbpp.pa.gov/research\\_statistics/Documents/Martinson-What%20Works%201974.pdf](http://www.pbpp.pa.gov/research_statistics/Documents/Martinson-What%20Works%201974.pdf).
2. Резник Ю.М. Социокультурный подход как методология исследований *Вопросы социальной теории*. 2008. Том II. Вып. 1(2). С. 305-328.
3. Фромм Э. Революция надежды. Избавление от иллюзий Перевод с англ.; Предисловие П. С. Гуревича. М.: Айрис-пресс, 2005. – 352 с.
4. Розов М. А. Наука как куматоид URL: <http://rozova.net/wp-content/uploads/2014/02 / Розов-М.-А.-Наука-как-куматоид.pdf>.
5. Туляков В. А. Транзитивное уголовное право *Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Правові та інституційні*

*механізми забезпечення сталого розвитку України». м. Одеса, 15-16 травня 2015 року. С. 163-166.*

## **РОЗДІЛ 2. ПРАКТИКА ЄСПЛ, РОЗВИТОК ТА ДИНАМІКА НАУКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА**

*Мирошниченко Н. А.*

*Національний університет «Одеська юридична академія»*

*к.ю.н., професор кафедри кримінального права*

### **КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ, ЙОГО ВИДИ ТА ПІДСТАВИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ**

З часу прийняття Кримінально-процесуального кодексу України 2012 р. [1] в законодавстві України з'явилося поняття кримінального правопорушення. У правовому аспекті – це найбільш небезпечний вид правопорушення, але до кримінального законодавства так і не було внесено відповідних змін. У Концепції реформування кримінальної юстиції ще у 2008 році [2] було зазначено про впровадження у кримінальне законодавство поряд із злочином такого виду кримінального правопорушення як кримінальний проступок. Фактично термін «кримінальне правопорушення» об'єднує поняття «злочин» та «кримінальний проступок».

По перше, необхідно уточнити поняття та підставу кримінальній відповідальності. Кримінальна відповідальність це вид юридичної відповідальності, пов'язаний із примусовими заходами. Кримінальна відповідальність бере свій початок, реалізується та припиняється в межах кримінально-правових відносин. Суб'єктами цих відносин є з одного боку держава, а з другого – особа, що вчинила кримінальне правопорушення. В

літературі кримінальну відповідальність визначають по-різному. З точки зору держави – це правова оцінка (осуд), яка надається компетентним органом (судом) злочинній поведінці особи. Для другого суб'єкта (особи, що вчинила кримінальне правопорушення) це – обов'язок перетерпіти певні позбавлення за вчинені ним суспільно небезпечні дії. Підставою кримінальній відповідальності (ч.1 ст.2 КК) слід вважати вчинене суспільно небезпечне діяння, яке містить склад кримінального правопорушення (склад злочину або склад кримінального проступку).

По друге, слід внести зміни у розділ III Загальної частини КК, його необхідно назвати : «Кримінальне правопорушення, його види та стадії», та визначити в ст. 11 КК поняття кримінального правопорушення, його види (злочин і кримінальний проступок) [3].

Злочин - це передбачене кримінальним кодексом України суспільне небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину, що має підвищений ступень суспільної небезпеки і який тягне за собою такий негативний наслідок як судимість.

Кримінальний проступок - це діяння, що має знижений ступень суспільної небезпеки, за який може бути призначене покарання, не пов'язане з обмеженням чи позбавленням волі і яке не тягне за собою судимість.

Крім того, необхідно уточнити класифікацію злочинів за ступенем їх суспільної небезпеки (ст. 12 КК) [ 3].

А саме до злочинів невеликої тяжкості необхідно віднести злочини, за які передбачене покарання у виді штрафу до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, громадські чи виправні роботи, обмеження або позбавлення волі на строк до двох років . Типову санкцію злочинів середньої тяжкості можливо залишити в діючій редакції; а з типових санкцій тяжких та особливо тяжких злочинів необхідно вилучити покарання у виді штрафу, залишивши позбавлення волі за тяжкі злочини до десяти років, а за особливо тяжкі злочини – понад десяти років або довічне позбавлення волі. Тяжкі та особливо тяжкі злочини, що мають найвищий ступень суспільної небезпеки,

не повинні допускати застосування штрафу як основного альтернативного покарання, для цих двох категорій злочинів штраф може бути лише додатковим видом покарання [4]. Як зазначено в ч. 6 ст. 12 КК, ступень тяжкості злочину визначається виходячи зі строку покарання у виді позбавлення волі, передбаченого за відповідний злочин.

Законодавець в ст. 20 КК звертає увагу на те, що кримінальній відповідальності підлягає особа визнана судом обмежено осудною. Вважаємо за необхідне уточнити редакцію ст. 18 КК, а саме: «суб'єктом злочину може бути фізична осудна або обмежено осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до КК може наставати кримінальна відповідальність». Визнання особи обмежено осудною враховується судом при призначенні покарання, а в деяких випадках і при застосуванні примусових заходів медичного характеру. Крім обмеженої осудності, необхідно звернути увагу законодавця на такі види осудності як вікова та спеціальна осудність, які також мають значення при індивідуалізації кримінальній відповідальності та покарання.

Потребує уточнення ст. 21 КК, де передбачено кримінальну відповідальність за злочини, вчинені у стані сп'яніння, внаслідок вживання алкоголю, наркотичних засобів або інших одурманюючих речовин. Необхідно зазначити, що йдеться про фізіологічне сп'яніння, яке може бути визнано обставиною, що обтяжує покарання. Якщо ж під час вчинення суспільно небезпечного діяння особа перебувала у стані патологічного сп'яніння та не могла керувати своїми діями, її потрібно визнавати неосудною.

Потребує законодавчого вирішення поняття про подвійну (складну) вину, де ставлення суб'єкта до дії або бездіяльності - умисне, а до наслідків - необережне. Розбіжність у ставленні суб'єкта злочину до дії, або бездіяльності та наслідків, впливає на кваліфікацію та покарання. Поряд з поняттям, формами та видами вини необхідно надати поняття випадку (невинного спричинення шкоди), коли особа не передбачала можливості настання суспільно-небезпечних наслідків свого діяння та не могла їх передбачити.

Невинне спричинення шкоди виключає вину та кримінальну відповідальність [5].

До примусових заходів кримінально-правового впливу поряд із покаранням відносять примусові заходи медичного та виховного характеру, які відрізняються від покарання за своєю правовою природою та наслідками.

Примусові заходи медичного характеру віднесені законодавцем до інших заходів кримінально-правового характеру, їх застосування можливо лише за сукупністю двох умов: особа за своїм психічним станом є небезпечною для суспільства та вчинила суспільно небезпечне діяння, що містить ознаки кримінального правопорушення .

Поряд із примусовими заходами медичного характеру, передбачена окрема норма про примусове лікування. Примусове лікування згідно зі ст. 96 КК України може бути застосовано судом лише до осіб, які вчинили злочин, та мають хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб. Ця стаття потребує доповнення , а саме: "примусове лікування може бути застосоване також до осіб, які вчинили злочин, у стані сп'яніння та були визнані хронічними алкоголіками, наркоманами, токсикоманами" . Якщо вони ухиляються від добровільного лікування, вони також суспільно небезпечні і потребують примусового лікування [5].

До інших заходів кримінально-правового характеру віднесено спеціальну конфіскацію, яка передбачає конфіскацію окремих видів майна (наприклад, предметів контрабанди), а також майна одержаного злочинним шляхом. Редакція статей про спеціальну конфіскацію змінювалась декілька разів, однак вона не є досконалою та не узгоджена із положеннями зазначеними в статтях Особливої частини КК та ст. 100 КПК України. Спеціальна конфіскація (інший захід кримінально-правового характеру) відрізняється від конфіскації як виду додаткового покарання за своєю правовою природою. Тому в санкціях статей Особливої частини КК може бути зазначена лише конфіскація як додатковий вид покарання, а не спеціальна конфіскація, яка не є покаранням. Норми про

спеціальну конфіскацію повинні бути розташовані в Загальній частині КК і мати відношення до всіх розділів Особливої частини КК.

Примусові заходи виховного характеру іноді розглядаються як альтернатива кримінальній відповідальності. Але вони можуть бути і самостійною формою реалізації кримінальній відповідальності відносно осіб, які досягли віку з якого настає кримінальна відповідальність.

Редакція ст. 97 КК частково суперечить статтям 18 та 22 КК, в яких встановлено вік кримінальній відповідальності; а саме: кримінальна відповідальність настає з 16 років, а в окремих випадках – з 14 років. На підставі ч.2 ст. 97 КК звільняється від кримінальній відповідальності особа, яка не досягла віку кримінальної відповідальності, до неї застосовуються примусові заходи виховного характеру. В даному випадку особи, які не досягли віку кримінальній відповідальності, не можуть бути притягнені до кримінальній відповідальності, тому і звільняти їх від кримінальній відповідальності недоречно. Вважаємо, що до осіб, які не досягли віку кримінальній відповідальності, якщо їм виповнилось 11 років, можуть бути застосовані примусові заходи виховного характеру, але в даному випадку це вже заходи безпеки а не форма реалізації кримінальній відповідальності.

Кримінальна відповідальність неповнолітніх може бути реалізована в покаранні, перелік покарань щодо неповнолітніх передбачений ст.98 КК, але деякі положення потребують удосконалення ( уточнення):

Необхідно узгодити зміст статті 56 КК зі ст. 100 КК України щодо обмеження віку, з якого можуть бути застосовані громадські роботи. Тобто доповнити ч. 3 ст. 56 КК вказівкою на те, що громадські роботи не можуть призначатися особам, які не досягли шістнадцяти років, як це зазначено в ч.1 ст. 100 КК.

Законодавець не передбачив у переліку видів покарань, що можуть бути застосовані до неповнолітніх, такий вид покарання як обмеження волі, хоча це менш суворий вид покарання ніж позбавлення волі, яке може бути застосоване до неповнолітніх. Тому вважаємо за необхідне доповнити

перелік видів покарань, передбачений у ст. 98 КК обмеженням волі, та уточнити редакцію ч.3 ст.61 КК щодо неможливості застосування даного виду покарання до неповнолітніх до 16 років. Таке уточнення надасть можливість застосовувати усі види покарань передбачені у ст.98 КК з 16 років [5].

Пропонуємо виключити із ч.2 ст.98 КК такий вид додаткового покарання, як позбавлення права обіймати певні посади, залишивши лише додаткове покарання пов'язане із позбавленням права займатися певною діяльністю, що може бути застосоване до осіб у віці з 16 років. Важко уявити які посади можуть займати неповнолітні [5].

Вважаємо, що перелічені пропозиції сприятимуть удосконаленню кримінального законодавства України, захисту прав та інтересів особи.

### **Література:**

1. Кримінально-процесуальний кодекс України : Київ, 2012- 382 с.
2. Указ Президента України «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів» від 8 квітня 2008 року.
3. Кримінальний кодекс України: Київ, 2014 212 с.
4. Мирошниченко Н.А. Класифікація та кваліфікація злочинів: Актуальні проблеми держави та права, 2013, № 69, с.162-168.
5. Мирошниченко Н.А. Пропозиції щодо вдосконалення кримінального кодексу України: ж. Вісник НАПрН України, 2015, № 5, с.176-181.

***Бирюков П.Н.***

*Воронежский государственный университет,  
доктор юридических наук, профессор*

**О ЕВРОПЕЙСКОМ ОРДЕРЕ НА РАССЛЕДОВАНИЕ**

После вступления в силу Лиссабонского договора институты ЕС приняли ряд документов о процессуальных гарантиях подозреваемых в совершении преступлений. В их числе: Директива 2010/64/ЕС о праве на устный и письменный перевод в уголовном процессе [1]; Директива 2012/13/ЕС о праве на информацию в уголовном процессе [2]; Директива 2013/48/ЕС о праве на доступ к адвокату и право на общение лиц, лишенных свободы [3] и др.

Следующим шагом по пути сотрудничества по уголовным делам в ЕС стало принятие Директивы Европарламента и Совета 2014/41/ЕС о Европейском ордере на расследование [4] (далее Директива).

Директива охватывает широкий спектр следственных действий. В их числе: допрос свидетелей; получение информации или доказательств, уже находящихся во владении запрошенного правоохранительного органа; перехват телекоммуникационных сообщениях, а также информацию о банковских счетах.

В настоящее время в ЕС регулирование данного вопроса можно охарактеризовать как "мозаичное". Оно состоит из разнородных документов (конвенций Совета Европы, договоров ЕС, актов институтов ЕС), в которых участвует различное количество государств-членов. С 22 мая 2017 года Директива 2014/41/ЕС заменит в рамках ЕС большинство существующих документов в ключевой области сотрудничества по уголовным делам одним инструментом, который сделает трансграничные расследования быстрее и эффективнее.

Будут заменены, в частности: Конвенция Совета Европы о взаимной правовой помощи по уголовным делам от 20 апреля 1959 г. (и два Дополнительных протокола [5] к ней); часть Шенгенской конвенции [6]; Конвенция ЕС о взаимной правовой помощи по уголовным делам 2000 г. (и Протокол к ней) [7]; Рамочное решение о Европейском ордере о доказательствах 2008 г. [8]; Рамочное решение об исполнении в ЕС приказов о замораживании имущества или доказательств (в отношении замораживания доказательств) 2003 г. [9].

Директива будет применяться ко всем государствам-членам ЕС, за исключением Дании (вследствие исключения этой страны из сферы юстиции и внутренних дел - Протокол № 22 к ДФЕС [10]) и Ирландии (Протокол № 21 к ДФЕС [11]). В силу указанных обстоятельств Рамочное решение 2008/978/JHA о Европейском ордере о доказательствах не было отменено. Однако это Решение будет действовать лишь в отношениях между Ирландией и Данией и остальными государствами-членами ЕС.

Директива не будет применяться к функционированию Совместных следственных команд (ССК), включая сбор доказательств в рамках ССК [12]. По мнению европейского законодателя, эти вопросы требуют "конкретных правил, которые лучше рассматривать отдельно".

Вместе с тем, отдельные положения вышеуказанных конвенций СЕ и ЕС будут продолжать действовать - в тех случаях, когда они регулируют вопросы, выходящие за рамки расследования (например, о компенсации за незаконное осуждение).

Статья 5 устанавливает форму и содержание Ордера, что отражено в Приложении А к Директиве.

Статья 6 закрепляет условия передачи Ордера. Каждое государство может определить центральный орган, ответственный за получение и направление запроса. Может также использоваться Европейская судебная сеть the European Judicial Network (EJN) [13].

В ст. 9 Директивы определены действия при возникновении двух или нескольких Ордеров из различных государств.

В исполнении Ордера на расследование может быть отказано лишь по основаниям, указанным в ст. 11 Директивы. Так, согласно п.1(а), если исполнению препятствуют привилегии и иммунитеты либо это препятствует осуществлению свободы прессы или свободы выражения мнений в СМИ. Пункт 1(б) говорит об интересах национальной безопасности, п. 1(с) о невозможности запрашиваемых мер по законодательству запрашиваемого

государства в силу отсутствия аналога. Принцип *ne bis in idem* закреплён в п.1(d). Правило двойной преступности зафиксировано в п. 1(e).

Директива основана на принципе соблюдения прав человека. В п. 19 преамбулы говорится: "создание пространства свободы, безопасности и правосудия в рамках Союза основывается на взаимном доверии и презумпции соблюдения другими государствами-членами права Союза". Вместе с тем, что эта презумпция неабсолютная. Если существуют серьезные основания полагать, что исполнение следственного действия, указанного в Ордере, приведет к нарушению основного права заинтересованного лица, и что выполнение государство будет игнорировать свои обязательства в отношении защиты основных прав, признанных в Устав, в исполнении Ордера должно быть отказано".

В п. 39 Преамбулы говорится: "Директива уважает основные права и соблюдает принципы, признанные статьей 6 Договора о ЕС и в Хартии [14] (в частности, раздел VI), международным правом и международными соглашениями, в которых Союз или все государства-члены являются участниками, в том числе Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также в конституциях государств-членов".

Неудивительно, что в ст. 11(1)(f) Директивы закреплён отказ выполнить Ордер в случае нарушения основных прав человека. Тем самым, законодатель учел позицию Суда ЕС по делам C-396/11 *Radu* от 5.02.2013 [15] и C-399/11 *Melloni* от 26.2.2013 [16]. Суд ЕС в отношении Рамочного решения о Европейском ордере на арест подтвердил, что основания, закрепленные в праве ЕС, для отказа в исполнении Ордера имеют приоритет перед зафиксированными в национальном праве. Суд ЕС посчитал, что государства-члены имеют в своем распоряжении достаточные инструменты, позволяющие им оценивать соблюдение основных прав и, следовательно, реальные риски, которым проситель убежища будет подвергаться, в случае его выдачи. Указанная позиция суда ЕС распространяется и на Директиву.

Статья 12 Директивы устанавливает сроки для проведения следственных действий по Ордеру и требует, чтобы его исполнение осуществлялось с теми же приоритетом и скоростью, что и для аналогичных внутригосударственных мер.

Статья 13 регламентирует передачу доказательств, полученных в результате исполнения Ордера и устанавливает срок - незамедлительно. Однако доказательства могут быть переданы и "на время", если это необходимо для завершения процесса в запрашиваемом государстве.

Таким образом, Директива означает переход от традиционного механизма правовой помощи по уголовным делам, когда запрашиваемое государство ЕС имеет большую свободу действий по выполнению просьбы другого члена ЕС, к механизму взаимного признания, когда государство должно автоматически выполнить запрос, исходящий из правоохранительного органа другой страны ЕС.

Следует подумать об использовании коммунитарного механизма для других региональных интеграций.

### **Литература:**

1. Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings // OJ L 280, 26.10.2010, p. 1–7
2. Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings OJ L 142, 1.6.2012, p. 1–10
3. Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty OJ L 294, 6.11.2013, p. 1–12

4. Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters *OJ L 130*, 1.5.2014, p. 1–36
5. the Council of Europe Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of 20 April 1959 (and its two additional protocols) URL: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/030>
6. The Schengen Convention URL: <http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A133020>
7. The EU Convention on mutual assistance in criminal matters 2000 URL <http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2000:197:TOC>
8. Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters *OJ L 350*, 30.12.2008, p. 72–92
9. Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence *OJ L 196*, 2.8.2003, p. 45–55
10. Protocol № 22 on the position of Denmark URL: <http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>
11. Protocol № 21 on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the area of freedom, security and justice URL: <http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>
12. Бирюков П. Н. Совместные следственные команды в Евросоюзе *Вестник ВГУ. Серия Право*. 2013. № 1 (14). С. 351-365
13. Joint Action 98/428/JHA of 29 June 1998 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on the creation of a European Judicial Network *OJ L 191*, 7.7.1998, p. 4
14. Charter of Fundamental Rights of the European Union *OJ C 326*, 26.10.2012, p. 391–407

15. Case C-396/11 Radu (Grand Chamber) 29 January 2013 URL <http://www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5fdcecf89e03e461e812fc1e41401ff2c.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oah4Oe0?text=&docid=132981&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=338226>

16. C-399/11 Melloni on 26 February 2013 (Grand Chamber) URL: <http://www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134203&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=238674>

### ***Шаблистий В.В.***

*Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ,  
завідувач кафедри кримінального права та кримінології,  
кандидат юридичних наук, доцент*

## **РОЛЬ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ БЕЗПЕКИ ЛЮДИНИ**

Термін «безпека людини» на міжнародному рівні почали використовувати після публікації Програмою розвитку ООН (UNDP) у 1993 році «Доповіді про розвиток людства» (Human Development Report), у якій поняття безпеки людини віднесено до людей, а не до держав і націй, при цьому обмежене поняття національної безпеки розширюється більш загальним – безпеки людини чи людства. На перше місце повинна виходити безпека всіх людей, а не тільки держави або нації, вона повинна забезпечуватися не силовими структурами, а через людський розвиток.

Для забезпечення індивідуальної безпеки у міжнародно-правовому вимірі ключову роль відіграє Європейський Суд з Прав Людини (далі – ЄСПЛ),

рішення якого змушують керівництво держави подивитися на проблему окремо взятої людини з іншої точки зору (раніше воно навіть не звертало увагу) та задовольнити її позовні вимоги. Звичайно, бюрократична багаторічна тяганина дещо нівелює бажання скривдженого та зневіреного у вітчизняних судових інстанціях отримати компенсацію за порушене право, проте саме такі рішення стають справжнім каталізатором внесення змін та доповнень до законодавства, у тому числі кримінального.

Ратифікація Україною 17 липня 1997 року Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) та протоколів до неї (№ 1, 2, 4, 7, 11) [1] започаткувала новий етап розвитку нашої держави на шляху до зміцнення законності та дотримання прав і свобод людини [2, с. 22].

Слід погодитися із вченими, які зазначають, що значення для кримінального права правових позицій, висловлених у рішеннях ЄСПЛ, полягає в тому, що вони:

1) мають враховуватися у доктрині кримінального права, оскільки є принциповими ідеями, до яких слід звертатися для вироблення концепцій подальшого вдосконалення кримінального законодавства відповідно до європейських стандартів;

2) впливають на правозастосовчу практику в Україні. Правові позиції ЄСПЛ можуть використовуватися для вирішення ситуацій, що не знайшли прямого врегулювання на нормативному рівні, у випадках відсутності єдиного підходу до розв'язання певної правової ситуації тощо;

3) впливають на розробку змін до кримінального законодавства у зв'язку із прийнятими на себе Україною міжнародними зобов'язаннями [2, с. 25].

Вивчення практики ЄСПЛ щодо України показало відсутність рішень по порушенню ст. 13 Конвенції у контексті дії закону України «Про безоплатну правову допомогу» [3], у якому відсутня норма про таку допомогу потерпілому від злочину, тоді як людині, яка вчинила злочин, безоплатна правова допомога надається, проте обмежена судовим розглядом кримінального провадження. Випадки можливого застосування амністії,

звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання, захисту прав засудженого на стадії виконання вироку з незрозумілих нам підстав вважається нецільовим використанням бюджетних коштів.

Ст. 13 Конвенції «Право на ефективний засіб юридичного захисту» гласить, що кожен, чиї права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження.

У пункті с. ч. 3 ст. 6 «Право на справедливий суд» Конвенції вказано, що кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше право захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя.

Стає очевидним, що чинна редакція закону України «Про безоплатну правову допомогу» та його виконання однозначно є порушенням згаданих ст.ст. 6, 13 Конвенції. Крізь призму об'єктивних прагнень українського народу стати повноправними членами європейського співтовариства видаються зовсім незначними можливі витрати з державного бюджету для забезпечення реальної безоплатної вторинної правової допомоги тим громадянам, які цього потребують. Відповідні законодавчі зміни та їх втілення однозначно будуть «дешевшими», ніж виконання рішень ЄСПЛ щодо очевидного порушення ст.ст. 6, 13 Конвенції та можливої вказівки на необхідність зміни національного законодавства.

Про правильність нашого твердження свідчить рішення ЄСПЛ у справі «Василь Іващенко проти України» від 26 липня 2012 року [4]. Тут вказано, крім основного, другорядне рішення, що стало наслідком всіх інших – необхідність забезпечення особам, позбавленим свободи, доступу до документів, необхідних для звернення до суду, оскільки заявнику було відмовлено навіть у звичайних ксерокопіях матеріалів справи за рахунок

держави. Аргументи представників Уряду щодо не передбачення такого права в національному законодавстві навіть не взяли до уваги.

Враховуючи положення ч. 1 ст. 2 закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [5], рішення є обов'язковими для виконання Україною відповідно до статті 46 Конвенції. Тому тут краще запрацювати на випередження – усунути причину з тим, щоб потім не боротися із наслідками.

Стосовно ст. 17 вказаного закону «Застосування судами Конвенції та практики ЄСПЛ» – суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику ЄСПЛ як *джерело права* (курсив наш – В. Ш.) – слід зазначити, що це питання потребує далеко не одного монографічного дослідження як на рівні теорії права, так і на рівні кримінального права.

Враховуючи викладене, слід зазначити, що міжнародне кримінальне право в основному забезпечує колективні види безпеки, тоді як ЄСПЛ – виключно індивідуальні. Більш того, рішення ЄСПЛ є базовими взірцями для всіх інших громадян, чиї права були порушені схожим чином.

На сьогоднішній день остаточних рішень ЄСПЛ щодо України є більше однієї тисячі. Така кількість джерел права однозначно свідчить про провідну роль ЄСПЛ у забезпеченні безпеки людини, оскільки говорячи про її права, слід не забувати, що безпека є передумовою їх існування та можливої реалізації.

Таким чином, чинна редакція Закону України «Про безоплатну правову допомогу» та його виконання однозначно є порушенням згаданих ст.ст. 6, 13 Конвенції.

### Література:

1. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод : ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17.07.1997 р. *Офіційний вісник України*. 1998. № 13 ; № 32. Ст. 270 (з наступними змінами та доповненнями).

2. Сорока О. Значення Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та практики Європейського Суду з прав людини для кримінального права України *Підприємництво, господарство і право*. 2013. № 2. С. 22–26.
3. Про безоплатну правову допомогу: Закон України 02.06.2011 р. № 3460-VI. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>.
4. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Василь Іващенко проти України» від 26.07.2012 р. URL: <http://eurocourt.in.ua/GetArticlesByCategory.asp?CategoryId=2>.
5. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 03.02.2006 р. № 3477-IV. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.

***Харитонова О.В.***

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,  
доцент кафедри кримінального права № 1, кандидат юридичних наук,  
доцент*

## НАУКОВІ ОСНОВИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ В СВІТЛІ ПРАКТИКИ ЄСПЛ

Сучасні дослідники проблем кримінально-правової політики в Україні пропонують її бачення у таких формах: доктринальній, програмній, законодавчій, правозастосовній, правовиконавчій та науковій [1, с. 146] або ж зосереджують увагу на вивченні таких її рівнів: доктринального – програмного – законодавчого – правовиконавчого – правозастосувального – наукового [2, с. 112]. Думається, для цілей даного дослідження уявлення про

те, що така політика має певні *рівні*, є більш вдалим фокусом зору, оскільки дозволяє побачити площини, в яких проглядається її структурованість.

Безумовно, законодавчий рівень кримінально-правової політики має важливе значення, оскільки закон пов'язаний з правом, слугує його зовнішньою формою та виразом змісту. Однак принципова значущість у кримінальному праві збігу зовнішньої форми (закону) і змісту права, їх органічної єдності аж ніяк не применшує усвідомлення тих складних взаємозв'язків, в яких право та закон перебувають. Право та закон – це різноетапні та різнопорядкові явища, законотворчий процес є «вінцем» правотворчості, і діяльність законодавця по суті спрямована на те, щоб надати зовнішнього виразу, виступити кінцевим результатом правотворчості. Право має відповідати соціальним потребам у правовому регулюванні даних суспільних відносин, а закон має відповідати праву, забезпечувати його дієвість, ефективність. Більше того, в сучасній теорії права розрізняють власне правотворчість і правоутворення як більш широку і багатоаспектну категорію, яка відображує складний процес формування права: від життєвих ситуацій, що викликають виявлення потреби у врегулюванні певної сфери відносин, до вироблення певних правових поглядів, ідей, правосвідомості, певних інваріантів правової науки та культури, які перетворюються у державну волю і отримують вираз у законі. Думається, що осмислення такого «background» у ланцюжку законодавчого рівня кримінально-правової політики здатне значно збагатити уявлення про неї.

Видається, що питання співвідношення програмного, доктринального та наукового рівнів досліджуваної політики має бути осмислене з урахуванням сучасних наукознавчих підходів до розуміння понять «концепція», «доктрина» та «наука».

Необхідно розуміти, що концепція являє собою магістральні стовпи, на яких утримується вся конструкція відповідної доктрини. Концепція виступає певною діяльнісною потенцією, яка містить дорожню карту для формування перспектив розвитку доктрини. Концепції демонструють візуальну глибину

проблем науки та потенційні ракурси для зміни перспективи поглядів. У гетерогенному середовищі кримінально-правової реальності концепція є каркасом, який задає масштаб можливого розширення доктрини, надає їй орієнтовного стану майбутньої законодавчої та правозастосовної «тілесності». В свою чергу сукупність побудованих навколо концепцій еволюціонуючих доктрин і становить когнітивний зміст науки. Подібна «матрьошка» – «концепція-доктрина-наука», звичайно, являє собою спрощену схематичну модель взаємозв'язку цих явищ, проте, вона дозволяє відстежити зв'язки, у яких перебувають програмний, доктринальний та науковий рівні кримінально-правової політики.

В сучасній кримінально-правовій науці України поступово втрачає колишню гостроту дискусія щодо визнання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. і практики ЄСПЛ джерелом кримінального права. Названі положення стають загальновизнаними, хоча спір навколо того, яку саме практику ЄСПЛ слід ураховувати як джерело (case law, established case law, well-established case law), залишається злободенним. В цілому ж наразі формується наступний етап осмислення наукових шляхів впровадження стандартів Конвенції у вітчизняну законодавчу та правозастосовну практику, у зв'язку з чим виявляється можливим окреслити коло найбільш важливих питань, які стають предметом наукового дискурсу в цій царині.

Сприйняття кримінально-правової політики як національної політики потребує перегляду з урахуванням концепції наднаціонального рівня кримінально-правового регулювання. Думка сучасних криміналістів, що реально існуючим є лише національне кримінальне право [3, с. 144] вимагає створення наукового підґрунтя для виваженого і ефективного втілення вироблених на наднаціональному рівні мінімальних стандартів прав людини у національну законодавчу та правозастосовну практику. Конвенція, не здійснюючи первинного регулювання, вимагає від держав-учасниць забезпечення фундаментальних прав людини, які захищають умови мінімально гідного життя. Національний же кримінальний кодекс покликаний

бути маркером, що відзначає найбільш важливі для даної держави суспільні відносини, а тому відповідність його застосування об'єкту та цілям Конвенції здатна забезпечити належне національне кримінально-правове регулювання. Пов'язаність національного та наднаціонального рівнів є очевидною, однак порівняння інструментів захисту прав людини на кожному з них у той же час підкреслює їх автентичність.

З урахуванням сказаного, автономна інтерпретація Європейським Судом таких конвенційних понять, як кримінальне правопорушення та покарання, незалежно від того, яким чином вони тлумачаться у законодавстві і національній юрисдикційній практиці держав, скарги на дії яких розглядає Суд, дає вітчизняній науковій громаді орієнтири та створює коридор для розробки на національному рівні оновленої доктрини кримінального правопорушення, гармонізації окремих галузей вітчизняного законодавства, перегляду питань категоризації злочинів, дослідження глибинного змісту суспільної небезпечності та шкідливості діянь, розмежування ознак злочинів та інших правопорушень і ревізії поглядів на їх правову природу.

Відгуком на інтерпретацію Судом ст. 3 Конвенції є також і внесення до українського парламенту законопроекту щодо можливості застосування умовно-дострокового звільнення від відбування покарання до осіб, які засуджені до довічного позбавлення волі, чи заміни невідбутої частини покарання більш м'яким для осіб, що відбувають покарання у вигляді довічного позбавлення волі. В розумінні ЄСПЛ покарання, що відповідає мінімальним стандартам, забезпеченим ст. 3 Конвенції, має бути «reducible», тобто таким, що може підлягати зменшенню, отже, в державі повинні існувати механізми для перегляду рішення про довічне ув'язнення зі впливом певних встановлених мінімальних строків. Так, у справі *Vinter v. UK* Суд сказав, що «позбавлення надії заперечує фундаментальний аспект людяності та є принижуючим», тобто сформований новий підхід до самого поняття людської гідності, закріпленого в ст. 3. Більше того, Судом встановлений новий стандарт в контексті екстрадиції (*Trabelsi v. Belgium*), згідно з яким відсутність

у державі призначення механізму перегляду покарання у вигляді довічного позбавлення волі запобігає екстрадиції, оскільки не відповідає вимозі «права на надію».

В світлі сказаного важливою для осмислення вітчизняною науковою спільнотою є концепція Конвенції як «живого інструменту», «живого дерева», що підлягає еволюційному тлумаченню. Так, зокрема, дискусії, що точиться у європейських наукових колах щодо меж «живого дерева», меж еволюційного тлумачення Конвенції, ще тільки належить бути активізованою в українській кримінально-правовій науці. Питання судової правотворчості, кримінально-правової герменевтики, доктрини як джерела права у кримінально-правовій сфері ще тільки починають прокладати маршрути майбутнього досягнення.

Складною проблемою, яка тут виникає і жваво полемізується в сучасній європейській правовій думці, є проблема «проліферації прав», тобто їх «розмноження», коли пропоновані у позиціях Суду нові стандарти тлумачення прав ведуть до розширення каталогу прав, їх надмірної інтерпретації, що тягне нездатність держав поважати зобов'язання по забезпеченню фундаментальних прав людини. Очевидно, що для України першочерговим є досягнення рівня відповідності «традиційним» стандартам, однак, проблема наукового осмислення нових дискусійних стандартів та ризиків «тривіалізації» фундаментальних прав людини, коли Конвенція як механізм їх захисту стає послабленою і невиконуваною, не повинна залишатися на периферії української правової думки.

В світлі змін до КК України 2001 р. від 4 лютого 2016 р. стосовно удосконалення захисту професійної діяльності журналістів не можливо також залишати осторонь і питання «протистояння» певних прав, гарантованих Конвенцією, наприклад, коли протиставляються право на свободу слова і право на репутацію (ст.ст. 8 і 10). В подібних ситуаціях розумний баланс між цими правами може бути досягнутий за умови належного наукового обґрунтування їх співставлення за рівнем втручання і за рівнем фундаментальності.

Непросте питання встановлення справедливого балансу між індивідуальним та публічним інтересами виникає і у ситуаціях, подібних нещодавній резонансній київській справі з нічним переслідуванням поліцейськими автомобіля, який, перевищуючи швидкість, не зупинився на вимогу правоохоронців, і внаслідок стрілянини поліцейським було спричинено смерть пасажиру переслідуваного автомобіля. Важливим тут є розуміння змісту права на життя, передбаченого ст. 2 Конвенції, і інтерпретації Судом позитивних зобов'язань держави по забезпеченню цього права. Взагалі, доктрина позитивних зобов'язань держави в галузі прав людини стає актуальним новим напрямом вітчизняних досліджень, яка дозволяє переосмислити модель взаємодії людини та держави в сучасних цивілізаційних умовах, віднайти системні зв'язки між правами особи та обсягом і характером обов'язків держави щодо їх реалізації, установити межі відповідальності держави в разі їх порушення [4, с. 30-31]. Особливо це виглядає актуальним у разі операцій із застосуванням летальної сили з боку держави і дискурсом в українському суспільстві стосовно довіри поліцейським та правомірності їхніх дій. В цілому в інтерпретації Судом фундаментальних прав спостерігається відхід від ліберального невтручання держави у життя особи до акцентуації обов'язку держави захищати, забезпечувати права цієї особи. Тобто, негативні зобов'язання держави та її агентів передбачають утримання від будь-яких дій, спрямованих на порушення та незаконне обмеження прав людини, а позитивні зобов'язання в найбільш широкому вигляді передбачають активні дії держави, спрямовані на їх утвердження, захист та сприяння реалізації. У цьому зв'язку окремої уваги потребує так званий «горизонтальний ефект Конвенції», коли через позитивні зобов'язання держави забезпечується реалізація прав людини та основоположних свобод між приватними особами. Що у свою чергу, можливо, є додатковим аргументом на користь того, що сучасне українське кримінальне право зазнаватиме конвергенційних змін, відповідно до яких у ньому, поруч з

публічно-правовими, використовуватимуться, за необхідності, приватноправові інструменти.

### **Література:**

1. Фріс П.Л. Вибрані праці / П.Л. Фріс. Івано-Франківськ: Фоліант, 2014. – 652 с.
2. Мнишенко Є.С. Кримінально-правова політика у сфері права на отримання освіти в Україні : Дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 Х., 2014. – 205 с.
3. Туляков В.А. Уровни уголовно-правового регулирования Актуальні проблеми держави і права. 2013. С. 141-147 URL: <http://www.apdp.in.ua/v69/22.pdf>
4. Христова Г. Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини як новий напрям у вітчизняній теоретичній юриспруденції *Вісник НАПрНУ*. 2012. № 2 (69). С. 30-41 URL: [http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/2308/1/Xristova\\_30.pdf](http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/2308/1/Xristova_30.pdf)

***Балобанова Д.О.***

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук,  
доцент*

## **ВИЗНАННЯ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК НАПРЯМОК ДИНАМІКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ**

Розгляд динаміки кримінального права та її характеристик (ознак) [1] потребує окремого дослідження цих характеристик. Відносячи до них одиницю, тобто те, що змінюється або знаходиться в процесі, часові

відносини, просторові відносини та напрямок, необхідно проводити їх аналіз та звертати увагу на особливості їх визначення та зміни. В межах цієї публікації вважаємо за потрібне зупинитися на характеристиці «одиниці», а точніше на окремому її прояві.

Без одиниці не можна осмислити жодний динамічний стан. Одиниця може бути річчю; вона може бути якимось динамічним станом, наприклад, процесом інтеграції, дезінтеграції, росту, дегенерації, поширення та ін. Але якась одиниця, як логічний підмет, про зміну або модифікацію якої ми ведемо мову, повинна бути надана [2, с.80]. Для характеристики динаміки кримінального права слід виділити таку цілу одиницю, яка складається з трьох елементів. Цілою одиницею ми можемо назвати кримінальне право в широкому його розумінні (як науки та як галузі права та законодавства). Елементами, які утворюють цю одиницю слід визнавати: 1) кримінально-правову політику; 2) кримінально-правову доктрину (як систему поглядів, переконань, думок з приводу кримінально-правових норм та інститутів) та кримінальне законодавство (як сукупність загальнообов'язкових норм, що встановлюють «злочинність і караність, а також інші кримінально-правові наслідки діяння» (ч. 2 ст. 4 КК України); 3) правозастосовну діяльність [1, с.395].

Не зупиняючись на всіх елементах, хочемо звернути увагу на кримінальне законодавство, а саме на належність до його форм (джерел) актів застосування (правореалізаційних) [3, с.75-76] – окремих рішень Європейського суду з прав людини. Ця тенденція є новою для вітчизняного кримінального права та такою, що характеризує один з напрямків його сучасної динаміки.

Протягом тривалого періоду розвитку правової науки існувала досить жорстка позиція, що належність держави до тієї чи іншої правової сім'ї зумовлює визнання в якості джерела права чогось одного: або нормативного акта (романо-германська правова сім'я), або судового прецеденту (англо-американська правова сім'я). Але останнім часом і в теорії, і на практиці набуває підтримки думка, що абсолютний суверенітет закону в державах

континентального права (до яких належить й Україна) є фікцією і що поряд з ним існують й інші джерела права, а закон має смисл лише у єдності з ними [4, с.69]. Достатньо згадати, що й античне право, з якого походить римське, – це право, яке створювалося у кожному конкретному випадку для цього випадку; й римське право у початкових своїх формах було «правом суддів» (мало прецедентний характер), а лише потім почали вироблятися нормативні узагальнення, юридичні конструкції. Так, В.Ф. Опришко вказує на те, що особливістю європейського права є його виникнення та активний розвиток на основі як континентального, так і загального права [5, с.40].

Процеси, які відбуваються в сучасній Україні та пов'язані з намаганням увійти до Європейського співтовариства, характеризуються й переглядом позицій щодо джерел права в цілому та, безпосередньо, кримінального, та щодо впливу окремих наддержавних інституцій на правозастосовну практику. Так, в усіх державах – членах Ради Європи, та особливо у державах – членах Європейського Союзу, прецедентне й обов'язкове значення мають рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

В своїй діяльності ЄСПЛ поєднує елементи як континентального, так і загального права, зокрема, досить активно використовує правило прецеденту. Обґрунтування судових рішень відбувається виходячи не тільки з норм відповідних конвенцій (в першу чергу, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та протоколів до неї), а й принципів справедливості, розумності, природного права, відповідності моральним критеріям суспільної необхідності [5, с.41]. Європейський суд, як правило, не тлумачить актів національного законодавства, а, приймаючи рішення з конкретних справ, викладає своє розуміння змісту відповідних положень в аспекті дотримання прав людини та вказаної Конвенції. Його рішення (особливо аргументація) є орієнтиром для правозастосовувачів всіх держав, які визнали його юрисдикцію.

У 2006 р. в Україні був прийнятий Закон «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», ст. 17 якого

встановлює, що українські суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. і протоколи до неї (далі – ЄКПЛ) та практику Європейського суду з прав людини як джерело права [6, ст.260]. Крім того, ст. 2 цього Закону передбачає, що рішення ЄСПЛ є обов'язковими для виконання Україною відповідно до ст. 46 ЄКПЛ, а порядок їх виконання визначається цим Законом, Законом України «Про виконавче провадження», іншими нормативно-правовими актами з урахуванням передбачених законом особливостей.

На обов'язковий характер рішень ЄСПЛ у кримінальному провадженні вказує й положення п. 4 ч. 1 ст. 445 Кримінального процесуального кодексу України, згідно якого підставою для перегляду Верховним Судом України судових рішень, що набрали законної сили, є встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом [7, ст.88].

Все вищевикладене дозволяє погодитися з В.О. Навроцьким, який зазначає, що практика ЄСПЛ (рішення у конкретних справах) відіграють роль джерела кримінального права в Україні (професор Навроцький В.О. говорить про «джерела офіційного тлумачення кримінального закону»), оскільки вони: 1) є обов'язковими для всіх органів і службових осіб в Україні; 2) мають застосовуватися незалежно від того, чи стосується конкретне рішення України, чи винесене щодо іншої держави; 3) хоча й не стосуються характеристики тексту конкретних положень кримінального закону України, відображають загальноновизнані й загальноприйняті підходи до вирішення правових питань; 4) є обов'язковими незалежно від того, чи перекладені вони українською мовою і чи офіційно опубліковані в Україні [8, с.95].

Таким чином, можна констатувати, що одним з напрямків динаміки кримінального права є перегляд підходів до системи його джерел (форм) за рахунок визнання обов'язковості рішень та практики Європейського суду з прав людини та використання їх в якості орієнтиру дотримання прав людини,

що, в свою чергу, потребує відходів від багатьох стереотипів в науці та правозастосуванні.

### Література:

1. Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права як об'єкт наукового дослідження: поняття та ознаки *Наукові праці НУ «ОЮА»*. Т.13. О.: Юрид. література, 2013. с.392-399.
2. Сорокин П. Социальная и культурная динамика: Исследование изменений в больших системах искусства, истины, этики, права и общественных отношений СПб.: РХГИ, 2000. 1056 с.
3. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М. І. Хавронюка. К.: Ваіте, 2014. 944 с.
4. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. Монографія. К.: Юрисконсульт, 2006. 1048 с.
5. Опришко В. Ф. Проблема зближення європейського права із законодавством України *Європа, Японія, Україна: шляхи демократизації державно-правових систем* Мат-ли Міжн. наук. конф. 17-20 жовтня 2000 р.. К., 2000. с.38-46.
6. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України №3477-IV від 23.02.2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. №30. ст.260.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України №4651-VI від 13.04.2012 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. №9-10, №11-12, №13. – ст.88.
8. Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. В. О. Навроцького. К.: Юрінком Інтер, 2013. 712 с.

*Попов С.В.*

*Національний університет «Одеська юридична академія»*

*Здобувач кафедри кримінального права*

## **КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПОКАРАННЯ В КОНТЕКСТІ АВТОНОМНОЇ ТРАКТОВКИ НАЦІОНАЛЬНОЮ ДОКТРИНОЮ**

Принцип автономності визначення понять у юридичній практиці широко застосовується Європейським судом з прав людини. Для цього суд власне визначає характеристики відповідних термінів, як кримінальне правопорушення, покарання, тощо. «Поняття «покарання», котре міститься у статті 7 § 1 Конвенції, також має автономне значення. Для того, аби захист, наданий цим положенням, став дієвим, Суд має не вагаючись виходити поза зовнішню видимість і самостійно вирішувати, чи певний захід за своєю суттю є «покаранням» у розумінні цієї статті. Точкою відліку для будь-якої оцінки щодо існування «покарання» є визначення того, чи даний захід було накладено внаслідок визнання винним у кримінальному «правопорушенні». У зв'язку з цим можуть виявитись належними й інші складові: характер і мета даного заходу (зокрема, репресивна мета), його внутрішньо-правова кваліфікація, провадження, пов'язане з його постановленням і виконанням, а також його тяжкість» [1, р.7]

Аналіз кримінально-правових покарань в традиціях вітчизняного правотворення значною мірою обумовлений тенденціями розвитку національного кримінального права, серед яких, на наш погляд, принципову роль відіграють, принаймні, такі:

- Адитивність кримінально-правового реагування. Про це свідчить бланкетність значної кількості кримінально-правових норм. У цьому контексті нагадаємо позицію Ю.В. Бауліна, за якою кримінальний закон як зовнішня форма виразу кримінально-правових норм має свої закономірності. Одна з них полягає в тому, що кримінальний закон є комплексним

системним нормативним актом, адже він включає положення не лише кримінального, а й інших галузей права [2, с.15].

- Конвергенція галузей і норм національного права, як правило, за рахунок «проникнення» приватноправових елементів у традиційно публічні галузі як матеріального, так і процесуального права.

- Збереження поряд з позитивістським традиційного юснатуралістичного (О.Костенко) ставлення до кримінального права як до таких, що асоціюються з правом як мовним та правовим феноменом (Я.Гілінський).

Ще однією обставиною, що актуалізує постановку зазначеного питання, є проблематика зовнішнього системного середовища кримінального права та кримінального закону, до якого вони мають пристосовуватися, адаптуватися задля вирішення соціальних завдань. Це середовище створюється економікою, політикою, міжнародними стандартами, етнокультурою, злочинністю тощо [3, с.4].

Уявляється, що такі тенденції важливі, передусім, з позиції аналізу взаємопроникнення, дифузії засобів стимулювання належної поведінки, притаманних різним галузям позитивного права.

Сьогодні варто досліджувати покарання комплексно, починаючи з її поняття, конструювання, актуалізації, співвідношення з іншими заходами кримінально-правового характеру (соціального захисту, безпеки, компенсації) а також в значенні частини статті Особливої частини КК України, яка містить міру покарання, як обсяг встановлених юридичних обов'язків та суб'єктивних прав, спрямованих на обмеження соціальної активності,

реабілітацію та забезпечення безпеки суспільства від злочинця, та кримінального правопорушника від суспільства.

Такий підхід законодавця надає можливість використовувати елементи національного праворозуміння при конструюванні та застосуванні покарань, індивідуалізації кримінальної відповідальності. Саме тому Європейська спільнота, всупереч принципам Лісабонського протокола доси не в змозі уніфікувати кримінально-правові санкції за загально-кримінальні злочини.

На сучасному етапі, зважаючи на стан кримінально-правової доктрини, при побудові та індивідуалізації покарання поєднуються євроцентристські тенденції, характеристики політичної обстановки в країні, ступінь розвитку громадянського впливу на кримінальну політику, стан моральності, характеристики суспільно небезпечного діяння та особи винного, окремі особисті ознаки. Саме з урахуванням цієї сукупності критеріїв встановлюється автономне значення покарання та кримінальної відповідальності у сучасному законодавстві.

#### Література

1. Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_7\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf)
2. Баулин Ю.В. О методологическом значении деления права на частное и публичное для современной уголовно-правовой доктрины *Уголовное право: стратегия развития в XXI веке*: материалы Пятой междунар. науч.-практ. конфер. 24–25 января 2008 г. М.: Проспект, 2008. С. 15.
3. Бойко А.И. Системная среда уголовного права: автореферат дисс. на соискание уч. степени доктора юрид. наук: спец. 12.00.08 М., 2008. 40 с..

***Горбачова І.М.***

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук,  
доцент*

## **НЕДОЛІКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПЕЦІАЛЬНОЇ КОНФІСКАЦІЇ ЗА КК УКРАЇНИ**

Сучасні кримінальні кодекси допускають спеціальну конфіскацію знарядь, що послужили для скоєння злочину (*instrumenta sceleris*), або ж результатів злочину. Конфісковані предмети, якщо вони не підлягають знищенню, звертаються на користь держави, а в окремих випадках - на користь певних закладів чи фондів захисту прав потерпілих. Така спеціальна конфіскація заснована на принципах неприпустимості знаходження в обігу певних предметів, шкідливих для суспільного здоров'я, моральності або торгівлі (такі предмети піддаються знищенню), та ніхто не може збагачуватися шляхом порушення закону.

Заходи спеціальної конфіскації майна та предметів, набутих злочинним шляхом та предметів та засобів скоєння злочинного діяння, або переобладнаних для його скоєння передбачено в якості інших заходів кримінально-правового характеру, відмінних від покарання: п. d ч. 2 ст. 98 КК Молдови; ст.ст. 33 а, 36 с, 36 d КК Голландії; ст. 72 КК Литви; §§ 73-73 е КК ФРН; ст. 147 КК Сан-Марино; ст.ст. 58–59 КК Швейцарії; ст. 33 КК Естонії; п. 4 ст. 39 та ст.ст. 44–45 КК Польщі; §§ 75–77 КК Данії; ст.ст. 104<sup>1</sup>–104<sup>2</sup> КК РФ; ст. 53 КК Болгарії; ст.ст. 239-240 КК Італії; ст. 127 КК Іспанії; або в якості покарання - ч. 6 ст. 61 КК Білорусь – різновид конфіскації; ст.ст. 131-21, 131-6 КК Франції. Спеціальна конфіскація має або характер поліцейський, будучи заходом попередження й припинення злочинів, або характер карний, як покарання, спрямоване до заподіяння матеріальної шкоди злочинцеві.

Конфіскація доходів, отриманих злочинним шляхом, є одним із основних кримінально-правових засобів, що передбачений конвенціями ООН та Ради Європи з питань боротьби з транснаціональною організованою злочинністю, корупцією, наркобізнесом, відмиванням доходів, отриманих злочинним шляхом, тероризм та ін. Європейська практика застосування спеціальної конфіскації та практика ЕСПЛ вказує на те, що при застосуванні цього заходу права особи (право на власність) не порушується [1]. Втім в Україні цей захід так званої «спеціальної конфіскації» тривалий час не визнавався, і, будучи передбаченим в санкціях норм Особливої частини КК, фактично застосовувався по аналогії з порядком призначенням покарання.

Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» від 18.04.2013 р. № 222-VII до чинного КК України було введено новий захід кримінально-правового характеру – спеціальну конфіскацію. В Законі давалося визначення спеціальної конфіскації, та коло предметів та випадки, в яких вона мала застосовуватися. Втім вже 13.05.2014р. були внесені зміни до чинної редакції ст. 96<sup>2</sup> КК України. Ініціатори вказаних змін зауважували, що вони обумовлені потребою приведення норм чинного законодавства України у відповідність до положень Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 173), в частині запровадження процедури конфіскації майна та доходів, отриманих від корупційних діянь. При цьому у вказаному Законі акцент робився на запровадженні можливостей застосування спеціальної конфіскації за вчинення тільки корупційних злочинів, передбачених ст.364, 366, 368, 368-2, 369 та 369-2 КК України [2].

Втім вказані зміни об'єктивно мали б бути обумовлені не тільки вказаними чинниками. Ряд міжнародних конвенцій, зокрема конвенції ООН «Про боротьбу з фінансуванням тероризму» (2000), «Проти транснаціональної організованої злочинності» (2000р.), Європейська конвенція «Про відмивання, виявлення, вилучення й конфіскацію доходів від злочинної діяльності»

(1990р.), також передбачають необхідність застосування заходів спеціальної конфіскації. Тобто, інститут спеціальної конфіскації є фактором стримування й профілактики не тільки корупції, але й інших форм злочинної поведінки, організованої злочинності.

Як наслідок, вже 08.10.2015р. «перелік складів злочинів», за вчинення яких передбачалося застосування спеціальної конфіскації, поповнила ст. 159<sup>1</sup> КК України. Ще більш «цікавою» стає редакція ч. 1 цієї статті з 10.11.2015р. – цей «список» розширили такими складами, як у ст.ст 146-150-1, 152-156, 190-192, 198, 201, 209-212-1, 222, 233, 255-260, 301-320, 354, 361-365-2, 368-369-2 КК України [2]. В такому випадку виникає питання, а що ж тоді, на думку законодавця, мало б підлягати спеціальній конфіскації у випадках вчинення зґвалтування чи іншого статевого злочину, або, наприклад, у випадку викрадення людини або незаконного позбавлення волі, чи підміни дитини? Ще одне питання – якщо ми можемо застосувати у випадку вчинення шахрайства, то чому не можна спеціальну конфіскацію застосувати у випадку вчинення інших форм розкрадання? Отже ці зміни викликали ще більше запитань, аніж попередні.

І вже в останній редакції ст.96<sup>1</sup> КК України (зміни від 18.02.2016р.) законодавець логічніше обмежив сферу злочинів, у випадку вчинення яких можливе застосування спеціальної конфіскації, умисними злочинами або суспільно небезпечними діяннями, що підпадають під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК, (де основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), а також ч.1 ст. 150, ст. 154, ч.ч.2 і 3 ст. 159-1, ч.1. 190, ст.192, ч. 1 ст.ст. 204, 209-1, 210, ч.1 і 2 ст.ст.212, 212-1, ч.1 ст.ст. 222, 229, 239-1, 239-2, ч. 2 ст. 244, ч.1 ст.ст. 248, 249, ч.1 і 2 ст. 300, ч.1 ст.ст. 301, 302, 310, 311, 313, 318, 319, 362, ст.363, ч. 1 ст.ст. 363-1, 364-1, 365-2 КК [2].

Така хаотичність національного законодавства у визначенні «кола» злочинів, внаслідок вчинення яких особа може отримати майно, що буде підлягати спеціальній конфіскації, чи знярядь вчинення злочинів (з моменту

введення до КК України з квітня 2013р. вже було внесені шість змін до цього інституту), свідчить про непродуманість кримінально-правової політики в цьому питанні, та недостатнє розуміння правової природи спеціальної конфіскації.

В цілому оцінюючи позитивно зміни саме в частині врегулювання в КК спеціальної конфіскації взагалі, слід вказати що запропоноване регулювання не є повним та вдалим. Так, на сьогодні назва розділу XIV Загальної частини викладено в такій редакції: «Інші заходи кримінально-правового характеру», втім таке положення не отримує свого узгодження зі ст. 1 КК України. Доцільно було також внести відповідні зміни до ч. 2 ст. 1 КК України, та викласти в наступній редакції: «2. Для здійснення цього завдання Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання і інші заходи кримінально-правового характеру застосовуються до осіб, що їх вчинили».

В ст. 96-1 КК непослідовно та нелогічно спочатку визначається, що спеціальна конфіскація застосовується лише у випадках, передбачених в Особливій частині цього Кодексу, а далі в ч. 1 ст. 96-2 КК в декількох пунктах конкретизуються вичерпний перелік випадків застосування спеціальної конфіскації. В існуючій редакції ст. 96<sup>1</sup> КК України сфера дії Закону обмежена певною сферою злочинних правопорушень – і існуючими положеннями КК не охоплюються всі випадки застосування спеціальної конфіскації (згідно до ч.1 ст. 96-2 КК). Так, виходячи з випадків застосування спеціальної конфіскації, її потрібно ввести до норм, що передбачають відповідальність за ст.244 КК, ст.248 КК, ст. 213 КК – (конфіскація коштів, отриманих від реалізації металобрухту та самого металобрухту) та ін.

В чинній редакції КК виключено з санкцій окремих статей Особливої частини КК вказівку на обов'язкове застосування спеціальної конфіскації. При цьому в Загальній частині КК фактично не вказується на обов'язковість в усіх вказаних випадках застосовувати спеціальну конфіскацію. Вважається, що це теж не є обґрунтованим кроком, адже це фактично знімає з судді обов'язок

мотивувати своє рішення про не застосування до особи заходів спеціальної конфіскації.

Незважаючи на численні зміни в частині врегулювання порядку застосування спеціальної конфіскації, невирішеними законодавцем залишилися питання загальних засад застосування заходів спеціальної конфіскації, порядку застосування спеціальної конфіскації разом з покаранням або без такого, не визначено, які обставини мають враховуватися судом при застосуванні такого заходу. На противагу, в даному розділі XIV чітко регламентований порядок застосування, зміни та припинення примусових заходів медичного характеру, примусового лікування. Чинний КК України також передбачає обов'язковий порядок та правила призначення покарання – в ст.ст. 65-73 КК.

А щодо спеціальної конфіскації законодавець обмежився лише випадками застосування спеціальної конфіскації, таким чином не усунувши прогалину в кримінальному законодавстві з питання порядку, умов та наслідків застосування спеціальної конфіскації. Відсутність вказівки в КК України на обов'язковість застосування спеціальної конфіскації, неврегульованість порядку її застосування в остаточному підсумку призведе до того, що норми про спеціальну конфіскацію будуть «мертвими».

Повне визначення в Загальній частині КК України правової природи спеціальної конфіскації, яка є іншим заходом кримінально-правового характеру, надасть доцільну та обґрунтовану можливість застосування вказаних заходів щодо предметів, у випадках, коли до осіб не застосовується кримінальне покарання (неповнолітні, особи, звільнені від кримінального покарання та ін.).

Зазвичай спеціальній конфіскації підлягають речі, яке використовувалися для вчинення злочину, за допомогою яких злочин було вчинено, або майно, здобуте внаслідок вчинення злочину, і яке може знаходитися як у власності винної у вчиненні злочину особи, так само може перебувати у власності третіх

осіб. Головне для спеціальної конфіскації – пов'язаність майна або предметів до механізму певного злочину.

При врегулюванні такого заходу слід було б уточнити, що основна особливість таких заходів кримінально-правового характеру полягає в тому, що вони не містять у собі каральної сутності, а тому не вимагають встановлення відповідності такого заходу ступеню тяжкості вчиненого злочину, а отже такі заходи не мають бути передбачені в санкціях Особливої частини КК. Але обов'язковий порядок їх застосування повинен бути обумовлений в Загальній частині КК України.

Це заходи обмежувального характеру, що застосовуються від імені держави за мотивованим рішенням суду та спрямовані на попередження і припинення порушення права, або на припинення дій, що порушують (або здатні порушити) інтереси інших осіб, суспільства, держави, усунення передумов криміногенної ситуації, попередження вчинення такою особою нових суспільно небезпечних діянь з використанням певних предметів. Але при цьому в тій же Загальній частині КК має бути врегульований порядок і наслідки застосування заходу.

Проблемним в практичному застосуванні законодавства постає питання можливості доведення джерел походження доходів. Тому тепер у наукових дискусіях висловлюється думка про те, що обвинувачений сам повинен доказувати легальність походження своїх доходів.

А.І. Долгова зазначає, що не завжди можливо довести злочинне походження речей та майна лише за зібраними матеріалами справи. В такому випадку дієвим методом є доведення законності походження доходів самою особою. О.В. Зудова наполягає на тому, що у випадку визнання особи винною у скоєнні певного злочину, виникає обов'язок самої особи довести, що належне їй майно, було придбано на законних підставах, за відсутності таких доказів - підлягає конфіскації.

В цілому, аналіз спеціальної конфіскації як заходу кримінально-правового впливу дозволяє зробити висновок, що кінцева мета цих заходів

зводиться до унеможливлення використання певних предметів (майна, речей) на майбутнє, що по суті, збігається з визначенням «усунення криміногенності ситуації», вилучення її чинників. І при належному та повному врегулюванні застосування спеціальної конфіскації вона може бути ефективним та дієвим засобом у протидії корупції, наркобізнесу, відмиванню «брудних грошей», тероризму та ін. небезпечним злочинним проявам.

### **Література:**

1. Горбачова І.М. Дотримання прав людини при застосуванні до винної особи заходів спеціальної конфіскації за чинним КК України *Боротьба зі злочинністю та права людини*: Зб. наук. статей / За ред. М.П.Орзіха, В.М. Дрьоміна. Б-ка журн. „Юридичний вісник”. О.: Фенікс, 2006. С.112-117.
2. Кримінальний кодекс України від 2001р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page3>
3. Институт конфискации имущества в комплексе мер борьбы с коррупцией (материалы круглого стола 30.09.04, с сокращениями) *«Право и безопасность»*. № 1 (14). 2005 URL [http://dpr.ru/pravo/pravo\\_11\\_5.htm](http://dpr.ru/pravo/pravo_11_5.htm)

***Мирошниченко Н.М.***

*Національний Університет «Одеська юридична академія»,  
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук,  
доцент*

### **ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ САНКЦІЙ СТАТТІ ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ**

Формування правової держави вимагає розробки ефективних заходів боротьби зі злочинністю. Особливе місце серед таких заходів займає покарання. Для досягнення такої мети покарання, як попередження та

виправлення особи, необхідно правильно обрати вид та міру покарання винній особі, яке буде достатнім для її виправлення. Це в першу чергу залежить від санкції статті.

За останні декілька років у діючий КК України було внесено чимало змін у санкції статей Особливої частини. Відповідно до пояснювальних записок до даних Законів, такі зміни обумовлені необхідністю гуманізації кримінального законодавства. Ці зміни направлені на розширення видів покарань, які можна застосовувати за конкретний злочин, або на зміну існуючих меж покарання, що передбачені у санкції. Незважаючи на значну кількість змін за останні роки, однак у правозастосовній практиці виникають деякі труднощі при застосуванні санкцій статті при призначенні покарання.

Деякі проблемні питання застосування санкцій при призначенні покарання висвітлювалися у наукових працях таких науковців, як: Н.Л. Березовської, М.П. Ігнатенко, А.С. Макаренко, Н.А. Орловської, В. О. Тулякова та інші.

У судовій практиці виникають певні труднощі із застосуванням санкцій статей коли в них передбачені види покарань, які неможливо застосувати до винної особи. У розділі X Загальної частини законодавець встановив особливості застосування кожного виду покарання, а також зазначив до яких категорій осіб не може застосовуватися кожний із видів покарань. На сьогодні лише два основних видів покарань, які можуть застосовуватися до всіх категорій осіб, це позбавлення волі на певний строк та штраф. Для застосування всіх інших покарань існують певні обмеження, зокрема це стосується вагітних жінок до яких не можна застосовувати більшість основних видів покарань, а саме громадські роботи, виправні роботи, арешт, обмеження волі, довічне позбавлення волі, тобто ті які найчастіше передбачені у санкції статті. Виникає питання як застосовувати покарання, якщо у санкції передбачені покарання, які не можна застосовувати до даної категорії осіб? Зокрема така проблема виникає при призначенні покарання за такі злочини, як: погроза вбивством ( ч. 1 ст. 129 КК), необережне

тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження ( ст. 128 КК), порушення правил безпеки руху або експлуатації залізничного, водного чи повітряного транспорту ( ч. 1 ст. 276 КК), експлуатація дітей ( ст. 150 КК) та деякі інші.

Так, наприклад, у санкції ч. 1 ст. 129 КК передбачається можливість призначення покарання у вигляді арешту або обмеження волі. Відповідно до ст. 60 та 61 КК України зазначені види покарань не можливо застосовувати до вагітних жінок. Виникає питання, як в такому випадку призначати покарання?

Відповідно до діючого КК України суд не має права виходити за межі санкції, тільки виключних випадках, які зазначені у ст. 65 КК України. Отже КК України не врегульоване це питання. Відповідь на це питання надає Постанова Пленуму Верховного Суду „Про практику призначення судами кримінального покарання”, у якому зазначено, що у випадках, коли санкцією закону, за яким засуджується особа, передбачено лише такі покарання, які з огляду на її вік чи стан не можуть бути до неї застосовані. В таких випадках суд, за наявності до того підстав, відповідно ст. 7 КПК повинен закрити справу і звільнити особу від кримінальної відповідальності або постановити обвинувальний вирок і звільнити засудженого від покарання. Суд також у даному випадку не вправі перейти до більш м'якого виду покарання на підставі ст. 69 КК України. Стає питання чи є дане положення обов'язковим для суду?

Так, відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07 липня 2010 р. роз'яснення Пленуму Верховного Суду України з питань застосування законодавства мають лише рекомендаційний характер. Отже застосування зазначеного положення не є обов'язковим. Проте слід відмітити, що відповідно до ст. 445 КПК України підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України. Із місту даного положення можна зробити висновки, що Постанови є обов'язковими для суду. Тому на сьогодні це питання є відкритим. Навіть

якщо, вважати, що зазначене положення має обов'язкове значення для суду, то воно містить певні протиріччя з діючим КК України, а саме:

- відповідно до ст. 44 КК перелік підстав звільнення від кримінальної відповідальності передбачений тільки у КК України, тому на підставі Постанови Пленуму ВСУ особа не може бути звільнена від кримінальної відповідальності. Також у ч. 1 ст. 74 КК України зазначено, що підстави звільнення від покарання прямо передбачені у КК України, за винятком підстав, які зазначені у Законі «Про амністію» чи акту про помилування. Тому не можна звільняти особу від покарання на підставі Постанови Пленуму ВСУ;

- зазначена постанова посилається на норми кримінально-процесуального законодавства, що втратили свою юридичну чинність. Тому не можна застосовувати ці положення.

Зазначене свідчить про неможливість застосування цього положення постанови Пленуму ВСУ. Вирішення цієї проблеми можливо за допомогою внесення певних змін до КК України, і чітко зазначити правові наслідки неможливості застосування покарання, якщо санкція містить види покарань, які не можна застосовувати до винної особи. Тому пропонується ст.74 КК України доповнити частиною шостою наступного змісту: «Якщо санкцією Особливої частини даного кодексу, за якою засуджується особа, передбачено лише такі покарання, які з огляду на її вік чи стан не можуть бути до неї застосовані, такі особи звільняються від покарання».

Крім того у судовій практиці виникають ситуації, коли санкція є альтернативною, але до деяких категорій осіб, із всіх видів покарань, що вказані у санкції статті, можна застосувати тільки позбавлення волі, у зв'язки тим що інші покарання зазначені у санкції не можна застосовувати до такої особи на підставі норм Загальної частини КК України. В більшості випадків така ситуація стосується неповнолітніх осіб, особливо така проблема стосується осіб від 14 до 16 років, оскільки у даному році може бути застосоване тільки позбавлення волі на певний строк. Зокрема, така проблема виникає при призначенні покарання за злочини, які передбачені у: ст. 116,

ст.117, ч. 1 ст. 122, ч. 2 ст. 345, ч.2 ст. 350, ч. ст. 377, ч. 398, ч. 1, 2 ст.185, ч. 1 ст.186, ч. 1 ст. 189, ч. 1 ст. 277 КК України. Зазначені санкції передбачають поряд із позбавленням волі інші види покарань, які не можуть бути застосовані до неповнолітніх осіб у віці від 14 до 16 років.

В даному випадку порушуються принцип рівності всіх перед законом, а також принцип гуманізму та інші принципи. Оскільки неповнолітні знаходяться не в рівному становищі з повнолітніми, їх становище погіршується, а саме повнолітнім особам за такі злочини можна призначити покарання не пов'язане із позбавленням волі, а неповнолітньому тільки позбавлення волі, або ставити питання про звільнення їх від покарання, якщо будуть такі підстави, але вони не завжди є.

Для усунення цих прогалин, на нашу, думку доцільно розширити перелік основних видів покарань, що можна застосовувати з 14 років. Слід погодитись з думкою деяких вчених, які пропонують до неповнолітніх осіб застосовувати покарання у вигляді домашнього арешту, зокрема таку позицію підтримують: В.М. Бурдін, Н.Л. Березовська та інші. Даний вид покарання містить в собі, як виховний характер так й обмежую свободу осіб.

Отже вважаємо необхідним внести зміни у статтю 98 КК України і доповнити перелік видів покарань, що застосовуються до неповнолітніх покаранням у вигляді домашнього арешту. Крім того всі санкції, які передбачають поряд із позбавлення волі також інші види основних покарань, доповнити їх покаранням у вигляді домашнього арешту, зокрема це: ст. 116, ст.117, ч. 1 ст. 122, ч. 2 ст. 345, ч.2 ст. 350, ч. ст. 377, ч. 398, ч. 1, 2 ст.185, ч. 1 ст.186, ч. 1 ст. 189, ч. 1 ст. 277 КК України. Це надаси змогу суду на підставі всіх обставин справи та особистості винної особи обирати покарання яке позбавляє волю неповнолітнього, або покарання яке обмежую волю.

Зазначені пропозиції щодо вдосконалення діючого КК України допоможуть вирішити деякі спірні питання при застосуванні санкцій статей КК України при призначенні покарання.

***Поліщук О.М.***

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук,  
доцент*

## **ЄВРОПЕЙСЬКА КОНВЕНЦІЯ ТА СУДОВА ПРАКТИКА ЄСПЛ У ФОКУСІ АПРОКСИМАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО**

Сучасний етап розвитку України знаменується яскраво вираженим вектором євроінтеграції. Визначене обумовлює необхідність гармонізації та апроксимації українського законодавства до європейського, в тому числі і в кримінально-правовій сфері. З точки зору правозастосування Європейська конвенція та практика Європейського Суду з прав людини (надалі – «ЄСПЛ») мають велике значення для кримінально-процесуальної сфери, а в рамках кримінально-правової більшою мірою стосуються питань єдності термінологічного апарату щодо кримінальних правопорушень – визначенні близьких або тотожних дефініцій складу, їх тлумаченні, а також меж криміналізації та пеналізації.

В рамках цих тез ми плануємо наративно окреслити узагальнений підхід до визнання Європейської конвенції та практики ЄСПЛ джерелами кримінального права України, особливості їх застосування, а також подальших перспектив розвитку в світлі апроксимації українського законодавства до європейського.

Як зазначається в пресі [1], Європейський суд з прав людини розглядає 14 250 позовів проти України. Україна залишається одним із лідерів за кількістю скарг громадян до ЄСПЛ і кількістю повторних скарг, що свідчить про повільний процес імплементації Конвенції про захист прав людини і

основоположних свобод на національному рівні. Попри те, що близько 96% скарг визнається судом неприйнятними, наразі на розгляді суду перебуває 14 250 заяв проти України, близько дев'яти тисяч з яких стосуються невиконання рішень ЄСПЛ. В основному громадяни України скаржаться до ЄСПЛ на тривалість судового розгляду, необґрунтоване або довготривале тримання особи під вартою, застосування тортур, неналежне поводження чи покарання.

У зв'язку з наведеним підвищується актуальність визначення «заряду позитивного значення» Європейської конвенції та практики ЄСПЛ для України. Конвенція підтвердила наявність загальноєвропейської тенденції побудови конституційної демократії, яка з 1953 року є додатковим інструментом для захисту основних прав не тільки від свавілля держави в цілому, а й для захисту осіб та груп осіб від «ексцесів правління парламентської більшості», а також для усунення обмежень свободи, які встановлені не свавільно, а в інтересах суспільства, згідно з легітимною метою, але з диспропорційним або нечесним тягарем, що покладається на окремих осіб [2].

Необхідність забезпечення прямої дії норм Конвенції, в якій закріплено права людини та основні свободи, практично полягала не тільки у визнанні їх природно-правового характеру, тобто такими, які не надаються державою, а є «невідчужуваними» та «непорушними». Йшлося про встановлення нових стандартів правосуддя при тлумаченні тих норм Конвенції, які з огляду на специфіку юридичної природи прав людини не можуть бути сформульовані абсолютно чітко, не потребують додаткового та конкретизуючого тлумачення, оскільки існують у вигляді «відкритого тексту» з метою вирішення майбутніх проблем. Цій меті максимально прислужилося створене Європейським судом з прав людини прецедентне право, яке надає правам людини необхідної конкретизації, визначає їхню юридичну природу, універсалізує їх розуміння і надає чіткості та ясності розуміння тексту Конвенції [2].

Таким чином, Конвенція та практика ЄСПЛ являють собою важливе джерело-втілення загальноєвропейських правових цінностей у сфері захисту прав і свобод людини.

Саме ці підходи забезпечили безпосередню дію норм Конвенції шляхом суддівського формулювання певних юридичних конструкцій — силогізмів, відповідно до яких вирішуються справи і які наповнюють права людини новим морально-етичним та гуманітарним змістом. Адже узагальнення практичного досвіду — це й використання судових рішень у справах щодо захисту прав людини, загальноправових принципів, міжнародних звичаїв, а також наукової доктрини. Як зазначено, наприклад, у пункті (d) частини першої статті 38 Статуту Міжнародного суду ООН, Суд повинен застосовувати судові рішення та роботи найкваліфікованіших науковців різних націй як додатковий засіб визначення принципу, згідно з яким має бути вирішена справа (rules of law) [2].

Особливої уваги заслуговує специфіка судових рішень у країнах загального права. Вони містять чимало моральних оцінок, які даються відповідно до певних критеріїв. Це парадоксальне «змішування» права з мораллю, яке заперечує основний постулат юридичного позитивізму та змінює традиційне уявлення про ієрархію правових норм, є наслідком практичних зусиль Європейського суду з прав людини щодо забезпечення прямої дії конвенційних норм з метою визначення критеріїв оцінки внутрішнього законодавства країн, що ратифікували Конвенцію [2].

Конвенція, на відміну від інших міжнародних договорів, є комплексним та складним правовим механізмом захисту прав людини, який включає власне конвенційні норми, а також рішення Європейської комісії з прав людини та Комітету міністрів Ради Європи, судову практику Європейського суду з прав людини, прецедентне право, загальновизнані принципи та норми міжнародного права, специфічні методи тлумачення Конвенції, наукову доктрину з питань її застосування тощо. Усе це визнала Україна 17 липня 1997 року, прийнявши Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав

і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» за № 475/97-ВР. У пункті першому цього Закону зазначено, що Україна повністю визнає на своїй території дію статті 46 Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції [2].

*Продовжуючи процес апроксимації законодавства в розрізі євроінтеграції України 20 червня 2014 року* Міністр юстиції України П.Д. Петренко підписав протоколи №15 та №16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [3].

Оскільки Конвенція як комплексний механізм має пряму дію у межах юрисдикції української судової системи, принципи тлумачення Конвенції, що застосовуються Європейським судом з прав людини, мають особливе значення та цінність для українських суддів.

Конвенція має як прямий, так і опосередкований вплив на кримінальне право України, що проявляється у врахуванні як тексту самої Конвенції, так і правових позицій ЄСПЛ як органу, який здійснює офіційне тлумачення конвенційних норм. Використання правових позицій ЄСПЛ при тлумаченні Конвенції та протоколів до неї є обов'язковим відповідно до підпункту б п. 3 ст. 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів як наступна практика застосування договору. ЄСПЛ у конкретній справі тлумачить норми Конвенції і створює особливу норму – норму тлумачення. Саме вона вміщує «правову позицію» ЄСПЛ щодо розуміння конвенційних норм, які сформульовані у Конвенції у загальному вигляді, а їх змістовне наповнення всебічно деталізується у практиці ЄСПЛ. Така деталізація міститься у правовій позиції ЄСПЛ, оскільки загальне усталене правило має лише це загальне тлумачення ЄСПЛ певного аспекту конвенційної норми. Вона служить орієнтиром для правозастосування і за змістом є невід'ємною частиною принципу, що закріплений у конвенційній нормі. Правові позиції ЄСПЛ мають

застосовуватися для з'ясування змісту тієї чи іншої конвенційної норми, що отримала кримінально-правовий захист у КК України. Суперечності з'ясування змісту повинні вирішуватися на користь правових позицій ЄСПЛ, адже вони не замінюють кримінально-правову норму, а розкривають повний зміст терміна або описують право, яке поставлене під охорону кримінального закону [4].

Застосування Конвенції в Україні дасть можливість змінити унітарні позитивістські погляди на право і ввести в теорію та практику необхідний плюралізм, включаючи рецепцію природного права; застосувати нові та «динамічні» принципи і методи тлумачення норм про права людини; змінити стиль написання судових рішень; розвинути конституційну юриспруденцію основних прав людини [2]. В будь-якому випадку, «негнучкість», «статичність» української юстиції доповнюється нині новими, раніше невластивими елементами живого існування та застосування права.

Оцінюючи вплив та значення практики ЄСПЛ для України, варто відзначити, що вона є яскравим уособленням втілення концепції «живого права» Євгена Ерліха в сфері української юстиції. З огляду на динамічність суспільних перетворень в нашій державі позитивне право не завжди встигає врегулювати, забезпечити їх належною охороною. В цьому випадку практика ЄСПЛ стає орієнтиром для більш персоніфікованого та динамічного підходу в правозастосуванні.

На сьогоднішній день практика ЄСПЛ поступово, але все активніше застосовується українськими судами при відправленні правосуддя, і стосується це не тільки сфери кримінальної юстиції, але й також цивільної та господарської. Основним позитивним моментом є апроксимація єдиного праворозуміння та правозастосування на теренах Європи. Завдяки високому потенціалу «духу права», «права справедливості» практика ЄСПЛ створює базис для підвищення якості правосуддя в Україні, дозволяє відійти певною мірою від окремих негативних аспектів юридичного позитивізму при винесенні судових рішень та в більшій мірі забезпечити справедливе

дотримання прав і свобод учасників процесу. Єдність термінологічного апарату КК України з відповідним апаратом Європейської конвенції та судової практики ЄСПЛ дозволить найбільшою мірою сприяти апроксимації українського кримінального законодавства до європейського.

На підставі вищевикладеного, слід підсумувати, що Європейська конвенція та практика ЄСПЛ є 1) джерелами кримінального права України; 2) дозволяє втілювати юридичний плюралізм застосовуючи прецедентну практику; 3) слугує орієнтиром для подальшої правотворчості та правозастосування (в аспекті правових позицій та дефініцій ЄСПЛ) як одного зі способів апроксимації українського законодавства до європейського.

#### Література:

1. [http://www.radiosvoboda.org/archive/ukrainian\\_news/20160229/630/2730.html?id=27580841](http://www.radiosvoboda.org/archive/ukrainian_news/20160229/630/2730.html?id=27580841)
2. Шевчук С. Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод: практика застосування та принципи тлумачення у контексті сучасного українського право розуміння URL <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=416>
3. Постійне представництво України при Раді Європи URL: <http://coe.mfa.gov.ua/ua/press-center/news/24414-ukrajina-prijednalasy-do-15-ta-16-protokoliv-konvenciji-pro-zahist-prav-lyudini-i-osnovopolozhnih-svobod>
4. [Хім'як](#) Ю.Б. Гармонізація кримінального права України з практикою Європейського суду з прав людини : автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.08 Київ : Б.в., 2011 . 19 с.

**Кузембаєв О.С.**

*Національний університет «Одеська юридична академія»,*

## **ЗНАЧЕННЯ ПРЯМОЇ ДІЇ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ**

Питання про наявність прямої дії рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) в теорії кримінального права України є вельми актуальним у зв'язку із тим, що й досі не отримала остаточного вирішення щодо застосування. У зв'язку з цим потребує необхідності дослідження існування прямої дії рішень Європейського суду з прав людини та висвітлення проблем правової неузгодженості національної кримінально-правової системи України із міжнародним законодавством, що отримала значення в останні роки.

Серед вчених проблемами застосування практики ЄСПЛ в кримінальному праві займалися такі науковці, як: П.П. Андрушко, С.В. Ківалов, Д. Кухнюк, П.М. Рабінович, Д.С. Терлецький, В.О. Туляков, М.І. Хавронюк, Ю.Б. Хім'як, С.В. Шевчук та інші.

Визначимо правовий (легітимний) статус результатів діяльності ЄСПЛ в Україні, що неупереджено засвідчує про наявність, поки що, визнання на території України рішень ЄСПЛ, та однозначно є одним з перших кроків до подальшої реальної дії в Україні практики цього суду.

Ратифікувавши Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Перший та низку інших протоколів до неї, Україна одночасно визнала обов'язковою юрисдикцію Європейського суду з прав людини з питань тлумачення та застосування її положень. Виконання Рішення Європейського суду з прав людини полягає або у: а) виплата на користь Стягувача (заявника до Європейського суду з прав людини у справі проти України, на користь якого постановлено рішенням Європейського суду з прав людини або з яким досягнуто дружнього врегулювання, чи його представнику, чи його правонаступнику, чи особі (групі осіб), на користь якої

рішенням Європейського суду з прав людини визначено обов'язок України в міждержавній справі) відшкодування у вигляді розумної сатисфакції; б) застосуванні додаткових заходів індивідуального характеру (відновлення попереднього юридичного стану та інші); або в) у вжитті заходів загального характеру (внесення змін до законодавства, адміністративної практики та забезпечення юридичної експертизи законопроектів) [1]. В Україні згідно ст. 9 Конституції України «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України». Окремо необхідно зазначити, що із введенням в дію Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року положення про те, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням рішень (практики) ЄСПЛ, знайшло своє відображення у загальних засадах кримінального провадження (ч. 5 ст. 9 КПК України). Слід зазначити, що Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ в Узагальненні судової практики застосування судами загальної юрисдикції першої та апеляційної інстанцій при здійсненні судочинства у кримінальних справах статей 3, 5, 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року за 2011 – перше півріччя 2012 року було наголошено, що «для реалізації ефективного захисту гарантованих прав і свобод громадян та уникнення у подальшому порушень Конвенції існують всі підстави для застосування у судовій практиці національних судів (їх рішеннях) правових позицій (практики) ЄСПЛ у контексті законодавства України та Конвенції» [2].

В науковому середовищі щодо правової природи рішень (практики) ЄСПЛ думки вчених мають неоднозначний полі-характер. Так, рішення (практику) ЄСПЛ називають: 1) судовий прецедент, який має обов'язкову силу як для ЄСПЛ, так і для національних судів України (Кухнюк Д.В.); 2) прецедент за змістом («прецедентне право») (Туманов В., Супрун Д.) і є обов'язковими для самого суду, який його прийняв (Дудаш Т.І.); 3) прецедентна практика і при цьому національні суди звертаються до рішень

ЄСПЛ, але вони не зобов'язані автоматично їх дотримуватись (Попов Ю.Ю.); 4) прецедент тлумачення (Зміївська С.С., Орловська Н.А.); 5) правотлумачний (Ільченко І.) або правоконкретизаційний прецедент (Путраймс І.І.); 6) рішенням, що має норму тлумачення (Хім'як Ю.Б.); 7) як таке рішення, яким ЄСПЛ послідовно дотримується своєї попередньої практики, проте в наявності формальна відсутність доктрини прецеденту (Шевчук С.В.) та інші.

Доволі прогресивну позицію окреслила Сорока О.О., яка зазначає, що можливість ЄСПЛ реагувати на об'єктивні процеси розвитку суспільства та держави та передбачати у своїй судовій практиці вирішення питань на перспективу, підкреслює унікальність як цієї судової інстанції, так і результатів її діяльності (практики) і свідчить про широкі можливості використання ЄСПЛ розсуду у тлумаченні та застосуванні норм Конвенції [3, с. 268]. Й дійсно, унікальність цієї судової інстанції має неоднозначний характер. Так, з одного боку можливо говорити про необхідність забезпечення дотримання прав людини в тій державі яка взяла курс на визнання Конвенції, проте виникає питання: чи варто такій державі самостійно забезпечувати дотримання таких прав чи обов'язковим є наявність за нею «стороннього нагляду».

І як раз за таке протиборство й здійснює поборення національне кримінальне право в Україні. Так, у зв'язку з цим виникає багато питань – враховуючи особливості національного кримінального права і законодавства (в особливості положень ч. 3 ст. 3 КК України), автономне застосування практики ЄСПЛ правозастосувачами виключається, та ставить питання: чи варто говорити про декодифікацію кримінального законодавства у зв'язку з ідеєю використання прецедентного права у кримінальному судочинстві [3, с. 269]. При правозастосуванні виникає питання про визначення юридичної сили (преюдиційності) практики ЄСПЛ в правозастосовувальній діяльності в Україні.

Далі також й, Андрушко П.П. ставить запитання, про те, чи практика ЄСПЛ по яких рішеннях має застосовуватись як джерело права, по рішеннях,

відповідачем (стороною) в яких є Україна, чи по рішеннях, винесених й щодо інших країн? У Законі «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», однозначної відповіді на поставлене запитання не міститься. В ч. 1 ст. 17 цього Закону встановлено, що суди застосовують при розгляді справ практику ЄСПЛ як джерело права, а зміст (значення) терміну «практика ЄСПЛ» визначається у абз. 5 ч. 1 ст. 1 цього Закону тавтологічно й «розмито» – це практика Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини [4, с. 78]. Нами вважається, що необхідно використовувати тільки рішення ЄСПЛ як джерело права, в тому числі й кримінального та кримінального процесуального по рішеннях, відповідачем (стороною) в яких є Україна, у зв'язку із відмінністю правової системи України від правових систем більшості європейських країн, й тим більше до моменту входження України до Європейського Союзу на правах повноправного члена.

Дещо іншу позицію займає Ільченко І., яка вважає, що практика ЄСПЛ є обов'язковою для українських судів саме і лише при розгляді спорів, і тільки при вирішенні цивільних, господарських тощо справ [5, с. 147]. Схожої позиції пов'язаної з відмовою визнання й за кримінальним правом обов'язку сприймати практику ЄСПЛ як джерело права, має й Андрушко П.П., який вказує, що такий висновок наразі не може поширюватись беззастережно на розгляд судами кримінальних справ і лише тільки при застосуванні судами кримінально-процесуальних норм [4, с. 78].

Серед конституціоналістів Національного університету «Одеська юридична академія» також немає однозначної думки. Так, Д.С. Терлецький вважає, що актуальний та прогресивний характер положення про застосування судами практики ЄСПЛ як джерело права в Україні, фактично знівельовано до декларативного (тобто необов'язкового) рівня через повну відсутність зрозумілого механізму застосування практики ЄСПЛ під час реалізації судочинства. Пояснення такого становища є контрпродуктивним – Закон про виконання містить положення, лише щодо порядку посилання на Конвенцію

та практику ЄСПЛ та не визначає яким чином її застосовувати. Також, нами погоджується, що фактично відбувається поступова еволюція традиційних уявлень щодо системи національного законодавства та впровадження в теорію та практику правозастосування України певних елементів доктрини прецеденту [6, с. 99, 103]. Правильним на наш погляд є зауваження Дмитрука М.М., який також зазначає, що практика ЄСПЛ із застосування Конвенції є джерелом права України [7, с. 99], хоча не зазначається, а чи кримінального також?

Отже, саме врахування судами під час реалізації судочинства рішень ЄСПЛ або в контексті Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» – їх застосування як джерел кримінального права, вимагає саме вирішення таким чином, щоб суддями сприймалися міжнародно-правові акти, зокрема й в першу чергу, Конвенції в контексті рішень ЄСПЛ саме як джерело права, як складової національного законодавства (в прикладному значенні), а також й на рівні правової системи України загалом (в більш широкому розумінні).

При вирішенні питання про застосування міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України як безпосередніх джерел правових норм виникає питання щодо визначення місця в системі джерел права практики ЄСПЛ, та про вирішення колізій між національно-правовими і міжнародно-договірними нормами і визначення у цьому контексті ієрархічного місця міжнародних договорів в системі національного законодавства України.

Дане становище ускладнюється й тим, що згідно принципу верховенства права суди можуть враховувати лише ті правові позиції (практику) ЄСПЛ, які не суперечить тим положенням законів України, в яких відтворені положення Конституції України. У будь-якому разі, при суперечності правових позицій ЄСПЛ і норм Конституції України, як і при суперечності правил міжнародно-правових договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою

України, і положень (норм) Конституції України, пріоритет мають концептуальні положення норм Конституції України, яка в системі джерел права (згідно ст. 9 Конституції України) займає перше місце. Тобто діє верховенство Конституції України.

Нами в повній мірі визнається необхідність утвердження в кримінальному праві України за рішеннями ЄСПЛ характеру актів прямої дії. І пряма дія рішень Європейського Суду з прав людини часто здатне автоматично запобігти новим порушенням Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, подібні тим, які вже були виявлені в минулих рішеннях щодо України або навіть й щодо інших країн. В тих країнах, де пряма дія рішень ЄСПЛ має місце, публікація судового рішення у відповідних юридичних виданнях, може іноді бути достатньою для його виконання, тому що, суди автоматично беруть до уваги опубліковане прецедентне рішення і, відповідно, запобігають подібним чи схожим порушенням у своїй судовій практиці.

Тим самим, в українське кримінальне право входять Європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод і Протоколи до неї, що ратифікована Україною й рішення ЄСПЛ, що мають офіційну правову інтерпретацію цієї Конвенції. Отже, Конституція України і норми міжнародного права, в тому числі і Європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, є самостійними джерелами українського кримінального права, поряд із Кримінальним кодексом України 2001 р. Це впливає з Конституції України яка має пряму дію відповідно до ч. 2 ст. 8 Конституції України.

Таким чином, в якості джерела українського кримінального права рішення ЄСПЛ, можна визначити, як офіційно опублікований чи офіційний текст рішення, що містить правотлумачення Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і Протоколів до неї, і яке має загальнообов'язкову юридичну силу в кримінальному праві України, що посідає наступне після Конституції України місце за ієрархію джерел права.

### Література:

1. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України № 3477-IV від 23.02.2006 р. *Відомості Верховної Ради України* від 28.07.2006 2006 р., № 30, стор. 1114, стаття 260;
2. Узагальнення судової практики застосування судами загальної юрисдикції першої та апеляційної інстанцій при здійсненні судочинства у кримінальних справах статей 3, 5, 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року за 2011 – перше півріччя 2012 року URL: [http://sc.gov.ua/ua/golovna\\_storinka.html](http://sc.gov.ua/ua/golovna_storinka.html)
3. Сорока О.О. Деякі питання застосування практики ЄСПЛ (кримінально-правовий аспект) *Право і суспільство*. 2014. № 1-2. С. 267-272;
4. Андрушко П.П. Правові позиції Європейського суду з прав людини як джерело кримінального права *Верховенство права: історія, теорія, практика*. Збірник наукових праць міжнародної науково-практичної конференції Київського національного університету імені Тараса Шевченка (22 грудня 2010 року). К.: «Обрії», 2011. С. 76-80;
5. Ільченко І. Деякі питання застосування Конвенції про захист прав і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини в Україні *Право України*. 2009. № 10. С. 145-148;
6. Проблеми сучасної конституціоналістики: навч. посіб. К. : Юрінком Інтер, 2011. 272 с.;
7. Дмитрук М.М. Гармонізація КК України із практикою Європейського суду з прав людини як чинник впровадження кримінального проступку *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. пр. / Одеська нац. юрид. акад. - О. : Юрид. літ., 2010. Вип. 55. С. 98-102.

**Ігнатенко М.П.**

*Національний університет «Одеська юридична академія»,*

## **ДО ПИТАННЯ ФОРМАЛІЗАЦІЇ ОЦІНОЧНИХ ПОНЯТЬ В КОНТЕКСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ**

17 липня 1997 року Україною було ратифіковано Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та Протоколи до неї. Це стало відправною точкою імплементації норм Конвенції в законодавство України.

Гнучкість положень Конвенції забезпечує діяльністю Європейського суду з прав людини, практика якого в силу ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» повинна застосовуватися судами як джерело права.

Беззаперечно, що від чіткості побудови правової норми залежить і практика її застосування, про що неодноразово зазначав Європейський суд з прав людини. У своїх рішеннях він значне місце відводить трактуванню принципу правової визначеності, як невід'ємної, органічної складової принципу верховенства права.

Дотримання принципу правової визначеності у розумінні Європейського суду з прав людини зводиться до необхідності чіткого формулювання умов, за яких здійснюється обмеження чи позбавлення свободи, чіткого розподілу повноважень між гілками державної влади, неможливістю скасування остаточно судового рішення, незворотності дій нормативно-правових актів в часі.

Так, у рішенні від 6 листопада 2008 року у справі «Єлоєв проти України» Суд зазначає, що практика, яка виникла у зв'язку із законодавчою прогалиною і яка зумовлює тримання особи під вартою протягом необмеженого і непередбачуваного строку за обставин, коли таке тримання не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні будь-яким

судовим рішенням, сама по собі суперечить принципу юридичної визначеності, який становить один із основних елементів верховенства права.

У рішенні від 18 грудня 2008 року у справі «Новік проти України» Суд зазначив, що коли йдеться про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності. Вимога «якості закону» у розумінні пункту 1 статті 5 Конвенції означає, що коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля.

У законодавстві України тлумачення принципу правової визначеності міститься у рішеннях Конституційного Суду України.

В Рішенні від 29 червня 2010 року №17-рп/2010 Конституційний Суд України зазначив, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями.

В іншому Рішенні (№5-рп/2005 від 22 вересня 2005 р.) в абзаці другому підпункту 5.4 пункту 5 Конституційний Суд України вказав, що із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі.

Отже, розуміння принципу правової визначеності зводиться до необхідності дотримання вимог чіткості, зрозумілості та однозначності формування правової норми. Приймак А.М. пропонує розглядати принцип правової визначеності в більш широкому розумінні, як сукупність вимог не тільки до процесів правотворчості, а і правозастосування, в цілому покликаних забезпечити захист індивіда від можливих проявів державного свавілля.

В цьому контексті важливим являється розгляд питання відповідності вимогам принципу правової визначеності положень кримінального закону.

Оскільки застосування кримінального закону зазвичай супроводжується обмеженням прав і свобод людини і громадянина, зокрема шляхом застосування кримінального покарання, однозначно, що його положення мають бути чіткими та зрозумілими.

В той же час об'єктивна сторона майже половини складів злочинів конструюється за допомогою ознак, які мають оціночний характер. Використовуючи оціночні поняття законодавець свідомо надає інтерпретаторам певну свободу в тлумаченні і дає можливість наповнювати оціночні поняття відповідним змістом залежно від конкретно-історичних умов і конкретної ситуації застосування норм права [2, с.169].

А. Діденко зазначає, що оціночним є поняття, за допомогою якого законодавець надає суб'єктам реалізації (використання, виконання, дотримання, застосування норм права) можливість самим визначити межу, що відділяє один правовий стан від іншого [3, с.48].

Отже, використання оціночного поняття у кримінальному законі призводить до необхідності його конкретизації у процесі правозастосування з урахуванням конкретних обставин справи. В той же час принцип правової визначеності вимагає, щоб правова норма була чіткою і зрозумілою і не залежала від її трактування правозастосовувачем.

Занепокоєння викликає також той факт, що в одні і ті ж оціночні поняття в деяких випадках вкладається різний зміст. Наприклад, «істотна шкода» при вчиненні злочинів, передбачених ст.246, ч.1 ст.248 та ст.249 КК України, «інші тяжкі наслідки» при вчиненні злочинів, передбачених ст. 237, ч.2 ст.267, ч.2 ст. 273 КК України і т.д. Застосування таких оціночних понять у кримінальному законі явно не відповідає принципу правової визначеності, оскільки тлумачення таких понять цілком залежить тільки від суду, діяльність якого не позбавлена помилки.

Слушною з цього приводу є думка З.А. Тростюка, який зазначає, що термінологічний апарат буде чітким тоді, якщо зміст кожного терміна впливатиме із самого закону без будь-якого додаткового тлумачення і для з'ясування змісту його складових не потрібно було б звертатися до інших джерел, окрім кримінального закону [4, с.50].

Так, Н.А. Лопашенко, допускаючи використання оціночних понять, вважає, що мова повинна йти лише про такі оціночні категорії в кримінальному законі, без яких неможливо обійтись і які не впливають на криміналізацію діяння [5, с.240]. Подібної точки зору дотримується також К.К. Панько [6, с.300].

Хоча зміст оціночних понять і розкривається у відповідних актах судового тлумачення, зокрема Постановах Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довілля» №17 від 10.12.2004 р., «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті» №14 від 23.12.2005 р., «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва» №7 від 12.06.2009 р. їх визначення у кримінальному законі до цих пір відсутнє.

Отже, принцип правової визначеності є одним із фундаментальних принципів, що формулює вимоги до нормативно-правових актів та практики їх застосування. Для приведення кримінального закону у відповідності до його вимог потрібно максимально де це можливо формалізувати оціночні поняття, що сприятиме практиці застосування кримінального закону та відновлення довіри суспільства до судової влади.

### Література:

1. Приймак А.М. Принцип правової визначеності: поняття та окремі аспекти *Наук. записки нац. ун-ту «Києво-Могилянська академія»*. К., 2010. Т. 103: Юридичні науки. С. 53–55.

2.Черданцев А.Ф. Вопросы толкования советского права. Свердловск: Изд-во Сверд. юрид. ин-та, 1972. 191 с.

3.Диденко А.Г. Оценочные понятия в гражданском законодательстве. Избранное (постсоветский период). Алматы, 2004. 308 с.

4.Тростюк З.А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія. К.: Атіка, 2003. С.50.

5.Лопашенко Н.А. О проблемах качества современного уголовного экологического законодательства *Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование*. Т. 2. Нижний Новгород, 2001. 542 с.

6.Панько К.К. Техничко-юридическое качество внутренних свойств уголовного закона *Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование*. Т. 2. Нижний Новгород, 2001. 542 с.

**Поляков В.М.**

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
аспірант кафедри кримінального права*

## **КОНФІСКАЦІЯ МАЙНА У КОНТЕКСТІ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**

Стаття 1 Протоколу №1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Протокол №1) передбачає захист права власності, як одного із базових прав людини та громадянина [1]. В цій же статті існують виключення, що передбачають можливість втручання держави у право власності особи, за умови врахування інтересів суспільства та принципів, що діють у міжнародному праві.

У науці кримінального права не вщухає дискусія з приводу того, що конфіскація майна, як вид кримінального покарання порушує ст. 1 Протоколу №1.

Для з'ясування того, чи може порушувати конфіскація майна ст. 1 Протоколу №1, варто розглянути критерії та принципи висунуті Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ), яким повинні відповідати діяння, що пов'язані з вилученням майна в осіб, які вчинили кримінальне правопорушення. До таких критеріїв слід віднести:

- 1) втручання у мирне володіння майном повинно здійснюватися лише на підставі закону;
- 2) та чи інша міра посягання повинна відповідати суспільному інтересу;
- 3) позбавлення права власності повинно бути пропорційним, тобто таким, що засноване на принципі справедливого балансу між інтересами держави (суспільства), пов'язаними з втручанням в право власності, та інтересами особи, яка страждає від такого заходу [2].

Аналізуючи справу Фрізен проти Росії, ЄСПЛ при винесенні рішення вказав на недотримання першого критерію, який передбачає те, що будь-яке втручання у право власності повинно відповідати та здійснюватися в межах закону тієї чи іншої країни. Так, порушення ст. 1 Протоколу №1 було встановлено в справі Фрізен проти Росії. Підприємство чоловіка заявниці надало безвідсоткову позику на придбання автомобіля. Гроші були перераховані безпосередньо на банківський рахунок агента з продажу автомобілів. Два роки по тому чоловік заявниці був засуджений за шахрайство у великих розмірах. Суд розпорядився про конфіскацію його майна, деяких предметів домашнього вжитку, а також машини заявниці. Остання, звернулася до ЄСПЛ зі скаргою на те, що її автомобіль був конфіскований за злочини вчинені її чоловіком. Суд зазначив, що не дивлячись на вагомий суспільний інтерес в конфіскації машини заявниці, національні суди повинні були привести законні підстави для подібного рішення. Суд зазначив, що

національні суди не згадали жодного положення закону, що дає право на застосування конфіскації машини заявниці, ні в ході кримінального провадження щодо чоловіка заявниці, ні в ході проведеного нею цивільного розгляду [3].

Таким чином, застосування кримінально-правової конфіскації повинно відповідати національному кримінальному законодавству. В даному випадку, суд не навів ніяких доказів з приводу того, що вказаний транспортний засіб був придбаний на кошти, які були отримані внаслідок вчинення злочину.

Як визначає ЄСПЛ, суспільний інтерес - це загальний, публічний інтерес. Він може включати інтерес держави, окремих регіонів, громад або сфер діяльності людини. В справі *Paulet v. the United Kingdom* Суд розглянув питання з приводу правомірності конфіскації заробітної плати, отриманої за чотири роки. Заявник при влаштуванні на роботу, надав підроблений паспорт і згодом після чотирьох років він був засуджений за використання фальшивих документів. Суд встановив, що мало місце порушення ст. 1 Протоколу №1 до Конвенції. Так, при розгляді справи про використання фальшивого паспорту, суди Великобританії досить вузько підійшли до справи. Конфіскація за використання фальшивих документів була застосована в інтересах суспільства. Але національні суди не підійшли до справи індивідуально та не відмітили, що заробітна плата була зароблена трудом заявника. Звернувши увагу на дану обставину, ЄСПЛ вирішив те, що конфіскація заробітної плати заявника була втручанням в право на безперешкодне володіння майном [4].

Поняття «в інтересах суспільства» не можна розуміти як таку умову, що вимагає використання вилученого майна в інтересах отримання суспільством прямої вигоди від вилучення майна. Отже, вилучення майна засудженої особи за вчинення злочину, вчиняється з метою виконання кримінально-правової політики, спрямованої на зміцнення соціальної справедливості в суспільстві. Вказані заходи, можна правомірно вважати заходом, здійсненим «в інтересах суспільства» [2].

Переходячи до принципу справедливого балансу, варто розглянути Справу «Ісмаїлов проти Росії». 17 листопада 2002 р. заявник прибув у м. Москву з м. Баку. При собі він мав 21 тис. 348 доларів США, отриманих від продажу квартири в м. Баку. Проте в митній декларації він зазначив, що перевозить 48 доларів США, тоді як згідно із законодавством Російської Федерації (далі — РФ) митному декларуванню підлягають гроші в сумі понад 10 тис. доларів США. Митні працівники виявили решту грошей у його багажі. Заявнику було висунуто обвинувачення за ознаками контрабанди.

Суд вважає, що для того, щоб втручання вважалось пропорційним, воно має відповідати тяжкості правопорушення, зокрема недотриманню вимоги щодо внесення відомостей до митної декларації, а не тяжкості будь-якого злочину, який можна припустити (наприклад, відмивання грошей або ухилення від сплати податків), який насправді не було доведено. Сума, конфіскована у заявника, була для нього значною, оскільки це були всі гроші отримані від продажу квартири його матері в м. Баку. Шкода, яку заявник потенційно міг завдати органам влади, була б незначною: він не ухилився від сплати мита та інших зборів і не завдав державі іншої шкоди. Якби ввезені гроші він не задекларував, органи влади РФ лише не отримали б інформацію про те, що ці кошти опинилися на території даної країни. Метою конфіскації було не відшкодування майнової шкоди, завданої державі, оскільки вона не зазнала ніяких збитків внаслідок невнесення заявником відомостей до митної декларації, а кара.

Уряд РФ не переконав Суд та навіть не послався на те, що основне покарання не було достатнім для досягнення бажаної мети: перешкодити вчиненню нових злочинів, покарати за порушення вимог щодо декларування та запобігти їх порушенню. За цих обставин застосування конфіскації, за оцінкою Суду, було непропорційним, оскільки становило «особистий та надмірний тягар» для заявника [5].

Таким чином, можна прийти до висновку та зазначити те, що будь-яке вилучення, в тому числі й те, яке реалізується шляхом кримінально-правової

конфіскації, повинно відповідати законним вимогам, суспільному інтересу та принципу справедливого балансу. При застосуванні конфіскації майна, як виду кримінального покарання, можливі наступні проблеми у контексті вищезгаданих вимог.

Так, конфіскація майна полягає у вилученні майна особи, яке знаходиться в її законній власності. Суди, призначаючи конфіскацію всього майна, не звертають увагу на той момент, що серед майна яке отримане законним шляхом, може бути й таке, що отримане внаслідок вчинення злочину. Подібне вилучення, вже буде порушувати вимоги закону.

При конфіскації майна особи, яке знаходиться в її законній власності, досить складно дотриматися розумного балансу між інтересами держави (суспільства), пов'язаними з втручанням в право власності, та інтересами особи. В такому випадку, конфіскація майна повинна бути виключно виправданою та аргументованою. На нашу думку, не зовсім є виправданою можливість застосування конфіскації майна за злочини проти основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості. З приводу аргументованості, варто зазначити, що національні суди, призначаючи конфіскацію майна, у вирокх не наводять ніяких аргументів з приводу її доцільності застосування як додаткового покарання поряд з основним, тим самим спричиняють «особистий та надмірний тягар» для особи.

### **Література:**

1. Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20.03.1952 URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994\\_535](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_535)
2. Европейские гарантии права собственности и его украинская декларативность URL: <http://sud.ua/newspaper/2015/11/02/82812-evropejskie-garantii-prava-sobstvennosti-i-ego-ykrainskaya-deklarativnost/print>

3. Прецеденты Европейского Суда по правам человека: решения по существу, вынесенные в отношении России URL: <http://www.ehracmos.memo.ru/files/tr-man-ch8.pdf>

4. Case of Paulet v. the United Kingdom URL: [http://www.doughtystreet.co.uk/documents/uploaded-documents/CASE\\_OF\\_PAULET\\_v.\\_THE\\_UNITED\\_KINGDOM.pdf](http://www.doughtystreet.co.uk/documents/uploaded-documents/CASE_OF_PAULET_v._THE_UNITED_KINGDOM.pdf)

5. Справа «Ісмаїлов проти Росії» Рішення від 6 листопада 2008 р. Справа про конфіскацію майна URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/7e55cb25c1936b72c225767a0033a7db?OpenDocument>

***Шеляженко Ю. В.***

*Університет КРОК, аспірант*

## **ПРИНЦИП ОСОБИСТОЇ АВТОНОМІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ТА У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**

Модернізація вітчизняної правової системи на основі демократичних цінностей потребує фундаментального осмислення правового аспекту свободи особистості в усіх галузях права, включаючи і кримінальне право. Свободою, за словами Жан-Жака Руссо, є підлеглість розумному закону, самостійно для себе встановленому, на відміну від потурання власним бажанням, яке теоретик природного права та суспільного договору порівнював із рабством [1, с. 142]. Розуміння свободи людини як самостійності характерне для філософів усіх епох, здавна (Піттак) [1, с. 25] до нового часу (Кант) [1, с. 159]; це розуміння включає повноту свободи волі та відповідальності за наслідки свого волевиявлення. Термін «автономія» у перекладі з грецької означає власне право. Так само у римському праві термін *homo sui iuris* вказує на повноправність, законну самостійність «людини власного права». При цьому

очікується – і таке очікування вказує на межі особистої автономії, чи, принаймні, межі готовності інших визнати чийось особисту автономію – що кожна людина, маючи від природи певні права (в т.ч. згадані у таких міжнародно-правових документах, як Загальна декларація прав людини, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, тощо) і вільно формуючи свої переконання щодо користування власними правами (закони власної поведінки), не зловживатиме ними ані на шкоду собі, ані для порушення прав інших людей і добровільно погодиться із законами, встановленими для себе іншими людьми (суспільством, державою, корпорацією, людською цивілізацією), щоб уникнути конфліктів та решти негативних наслідків.

Е. Ашворт і Дж. Годер у «Принципах кримінального права» відносять особисту автономію до основних принципів кримінального права, трактуючи її як здатність відповідати за свої вчинки, свободу волі та свободу вибору [2, с.23-26].

Змістом здатності відповідати за свої вчинки тут є розсудливість повнолітньої, психічно здорової людини, здатність контролювати свою поведінку, за винятком випадків, коли контроль з якихось причин було втрачено, наприклад, через примус, помилку або навіть соціальну депривацію, тобто, неможливість або нівельованість нормальної, культурної взаємодії між особою і рештою суспільства, обмеження базових можливостей через брак свободи і поваги до людської гідності, розумову хворобу, бідність, погану освіту, низький чи втрачений соціально-економічний статус, що зазвичай пов'язано із негативним психічним станом, зумовленим неможливістю задовольнити найважливіші життєві потреби – сон, харчування, житло, секс, спілкування з рідними, тощо.

Змістом свободи волі та свободи вибору є норматив поваги до особистості та ставлення до осіб як самостійних, морально свідомих, здатних розрізняти добро і зло, обирати свою поведінку, включаючи і хибну. Відомий принцип, сформульований Г. Гартон, що особа може притягатися до кримінальної відповідальності лише у тому разі, якщо вона мала чесний вибір, можливість

діяти інакше. Н. Жарборг вказує, що з поваги до особистої автономії важливо захищати осіб від невинуватеного тиску державної влади, зокрема, коли патерналістична держава бере за звичку приймати рішення замість людей під предлогом, ніби знає краще за них, що їм потрібно.

П. Олдрідж та К. Брантс у «Порівняльному дослідженні з особистої автономії, приватної сфери та кримінального права» звертають увагу на відмінності між системами англо-саксонської та континентальної правових сімей. Наприклад, у Великій Британії не існує кримінально-процесуального кодексу, поліцейський розглядається як «громадянин в уніформі», діючи на підставі законів про кримінальні докази та загальних принципів цивільного права при взаємодії з особами та власністю. Континентальне право більш патерналістичне, зарегульовує життя громадян і дає поліцейському вищий статус, однак останнім часом намітилася тенденція до зближення правових систем (виражена, зокрема, у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод), усвідомлення необхідності обмеження втручання держави у приватне життя людини [3, с. 1-6].

Власні дослідження автора показали, що Європейський Суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) найчастіше підтверджує своє визнання принципу особистої автономії саме при застосуванні ст. 8 Конвенції, що гарантує право на повагу до приватного і сімейного життя. У «Практичному посібнику з прийнятності заяв», виданому ЄСПЛ, вказано (з посиланням на численні прецеденти), що ст. 8 Конвенції захищає чотири сфери особистої автономії: приватне життя (включаючи фізичну, психологічну, моральну недоторканність особи та самостійне визначення власної ідентичності), сімейне життя, житло особи та її власну кореспонденцію [4, с. 71-85]. У ґрунтовному дослідженні «Право на особисту автономію у практиці Європейського Суду з прав людини» Н. Кофман приділяє особливу увагу таким категоріям справ за заявами про порушення ст. 8 Конвенції: про самостійне визначення способу завершення життя (хоча право на життя не розглядається як право на смерть з огляду на позитивний обов'язок держави забезпечити

право на життя і біоетичний принцип необхідності збереження життя); про самотійність у сексуальному житті, власну сексуальну орієнтацію; про самотійний вибір між народженням та абортom; про самотійний вибір ідентичності, включаючи етнічну та гендерну [5, с. 2-13].

Окрім зазначених категорій справ, ЄСПЛ іноді звертається до принципу особистої автономії, застосовуючи суспільно-політичні права, передбачені ст. ст. 5, 6, 9-11 Конвенції, в т.ч. право на свободу, особисту недоторканність, справедливий суд (особливо, щодо захисту від самообвинувачення), свободу думки, совісті та релігії (щодо автономії релігійного життя), свободу зібрань і вираження поглядів, а також нерідко вдається до тлумачення різних статей Конвенції з урахуванням міжнародно-правових актів щодо позитивних зобов'язань цивілізованих націй, рівно як і експертних доповідей та інших документів, якими визначаються та застосовуються певні міжнародні стандарти, у питаннях забезпечення максимально можливого рівня легальної особистої автономії для в'язнів, пацієнтів медичних закладів, людей з обмеженими можливостями та психічно хворих. Наприклад, у справі «Невмержицький проти України» ЄСПЛ визнав порушенням ст. 3 Конвенції (заборона катування) примусове годування заявника, беручи до уваги Декларацію Всесвітньої медичної асоціації щодо голодних страйків 1992 р., яка на рівні етичного саморегулювання професії вимагає від медиків поважати особисту автономію (зокрема, гідність) пацієнта, виконуючи свій обов'язок зберегти його життя [6].

До речі, ЄСПЛ критично ставить до посилань державних органів та їх посадових осіб на особисту автономію як привід для ухиляння від виконання позитивних обов'язків держави за Конвенцією. Наприклад, у справі «Арская проти України» ЄСПЛ визнав, що Україна не виконала свого позитивного зобов'язання належним чином розслідувати смерть сина заявниці у медичному закладі, як того вимагає ст. 2 Конвенції (право на життя). ЄСПЛ не прийняв доводи головного лікаря та комісії, що перевіряла обставини смерті, про те, що пацієнт сам винен у своїй смерті, оскільки постійно відмовлявся від лікування,

мотивуючи своє критичне ставлення до таких доводів тим, що лікарі мали шукати спосіб захистити життя пацієнта з урахуванням його небажання приймати певне лікування, запропонувати йому альтернативні види лікування. При цьому ЄСПЛ зазначив, що для дотримання принципів самовизначення і персональної автономії життєво важливою є свобода приймати або не приймати певні конкретні види лікування, з урахуванням того, що примусове надання певної медичної допомоги без згоди психічно здорового дорослого пацієнта порушує фізичну цілісність і недоторканність людини, порушуючи право на приватне життя, передбачене п. 1 ст. 8 Конвенції. Стаття 2 Конвенції, вказав ЄСПЛ, закріплює принцип святості життя, що має бути особливо очевидно для лікаря, який використовує свої вміння, щоб рятувати життя і повинен діяти в інтересах своїх пацієнтів. Тому ця стаття зобов'язує державу убезпечити людину від такого позбавлення власного життя, коли рішення про це не було прийнято вільно і з повним розумінням наслідків. У випадку сина Арської, на думку ЄСПЛ, цього підходу не було дотримано [7].

Особливо наполегливою є позиція ЄСПЛ із відстоювання принципу особистої автономії у випадках, коли держава вдається до надзвичайних заходів для відновлення суверенітету і верховенства права, наприклад, у випадках боротьби з тероризмом, сепаратизмом, екстремізмом чи для захисту авторитету органів влади та правосуддя. Скажімо, у справі «Німіц проти Німеччини» (1992) ЄСПЛ визнав порушенням права на таємницю листування обшук в офісі юриста, який захищав антиклерикально налаштованого підприємця, обвинувачуваного у неналежному адмініструванні церковного податку; до суду надійшов анонімний факс образливого змісту з критикою привілеїв церкви, і поліція намагалася з'ясувати, чи не з офісу юриста був відправлений цей факс. У справі «Гелан і Квінтон проти Англії» (2010) ЄСПЛ визнав порушенням права на свободу та особисту недоторканність, гарантованого статтею 5 Конвенції, затримання та обшук заявників, які направлялися на акцію протесту проти військової виставки в Лондоні, на підставі закону про боротьбу з тероризмом, посиляючись на порушення їх особистої автономії, включаючи

право на свободу зібрань: затримання проводилися для того, щоб зірвати акції протесту [8]. Цікаво, що у параграфі 97 рішення у справі «Станков та Об'єднана Македонська Організація Ілінден проти Болгарії» ЄСПЛ вказує на те, що межі особистої автономії при висловленні своєї думки та проведенні мирних зібрань є настільки широкими, що «той факт, що група осіб вимагає автономії і навіть відділення частини території країни, що пов'язано із вимогами фундаментальних конституційних і територіальних змін, не може автоматично означати правомірність заборони таких зібрань»; «вимоги територіальних змін у виступах та на демонстраціях не складають самі по собі загрозу територіальній цілісності країни і національній безпеці» – зазначено у рішенні ЄСПЛ [9].

Такі підходи є досить новими для вітчизняної правової науки і правозастосування, однак мають досліджуватися, щоб убезпечитися від несподіваних заяв до ЄСПЛ, спрямованих на захист права особистої автономії. Як слушно зазначає В. Сивухін, хоча у світовій політичній і правовій думці проблема визнання за людиною особистої автономії, права на невтручання в особисте і сімейне життя традиційно досліджувалася багатьма науковцями і філософами, в Україні системні дослідження з даних питань не проводяться [10]. Між тим, на мою думку, для запобігання росту злочинності необхідне радикальне зростання рівня правової культури народу та подолання кричущої соціальної нерівності як основної причини криміналізації суспільства, а для цього правознавство має перетворитися з науки елітарної, абстрактної, орієнтованої на позитивістське та патерналістське правове регулювання і тлумачення офіційних актів – у науку егалітарну, доступну і достатньо популяризовану, експериментальну, причому вже для проведення модельних ігор з теорії держави і права, правових засад самоорганізації громадянського суспільства як життєво необхідної частини ефективної правової освіти теоретична розробка принципів особистої автономії в межах усіх правових дисциплін набуває особливої актуальності.

Становлення демократичної держави в Україні є незворотнім і, відповідно до влучної гіперболи Б. Ложкіна, в новій реальності у особистості має бути більше прав, ніж у держави [11, с. 76]. Однак теоретичне дослідження принципу особистої автономії у кримінальному праві, на мою думку, не має заперечувати основні принципи кримінального права, відомі вітчизняній правовій науці. Більше того, цей принцип слід розглядати як узагальнення добре відомих принципів поваги до людської гідності, рівності перед законом і судом, індивідуального характеру юридичної відповідальності, невтручання у приватне життя, недоторканності житла та іншого володіння особи, права власності, вільного розвитку особистості, права на необхідну оборону, тощо, які гарантовані діючою Конституцією України, Кримінальним та Кримінальним процесуальним Кодексами України. Комплексне бачення цих принципів у якості консолідованого принципу особистої автономії необхідне для розвитку в Україні повноцінного, морально зрілого демократичного правопорядку, де не просто декларується конституційний обов'язок держави забезпечити права і свободи людини, але формується реальне правове поле свободи, добре захищене від проявів несвободи та злочинності.

### Література:

1. Ф. П. Шульженко. Історія політичних і правових вчень. Київ: Юрінком Інтер, 2007. – 464 с.
2. Andrew Ashworth, Jeremy Horder. Principles of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2013. – 544 p.
3. Peter Alldridge, Christie Brants. Personal Autonomy, the Private Sphere and Criminal Law: A Comparative Study. – Portland: Bloomsbury Publishing, 2001. 304 p.
4. Практичний посібник щодо прийнятності заяв URL: [http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_UKR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_UKR.pdf)

5. N.R. Koffeman. The right to personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights. Leiden, 2010. 72 p.
6. Case of Nevmerzhitsky v. Ukraine, № 54825/00, final judgment, 5 April 2005  
URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68715>
7. Case of Arskaya v. Ukraine, № 45076/05, final judgment, 5 December 2013  
URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138590>
8. Case of Gillan and Quinton v. the United Kingdom, № 4158/05, final judgment, 12 January 2010 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96585>
9. Case of Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, №№ 29221/95, 29225/95, final judgment, 2 October 2001 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59689>
10. Сивухін, Владислав Сергійович. Конституційне право людини і громадянина на невтручання в їх особисте і сімейне життя та його забезпечення органами внутрішніх справ України : автореф.дис ... канд.юрид.наук: 12.00.02 / Київ : Б.в., 2007 . 16 с.
11. Ложкин Б. Е. Четвертая республика. Почему Европе нужна Украина, а Украине – Европа / Борис Ложкин; при участии В. Федорина. – Харьков: Фолио, 2016. 252 с.

### **РОЗДІЛ 3. ПРАКТИКА ЄСПЛ У ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ**

***Задоя К.П.***

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка,  
доцент кафедри кримінального права та кримінології, кандидат  
юридичних наук, доцент*

## **«ЗАКОН САВЧЕНКО»: ПРОБЛЕМИ РЕТРОАКТИВНОГО ЗАСТОСУВАННЯ У КОНТЕКСТІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**

Положення так званого “закону Савченко”<sup>7</sup> справедливо викликали неоднозначну реакцію як у юридичній спільноті, так і серед широких кіл громадськості. Цей нормативний акт є яскравим прикладом вельми нерозважливого законодавчого рішення, при ухваленні якого не було взято до уваги як потенційні проблеми при реалізації його кримінально-правових наслідків, так і зумовлене ним різке та не досить обґрунтоване скорочення “тюремного населення” України.

Втім, нова редакція частини п'ятої статті 72 Кримінального кодексу України (далі — КК) є реалією правової системою України, яка попри всю свою неоднозначність та спірність підлягає застосуванню судовими органами. Оскільки вказане положення передбачає більш сприятливі, порівняно з попередньою (“старою”) редакцією ч. 5 ст. 72 КК, правила (1) зарахування попереднього ув'язнення у строк призначеного покарання та (2) звільнення особи від відбування основного покарання, обумовленого застосуванням щодо неї попереднього ув'язнення, воно (положення) відповідно до ч. 1 ст. 5 КК окрім негайної дії в часі характеризується ще й ретроактивним ефектом (зворотною дією в часі).

Щоправда, дещо неоднозначною видається оцінка чинної редакції ч. 5 ст. 72 КК з точки зору переліку підстав зворотної дії кримінального закону в часі. Певна суперечливість природи зарахування попереднього ув'язнення у строк призначеного покарання, з одного боку, дозволяє назвати вказане положення законом, що лише пом'якшує кримінальну відповідальність, а з іншого —

---

<sup>7</sup> Мова йде про Закон України “Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо удосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання” від 26.11.2015 № 838-VIII, що скорочено іменується за прізвищем одного із народних депутатів України, які були ініціаторами його прийняття.

законом, що й пом'якшує кримінальну відповідальність, й іншим чином поліпшує становище особи. Ця проблема потребує окремого осмислення, однак, по-перше, за своєю суттю вона є швидше теоретичною, аніж прикладною (правозастосовчою), а по-друге — з огляду на предмет даної публікації не видається принциповою.

Прикметною рисою “закону Савченко” є наявність у ньому положення (пункт другий Прикінцевих положень), яке закріплює так звану темпоральну колізійну норму. Остання визначає межі зворотної дії в часі нової редакції ч. 5 ст. 72 КК, а саме — передбачає, що вона “застосовується до всіх осіб, щодо яких на момент набрання чинності цим Законом набрав законної сили обвинувальний вирок, покарання за яким не відбуто повністю”. Слід відмітити, що ця колізійна норма, по-перше, має характер *lex specialis* по відношенню до загальної темпоральної колізійної норми, передбаченої ч. 1 ст. 5 КК, а по-друге, не узгоджується з останньою — у ч. 1 ст. 5 КК вказано, що зворотна дія кримінального закону в часі “поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість”. Таким чином, п. 2 Прикінцевих положень “закону Савченко” істотно звужує ретроактивний ефект чинної редакції ч. 5 ст. 72 КК, виключаючи можливість її застосування щодо осіб, які (1) вчинили злочини до набрання чинності цим положенням кримінального закону, тобто до 24 грудня 2015 року, і (2) щодо яких на цей момент ще не набрав “чинності”<sup>8</sup> обвинувальний вирок суду<sup>9</sup>.

8 З точки зору ст. 532 Кримінального процесуального кодексу України, очевидно, коректніше говорити про набрання вироком законної сили, а не чинності.

9 Можна припустити, що за задумом законодавця, стосовно таких осіб нова редакція ч. 5 ст. 72 КК повинна реалізовуватись у режимі негайної дії в часі, однак ця гіпотетична точка зору не узгоджується із юридичною природою негайної та зворотної дії закону в часі в царині кримінального права. Зокрема, в абз. 2 п. 2 рішення Конституційного Суду України в справі про зворотню дію кримінального закону в часі від 19.04.2000 року № 6-рп/2000 зазначено: “Суть зворотної дії в часі законів та інших нормативно-правових актів полягає в тому, що їх приписи поширюються на правовідносини, які виникли до набрання ними чинності, за умови, якщо вони скасовують або пом'якшують відповідальність особи”. Таким чином, застосування кримінального закону у випадках, коли він не був чинним на момент порушення особою відповідної кримінально-правової заборони, у контексті вказаної правової позиції є застосуванням закону до правовідносин, які виникли до набрання ним чинності, а отже у підсумку — зворотною, а не негайною дією такого закону в часі. Таким чином, застосування нової редакції ч. 5 ст. 72 КК до осіб, які вчинили злочини до набрання такою редакцією чинності, за будь-яких умов є зворотною дією кримінального закону в часі.

Хоча за загальним правилом спеціальна правова норма повинна одержувати перевагу (пріоритет) перед нормою загальною, у даному конкретному випадку можна навести, щонайменше, три аргументи *contra*:

1) ч. 1 ст. 58 Конституції України, гарантуючи особі ретроактивне застосування закону, який пом'якшує відповідальність, не обумовлює жодних можливих виключень або застережень;

2) положення ч. 1 ст. 5 КК є не просто *lex generalis*, а засадничим (рамковим) нормативним орієнтиром для кримінально-правової системи України, відступ від якого неможливий на рівні окремих законів про внесення змін до КК;

3) надання п. 2 Прикінцевих положень “закону Савченко” пріоритету перед ч. 1 ст. 5 КК буде мати наслідком порушення Україною ч. 1 ст. 7 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.12.1950 року (далі — ЄКПЛ, Конвенція), яка передбачає, що “не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення”.

Останній із наведених аргументів вимагає додаткових пояснень з огляду на практику тлумачення ч. 1 ст. 7 ЄКПЛ Європейським судом з прав людини (далі — ЄСПЛ, Страсбурзький суд, Суд).

По-перше, слід відмітити, що вжите у цьому конвенційному положенні поняття “покарання” ЄСПЛ традиційно тлумачить “автономно”, керуючись виробленими ним же самим критеріями. Так, в рішенні у справі *Welch v. the United Kingdom (1995)*, § 27 Страсбурзький суд зауважив, що “при визначенні того, чи певний захід становить покарання, відправним моментом є питання про те, чи цей захід є наслідком засудження за “кримінальне правопорушення”. До інших факторів, які, можливо, слід взяти до уваги як такі, що мають стосунок до справи, є характер і мета заходу, котрий розглядається, його класифікація за внутрішнім правом, процедури, що пов’язані з його прийняттям та здійсненням, а також ступінь його суворості”.

По-друге, з часом ЄСПЛ провів межу заходами, що є покаранням у розумінні ч. 1 ст. 7 Конвенції та заходами, що являють собою “застосування” або “реалізацію” покарання. Наприклад, в рішенні у справі *Kafkaris v. Cyprus* (2008), § 142 Суд вказав, що у випадку, коли “характер та мета заходу відносяться до пом'якшення призначеного покарання або зміни режиму для дострокового звільнення, він не є частиною “покарання” у розумінні статті 7 [ЄКПЛ]”.

Оцінюючи відповідність передбачених ч. 5 ст. 72 КК зарахування попереднього ув'язнення у строк призначеного покарання та звільнення особи від відбування основного покарання конвенційному поняттю “покарання”, не можна не звернути увагу на рішення ЄСПЛ у справі *Del Río Prada v. Spain* (2013), в якому предметом оцінки з боку Суду була зміна правозастосовчого підходу до визначення так званого кумулятивного покарання за кількома обвинуваченнями. У даному рішенні Страсбурзький суд:

1) *in abstracto* не виключив можливості того, що “заходи, прийняті законодавчим органом, адміністративними органами або судами після того, як остаточний вирок був винесений або в той час, коли він виконується, можуть призвести до перегляду або зміни обсягу “покарання”, призначеного судом, який розглядав справу”, і як наслідок дійшов висновку, що такі заходи повинні підпадати під заборону ретроактивного застосування покарання, передбачену ч. 1 ст. 7 ЄКПЛ (§ 89);

2) *in concreto* кваліфікував визначення кумулятивного покарання за кількома обвинуваченнями як захід, що впливає на “обсяг” покарання у розумінні ч. 1 ст. 7 Конвенції, а не лише на його виконання, та на підставі цього констатував порушення Іспанією зазначеного конвенційного положення через те, що порядок визначення кумулятивного покарання був змінений не на користь особи та був застосований до заявника у справі ретроактивно (§§ 109, 110).

Оскільки питання про (1) зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання (абз. 1, 2 ч. 5 ст. 72 КК у чинній редакції) та (2) обов'язкове і

безумовне звільнення особи від відбування основного покарання, якщо до неї застосовувалось попереднє ув'язнення (абз. 3 ч. 5 ст. 72 КК у чинній редакції), розглядаються судом при постановленні обвинувального вироку разом із обранням обвинуваченому міри покарання, видається, що обидва ці заходи мають визнаватись покаранням у розумінні статті 7 ЄКПЛ. Перш за все — через їх нерозривний “зв'язок” засудженням особи<sup>10</sup>.

По-третє, заслуговує на увагу те, що буквальне тлумачення другого речення ч. 1 ст. 7 Конвенції гарантує особі лише непризначення більш суворого покарання, аніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення нею кримінального правопорушення, але не гарантує ретроактивного застосування більш сприятливого покарання. Втім, у даному випадку слід враховувати, що практика тлумачення ЄСПЛ положень Конвенції має динамічний характер. Якщо у своїх більш ранніх рішеннях Страсбурзький суд традиційно виходив із буквального розуміння ч. 1 ст. 7 ЄКПЛ<sup>11</sup>, то згодом його підхід зазнав радикальних змін. В рішенні у справі *Scoppola v. Italy (№ 2) (2009)*, § 109 ЄСПЛ дійшов висновку, що нині вказане конвенційне положення гарантує не лише неприпустимість ретроактивного застосування більш суворого покарання, але й обов'язковість ретроактивного застосування більш сприятливого покарання.

Таким чином, Україна як держава-учасниця ЄКПЛ зобов'язана забезпечити беззастережну та всеохоплюючу реалізацію чинної редакції ч. 5 ст. 72 КК щодо всіх без винятку осіб, які вчинили злочини до набрання цією редакцією чинності. Будь-які винятки з такого підходу (зокрема, зумовлені п. 2 Прикінцевих положень “закону Савченко”) являють собою порушення правила, передбаченого другим реченням ч. 1 ст. 7 Конвенції.

**Ігнатюк О.В.**

<sup>10</sup> Інакше кажучи, обрана засудженому міра покарання, а також зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання або обов'язкове та безумовне звільнення особи від відбування основного покарання (якщо один з двох останніх заходів мав місце) з точки зору ч. 1 ст. 7 ЄКПЛ повинні розглядатись як елементи (складові) єдиного правового ефекту, який конвенційною термінологією називається “покаранням”.

<sup>11</sup> Тривалий час він спирався на рішення Європейської комісії з прав людини в справі *X v. Germany (1978)*.

*заступник голови Апеляційного суду Київської області,  
кандидат юридичних наук*

## **НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ РОЗШУКОВІ ДІЇ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД**

Відома народна мудрість гласить: «Усе пізнається у порівнянні». Порівнюючи, ми можемо виявити позитивні моменти і тенденції розвитку. У повній мірі це стосується і використання позитивного зарубіжного досвіду проведення негласних слідчих (розшукових) дій [1, с. 98].

При уважному вивченні відповідних параграфів КПК Німеччини виявляється цікава особливість: німецький законодавець не проводить чіткої межі між власне оперативно-розшуковим заходом і слідчою дією.

У § 100-а КПК Німеччини наводяться підстави для контролю телефонних переговорів. При цьому назвати перелік цих підстав вичерпним навряд чи можливо, оскільки саме формулювання норми передбачає неоднозначне тлумачення. Крім того, практично не обмежено і коло осіб, щодо яких може бути прийнято рішення про прослуховування телефонних переговорів [1, с. 99].

Перелік злочинів, у зв'язку з вчиненням яких може проводитися контроль телефонних переговорів, у цілому традиційний, хоча й є окремі, властиві тільки Німеччини, риси, зокрема:

- а) злочини проти миру, державна зрада, загроза демократичній правовій державі, видача державної таємниці або загроза зовнішній безпеці;
- б) злочини проти оборони країни;
- в) злочини проти громадського порядку;
- г) ухилення від військової служби, підбурювання або сприяння дезертирству або підбурювання до непокори;
- д) злочини проти безпеки військ НАТО, дислокованих на території ФРН».

Перелік злочинів, у зв'язку з якими допускається контроль телефонних переговорів, продовжується діями загально-кримінального характеру:

- підробка грошей або цінних паперів;
- викрадення людей;
- вбивство при обтяжуючих обставинах, просте вбивство; злочини проти особистої свободи; розбій або розбійне вимагання;
- вимагання», деякі інші злочини, в тому числі приналежність до банди.

У КПК Австрії відразу два розділи покликані регулювати правовідносини, що складаються з приводу використання результатів оперативно-розшукової діяльності при доказуванні по кримінальних справах - розділи V «Контроль (спостереження) за передачею інформації засобами зв'язку» і VI «Оптичний та акустичний контроль (спостереження) за особами із застосуванням технічних засобів» [2] відповідно.

Підстави для проведення заходу з контролю (спостереження) за передачею інформації, передбачені § 149-а розділу V, у загальному випадку традиційні і включають в себе, зокрема, розкриття кримінально караного діяння, покарання за вчинення якого може бути призначено у вигляді позбавлення волі на строк понад 1 рік, а також намір сприяти розкриттю умисно вчиненого кримінально караного діяння. І якщо перша з наведених підстав повністю знаходиться в кримінально-процесуальному полі, то друга, скоріше, тяжіє до сфери оперативно-розшукової діяльності.

Зміст розділу VI КПК Австрії - це певна юридична інновація, оскільки далеко не всі національні кримінально-процесуальні законодавства передбачають настільки детальне опрацювання питань обґрунтованості, допустимості та використання в якості доказів у кримінальних справах матеріалів оптичного і акустичного контролю (спостереження) за особами із застосуванням технічних засобів.

На відміну від контролю (спостереження) за передачею інформації засобами зв'язку підстави для застосування оптичного і акустичного контролю істотно жорсткіші, обов'язковими тут є:

-обґрунтована підозра, що особа, яка перебуває під спостереженням, вчинила викрадення іншої особи або ще яким-не-будь чином протиправно заволоділа нею, і якщо спостереження обмежується часом і місцем примусового тримання викраденої особи;

-обґрунтована підозра, що особа, яка перебуває під спостереженням, вчинила злочин, за вчинення якого покарання становить понад 10 років позбавлення волі.

У той же час при здійсненні оптичного і акустичного спостереження з використанням технічних засобів повинні дотримуватися неодмінні умови, які полягають у безперспективності або істотному ускладненні розслідування умисно вчиненого злочинного діяння, караного позбавленням волі на строк більше одного року, іншими методами, і в дотриманні принципу пропорційності використовуваного заходу тяжкості вчиненого протиправного діяння.

Строк проведення заходу, пов'язаного з оптичним і акустичним контролем, хоча і пов'язаний зі збереженням зовнішніх умов, що вимагають проведення такого контролю, проте в даному випадку законодавець вважав за доцільне обмежити цей строк 1 місяцем.

Відповідно до вимог § 149-ж розділу VI КПК Австрії відзняті (записані) матеріали мають, як і матеріали контролю (спостереження) за передачею інформації засобами зв'язку, подвійну природу: з одного боку - процесуальну, тобто виступають в якості доказів у кримінальних справах, а з іншого - оперативно-розшукову, тобто служать підставою для можливого кримінального переслідування особи, але знову ж таки із перспективою їх подальшого використання в якості доказів.

Питання використання інформації, отриманої в результаті оперативно-розшукових заходів, при доказуванні по кримінальних справах також

врегульовані КПК Італії. Кримінально-процесуальне законодавство названої країни у цьому аспекті постійно вдосконалюється, прагнучи відповідати сучасному рівню розвитку науки і технології; тільки в останні роки кодекс був доповнений низкою норм, що передбачають можливість зняття процесуально значимої інформації з комп'ютерних та телематичних каналів зв'язку.

За загальним правилом італійське законодавство передбачає два шляхи отримання інформації, якій згодом може бути надано статус доказу: 1) прослуховування телефонних та інших переговорів, і зняття інформації з інших комунікаційних каналів; 2) контроль кореспонденції.

Конституція Італії гарантує право громадян на «свободу і конфіденційність» кореспонденції. Тим паче, за певних обставин це право може бути обмежене. У більшості випадків такі обмеження пов'язані з проведенням слідчих дій. Але є виняток. Однією з обставин, що дають право співробітникам правоохоронних органів здійснювати контроль кореспонденції, італійське законодавство називає наявність достатніх підстав вважати, що поштові відправлення містять інформацію або відомості, що сприяють виявленню або збереженню доказів, які в іншому випадку можуть бути втрачені. Як видно, йдеться не про самі докази, а лише про інформацію, яка може виявитися корисною для їх виявлення. Сформульоване таким чином правове положення вказує на те, що контроль кореспонденції в даному випадку слід розглядати, безсумнівно, в якості оперативно-розшукового заходу [3].

Таким чином, на підставі аналізу законоположень зарубіжних країн щодо використання результатів оперативно-розшукових заходів (або негласного розслідування) у процесі доказування у кримінальних справах та його співвіднесення з українським законодавством, можемо констатувати, що значна їх частина була імплементована при розробленні нового КПК України 2012 р., зокрема шляхом виділення й змістовного наповнення гл. 21 «Негласні слідчі (розшукові) дії».

### Література:

1. Тагієв С.Р. Зарубіжний досвід проведення негласних слідчих (розшукових) дій *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія "Юриспруденція". 2015. № 13 том 2. С. 98 – 101.
2. Уголовно-процессуальный кодекс Австрийской Республики URL [http: www / risdka.gv.at](http://www.risdka.gv.at).
3. Уголовно-процессуальный кодекс Итальянской Республики URL: [www / parlamento.it/parlam/leggi/home.htm](http://www.parlamento.it/parlam/leggi/home.htm).

Логвинський Георгій Володимирович  
Національний університет «Одеська юридична академія»  
Здобувач кафедри кримінального права

### ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПОЛОЖЕНЬ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД У ЗАХИСТІ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Відомо, що злочинність, право, система кримінальної юстиції «співпрацюють» із різними соціальними інститутами, як політика, економіка, культура, комунікації, релігія. Саме через них кримінально правові норми формують належні інструменти у сфері розбудови суспільного впливу на злочинність в сенсі верховенства права та сталого розвитку. При чому злочинність та кримінально-правовий вплив, вже вийшли за межі суто національних конструктів та повинні вивчатися у більш широкому полі взаємодій, які пов'язуються із необхідністю функціонування безпечного суспільства та стабільних економічних відносин у всьому світі. У сучасних умовах розвитку транскордонних зв'язків та глобалізації сфера охорони зовнішньоекономічної діяльності, як складова політичної та економічної безпеки держави потребує особливої уваги.

Під кримінально-правовою охороною розуміють заходи по забезпеченню безпеки існуючих суспільних відносин та інтересів та

утримання громадян від злочинних посягань шляхом визначення в кримінальному законі шкідливих для особи, суспільства та держави правопорушень та встановлення за їх вчинення кримінальних покарань та інших заходів кримінально-правового впливу. Дослідження кримінально-правової охорони зовнішньоекономічної діяльності України вимагає також аналізу соціальних передумов криміналізації таких злочинів та відповідних перспектив удосконалення норм кримінального закону та практик його застосування.

У сучасних умовах розвитку транскордонних зв'язків та глобалізації ця сфера, як складова економічної безпеки держави потребує особливої уваги. У зв'язку з цим в рамках цього дослідження належить, з огляду на різноманітні форми зовнішньоекономічної діяльності, та огляду на необхідність забезпечення національної безпеки, охорони інтересів учасників зовнішньоекономічної діяльності, вивчити види злочинів, скоєних в даній сфері, і дати їх чітку характеристику для забезпечення належної протидії злочинності в цій галузі політики та економіки [1].

Генеральна Асамблея ООН у 2000 році прийняла Конвенцію ООН проти транснаціональної (організованої) злочинності.[2] Вказаним актом рекомендувалося державам-учасницям запровадити кримінальне переслідування суспільно небезпечних діянь, які характеризуються як «транснаціональний злочин» (ч. 2 ст. 3): а) вчинений у більш ніж одній державі; б) вчинений в одній державі, але істотна частина його підготовки, планування, керівництва або контролю здійснювалася в іншій державі; с) вчинений в одній державі, але за участю організованої злочинної групи, яка здійснює злочинну діяльність у більш ніж одній державі; або d) вчинений в одній державі, але його істотні наслідки виникають в іншій державі. Конвенція зазначала такими, що підлягають визнанню, транснаціональними злочинами за умов їх транскордонного вчинення: участі в організованій злочинній групі (ст. 5), відмивання доходів від злочинів, зокрема співучасті (ст. 6), корупції,

зокрема співучасті (ст. 8), за умови, що вони визнаються такими, що мають транснаціональний характер.

Незаконний обіг товарів, капіталів, послуг у сфері ЗЕД є найбільш поширеною та суспільно-небезпечною групою злочинів у сфері ЗЕД. Особлива небезпека пов'язана із саме транснаціональним характером діяльності. Торгівля зброєю, фальсифікованими ліками, наркотиками, контрабанда усіх видів, відмивання брудних коштів складають основу обігу сучасних кримінальних діянь у сфері ЗЕД.

Найбільшу поширеність у світі у період пандемії займає незаконна фармацевтична діяльність у вигляді незаконного виготовлення та/або виробництва лікарських засобів; незаконного збуту (розповсюдження) лікарських засобів; незаконного використання лікарських засобів для здійснення медичної діяльності; використання для здійснення медичної діяльності в якості лікарських засобів речовин, що або взагалі не є дозволеними для використання в якості лікарських, або такими, що можуть бути лише допоміжними для застосування дійсних лікарських засобів і самостійно в якості лікувальних використовуватися не можуть. Здебільшого усі злочини, пов'язані із незаконним обігом товарів, носять суто економічний характер.

Дотримання принципів законності і правової визначеності (вимога придатності) недопущення дискримінації та надмірного формалізму при реалізації прав (вимога необхідності) забезпечення балансу конкуруючих цінностей (вимога сумірності) є основою сучасної методології аналізу окремих складів злочинів у сфері ЗЕД з точки зору можливої ефективності протидії останнім.

Вказані рівні повинні кореспондувати при вивченні відповідній практиці Європейського суду з прав людини[3], та інших міжнародних чи регіональних судових інституцій, оскільки саме там розглядаються найбільш важливі для вдосконалення системи правового регулювання питання організації взаємодії між суб'єктами економічних правовідносин. Виникає також питання, яким

чином повинно бути відокремленим коло злочинів у сфері ЗЕД? Як вони співпадають із транснаціональними злочинами економічної спрямованості у тому числі й тими, які вчинюються на фінансових ринках (market abuse) чи пов'язані із організованою злочинною діяльністю на міжнародному рівні, зловживаннями правом на міжнародному рівні як з боку держав так і з боку інших суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, легалізацією злочинних форм фінансової активності, корупційними практиками. Що робити при колізіях міжнародного та національного законодавства у сфері забезпечення економічної безпеки відповідних країн та міжнародного права прав людини щодо забезпечення прав окремих громадян?

У рішенні, ухваленому 17 вересня 2009 року у справі "Скоппола проти Італії", Європейський суд з прав людини встановив, що «складовим елементом принципу верховенства права є очікування від суду застосування до кожного злочинця такого покарання, яке законодавець вважає пропорційним»[4].

Застосовуючи принцип пропорційності до кримінально-правового аналізу наступних норм, находимо до висновку, що практика ЄСПЛ оцінює застосування будь-якого виду примусу з огляду на дотримання принципу пропорційності (співмірності) між обмеженнями прав винного та цілями їх застосування. Принцип пропорційності є універсальним принципом європейського права, який вимагає співмірного обмеження прав та свобод людини для досягнення публічних цілей.[5] Дослідження цього принципу здійснювалися з позицій теорії криміналізації [6] та пеналізації [7]. Найглибинніші дослідження принципу пропорційності у теорії міжнародного права належать Г. Верле [8].

Практика ЄСПЛ свідчить про міжгалузевий характер положень ст.ст 7 та ст 4 Протоколу No 7. Принцип «non bis in idem», який застосовується, як правило, у кримінальному провадженні та провадженні щодо адміністративних правопорушень. При цьому, визначаючи сферу дії ст 7 та ст. 4 Протоколу No 7, слід керуватися трьома критеріями, широко відомими як

«критерії Енгеля», які повинні враховуватися при визначенні того, було чи не було у справі висунуте «кримінальне обвинувачення».

Першим критерієм є правова кваліфікація правопорушення відповідно до національного права, другим — сам характер правопорушення, а третім — ступінь суворості покарання, яке може бути застосоване до винної особи.

Другий (центральний за визначенням у справі Юссіла проти Фінляндії) і третій критерії є альтернативними і не повинні обов'язково застосовуватися у сукупності. Це однак не виключає застосування кумулятивного підходу, коли окремий аналіз кожного критерію не дозволяє зробити однозначний висновок про існування кримінального обвинувачення.

Натомість оцінку відповідним обставинам справи ЄСПЛ надає за розробленим ним алгоритмом: а) чи було перше провадження кримінальним за своїм характером; б) чи були правопорушення, за які переслідувався заявник, одними і тими сами-ми (*idem*); с) чи було дублювання проваджень (*bis*). Очевидно, що Суд відносить до кримінально-правових й окремі види адміністративних правопорушень. ЄСПЛ сформулював критерії оцінки двох правопорушень як тотожних. Тотожність стосується не лише назви правопорушень за законом, а, що головніше, змісту та мети правопорушень, а також принципів правової визначеності та зрозумілості кримінального закону.

При цьому треба враховувати, що відносність, нематеріальність, розмитість, віртуальність шкоди, заподіяної діянням, повинні кореспондувати економічної і соціальної неефективності стигматизації винного як злочинця, труднощам процесуального доказування порушення заборони і, нарешті, неможливості використання превентивних механізмів і форм реалізації кримінальної відповідальності [9].

Звідси використання критеріїв пропорційності, розроблених ЄСПЛ, при аналізі публічно-правових порушень у сфері зовнішньоекономічної діяльності відкриває перспективу оцінки можливостей кримінальної політики у сфері, що вивчається.

Література

1. Антипов В. І. Тіньова економіка та економічна злочинність: світові тенденції, українські реалії та правові засоби контролю: (теоретико-методологічні узагальнення) Вінниця: ДП ДКФ, 2006. 1039 с.
2. Конвенція ООН проти транснаціональної (організованої злочинності), прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_789](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_789)
3. Посібник зі статті 1 Конвенції - Зобов'язання поважати права людини - поняття «юрисдикції» та «відповідальності» URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_1\\_UKR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_UKR.pdf)
4. Комюніке Секретаря Європейського суду з прав людини стосовно рішення у справі "Скоппола проти Італії" від 17.09.2009 URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SOO00041>
5. Майданик Р. Пропорційність (співмірність) і право власності: доктрина і судова практика. Право власності: європейський досвід та українські реалії : зб. доп. і матеріалів міжнар. конф. Київ, 2015. С. 107–129.
6. Лопашенко Н.А. Уголовная политика. Москва : Волтерс Клувер, 2009. 579 с. С. 122–126.
7. Шлинк Б. Пропорциональность. К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2012. № 2 (87). С. 56–76.
8. Верле Герхард. Принципы международного уголовного права. Одеса : Фенікс; Москва : ТрансЛит, 2011. 910 с. С. 49–52, с. 122, с. 176, с. 722.
9. Туляков В. А. Основания теории декриминализации. *Сучасний вимір держави та права*: зб. наук. пр. / за ред. В. І. Терентьєва, О. В. Козаченка. Миколаїв : Іліон, 2008. С. 476 - 477

**Севрук В.Г.**

*Національна академія внутрішніх справ,  
провідний науковий співробітник відділу організації науково-дослідної  
роботи, кандидат юридичних наук*

**Павленко С.О.**

*Національна академія внутрішніх справ,  
провідний науковий співробітник відділу організації науково-дослідної  
роботи, кандидат юридичних наук*

## **НЕЛЕГАЛЬНА МІГРАЦІЯ, ЯК ЗАПОРУКА ЕТНІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ**

В останні роки, у світі у різних соціальних, економічних та політичних сферах відбулося ряд докорінних змін, що призвело до значної активізації міграційних процесів. Міграція в цілому і нелегальна міграція зокрема є одними з факторів, що впливають на стан злочинності в світі. Однак, погано організовані і слабо контрольовані міграційні процеси становлять реальну загрозу державній цілісності і суспільного благополуччя.

Україна стає об'єктом зростаючої заінтересованості міжнародних злочинних угруповань, зокрема у сферах легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, торгівлі людьми, нелегального переміщення зброї, небезпечних матеріалів та наркотичних засобів. Збільшується кількість нелегальних мігрантів та набуває все більшого поширення організована етнічна злочинність [1].

Характеризуючи нелегальну міграцію як об'єктивне явище, варто визначити тлумачення деяких ключових термінів, прийнятих у більшості країн світової співдружності. Зокрема, мігрантом є особа, яка за власним бажанням переїжджає з території держави свого громадянства (або особа, яка не має громадянства і переїжджає з території держави свого постійного місця проживання) на територію іншої держави з метою подальшого працевлаштування, але проживання на певний час чи постійно. Якщо мігрант незаконно (тобто з порушеннями встановлених правил) в'їхав до держави або продовжує перебувати у країні після закінчення строку дії візи, не маючи права на проживання, то він є нелегальним мігрантом. Значну частину нелегальних мігрантів в Україні складають так звані транзитні мігранти – особи, які перетинають одну чи кілька країн з метою мігрувати до країни кінцевого призначення.

Для України ця тема не менш актуальна, адже цигани становлять тут одну з найбільших національних меншин, яка постійно нелегально перетинають кордони. Офіційно в Україні їх близько 50 тис., реальна кількість – в два-три рази більша. Цигани є найчисельнішою етнічною меншиною і в Європі, де їх мешкає приблизно 8-10 мільйонів осіб.

Ще з індійського періоду головною етноподільною ознакою циган був кочовий спосіб життя. В подальшому кочівля ще більшою мірою відрізняла їх від осілих народів. Цигани перекочовують туди, де розвинене господарство та заможне суспільство.

Останні три великі хвилі циганської міграції до українських земель у ХХ ст. відбулися: наприкінці 40 – 50-х рр., у 80-х рр. та з розпадом СРСР. Зонами найбільшого зосередження циган є Закарпаття, великі міста східних (Донецька, Луганська, Харківська, Дніпропетровська), південних (Херсонська, Одеська) областей і Криму, особливо прикордонні зони. На динаміку чисельності та географічне розміщення циганської спільноти різною мірою впливали міграційні процеси, характер природного відтворення, етнокультурні взаємини, а також адміністративно-політичне підпорядкування українських етнічних територій у минулому.

У ХХІ ст. також було декілька хвиль нелегальних міграційних процесів циган, що тривають і зараз. Падіння життєвого рівня, кризові явища в економіці спровокували поновлення сезонної міграції циган.

Щодо наявності сезонності в трудових поїздках ромів думки експертів розходяться: одна половина вважає, що такого явища немає, а друга - відзначає підвищену міграційну мобільність ромського населення влітку, меншою мірою - пізньої весни та ранньої осені. Це знову ж таки збігається з даними обстеження "Життєві шляхи населення України", згідно з яким літо є періодом найінтенсивніших трудових поїздок.[2, с. 83]

Останніми роками спостерігається тенденція активної нелегальної міграції на територію України етнічних циганських груп. Це, передусім, зумовлено тим, що у 2005 році було внесено жорстокі зміни до законодавства

Грузії та здійснюються активні заходи правоохоронними органами Російської Федерації стосовно цієї категорії громадян. Після розширення Євросоюзу хвиля ж переселення циган з центральної і східної Європи в західному напрямку почалася з 2004 року та досягла свого апогею після приєднання Румунії до ЄС у 2007 році. Тамтешні цигани їдуть до Італії, Франції та до інших країн Євросоюзу. Причин такої зміни проживання досить прості, мігранти в більшості випадків ніде не працюють, здебільшого внаслідок низької кваліфікації, а часто й просто не бажають працювати. У той же час вони щосили користуються вельми потужною системою соціального забезпечення. Наприклад, на дорослого Франція виплачує по 300 євро, на кожну дитину дають 100 євро, тоді допомога по безробіттю в Румунії — трохи менше ніж 1 євро на день.

Пересування в країнах Євросоюзу вільне. Проте 10 країн (Франція, Німеччина, Великобританія, Ірландія, Італія, Голландія, Австрія, Бельгія, Люксембург і Мальта) встановили вихідцям з Румунії та Болгарії обмеження. Їм не можна в них перебувати довше за три місяці, якщо вони не працюють і являють собою додатковий тягар для системи соціального забезпечення або загрозу безпеці країни. А також було запроваджено проект декада ромської (циганської) інтеграції (англ. Decade of Roma Inclusion) — проект восьми країн Центральної та Східної Європи, скерований на підвищення соціально-економічного статусу й інтеграцію до суспільства циганської меншини цього регіону. Заходи в межах цього першого в Європі проекту з покращення якості життя осіб циганської національності охоплюватимуть час з 2005 до 2015.

Завдання різних держав сучасності — не стільки протидія і контроль міграційних потоків, скільки пристосування до умов всесвітнього міграційного руху. На теперішній час Україна опинилася в надзвичайно вигідних умовах для побудови раціональної міграційної політики. Обсяги міграційних рухів ще не вийшли за межі, які неможливо контролювати, тому політика України щодо міграційних процесів потребує значного

удосконалення, яка в подальшому має забезпечити державу від потоків нелегальної міграції, як з третіх країн, так і розвинутих.

Особливу увагу варто приділяти причинам і умовам, що сприяють незаконній міграції осіб циганської національності, прогнозуванню міграційних процесів, зв'язку незаконної міграції зі злочинними видами бізнесу – торгівлею наркотиками, зброєю, людьми, контрабанді, проституції, крадіжкам і вивезенні автотранспорту.

Проблема нелегальної міграції різних циганських етнічних груп — одна з найскладніших. А тому потребує особливої уваги з боку держави, яка буде спрямовувати свою політику на підвищення ефективності протидії цьому явищу, а саме :

- створення міграційної служби що займалася «реєстром мігрантів», повинна бути створена безпосередньо в системі МВС, що є дуже своєчасним та актуальним на сьогоднішній день;

- забезпечити реалізацію єдиного підходу до здійснення візового контролю на кордоні, інформаційної взаємодії у веденні статистичного обліку іммігрантів, впровадження комплексного підходу до здійснення заходів протидії нелегальній міграції;

- удосконалити законодавчу базу шляхом визначення правових норм, які передбачають механізм компенсації витрат держави на виявлення, затримку, утримання та видворення нелегальних мігрантів не тільки за їхній рахунок, але й за рахунок осіб, які їм сприяли;

- створити нормативну й організаційну основу для проведення обов'язкової дактилоскопії іноземців і осіб без громадянства, депортованих з України, а також визначення порядку зберігання й використання її результатів;

- узагальнити накопичений досвід взаємодії правоохоронних органів України з протидії нелегальній міграції і його міжвідомче нормативне закріплення на сучасній законодавчій основі;

- налагодити погоджену діяльність у сфері протидії нелегальній міграції з правоохоронними відомствами суміжних країн;

- розробити нові методики оперативно-розшукової діяльності щодо виявлення, попередження й припинення незаконного перетинання кордонів з урахуванням того, що для боротьби з даним видом злочинністю повинні використовуватися відповідні методи, сили та засоби.

Таким чином створення багаторівневої, широкодоступної інформаційної бази стосовно циганських етнічних угруповань злочинної спрямованості та їх членів, що враховувала б міграційні процеси покращило б роботу правоохоронних органів України та дало б змогу попереджати багато злочинів, що вчиняються особами циганської національності ще на стадії їх підготовки.

#### **Література:**

1. Про Концепцію державної політики у сфері боротьби з організованою злочинністю: указ Президента України від 21 жовтня 2011 року N 1000/2011. URL: <http://www.president.gov.ua/documents/14091.html>.

2. Особливості способу життя та проблеми соціальної інтеграції ромів в Україні: Аналітичний звіт. К.: Український ін-т соціальних досліджень, 2003. 168 с.

***Хильченко А. С.***

*Національний університет «Одеська юридична академія»,*

*доцент кафедри кримінального права,*

*кандидат юридичних наук*

## ПРАКТИКА ЄСПЛ ЯК ЗАСІБ ОБМЕЖЕННЯ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ У ПЕНАЛІЗАЦІЙНОМУ ПРОЦЕСІ В УКРАЇНІ

**Суддівський розсуд у кримінальному праві** – це правозастосовча інтелектуально-вольова діяльність судді, яка є передбаченою кримінальним законом мірою свободи вибору одного із варіантів рішення у кримінальному провадженні. Аксиомою є те, що саме кримінальний закон і встановлює **межі** суддівського розсуду, що в який раз підкреслює правовий характер суддівського розсуду. Але чи дійсно є безспірним твердження, що лише кримінальний закон встановлює межі вибору рішення у кримінальному провадженні?

Важливу роль у формуванні судової практики у країнах континентального права відіграють рішення вищих судів, що можуть служити аналогом переконливих прецедентів. В Україні таку роль можуть відігравати рішення Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів - Вищого адміністративного, Вищого господарського і Вищого спеціалізованого суду з цивільних і кримінальних справ. Кожний суддя, якому відома правова позиція вищої судової інстанції з того чи іншого питання, не може не брати її до уваги, виходячи з авторитетності вищої судової інстанції і з огляду на можливе оскарження та скасування його рішення [1, с. 179]. Як відмічає В. О. Туляков, відомою є позиція, що кримінальна заборона сьогодення, яка реалізується у правозастосуванні, знаходиться в постійному розвитку. Водночас і стабільна заборона минулого, що пов'язана із позитивним кримінальним правом, так само знаходиться у розвитку. У першому випадку мова йде про необхідність постійної корекції законодавства та практики його застосування відносно нових заборон (комп'ютерні злочини, наприклад), нових колізійних ситуацій, що зумовлено політичними процесами, прийняттям та ратифікацією відповідних міжнародних договорів та конвенцій, рішеннями Європейського суду з прав людини тощо. У другому випадку маються на увазі інтерпретаційні процеси у достатньо інерційному кримінальному законодавстві, які

дозволяють, використовуючи аналогію права *sui generis* (призначення заходів безпеки та соціального захисту в КК, звужене чи поширене тлумачення кримінально-правової норми Верховним Судом України чи Вищим касаційним судом з розгляду цивільних та кримінальних справ), розповсюджувати дію старих норм на нові види відносин [2].

Так, правоположення, які вироблені внутрішньодержавною усталеною судовою практикою є засобом самообмеження національної судової системи від довільності судового розсуду при винесенні рішень з аналогічним складом юридичних фактів судовими інстанціями. Прецедентна практика Європейського Суду з прав людини є засобом наддержавного обмеження судового розсуду національних юрисдикційних органів, оскільки судові рішення Європейського Суду з прав людини стають обов'язковими для держав, які ратифікували Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод [3, с. 3].

Дійсно, відповідна роль судової практики поступово визнається, оскільки кримінальний закон регулює суспільні відносини в узагальненій, абстрактній формі. Формами прояву судової практики в Україні є:

1. Згідно з ч. 2 ст. 150 Конституції України, Конституційний Суд України має виключне право на надання офіційного тлумачення Конституції та законів України. Рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення мають обов'язковий характер для всіх фізичних та юридичних осіб, а також для державної влади та місцевого самоврядування на території України. Окрім резолютивної частини такого рішення, прецедент тлумачення можна знайти у мотивувальній частині як цього рішення, так і рішення про відповідність Конституції України законів та інших визначених законом правових актів.

2. Згідно зі ст. 111-23 Господарського процесуального кодексу, ст. 458 Кримінального процесуального кодексу, ст. 360-7 Цивільного процесуального кодексу України, рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з

мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішеннями Верховного Суду України. Невиконання судових рішень Верховного Суду України тягне за собою відповідальність, установлену законом.

3. У чинному законодавстві України відсутня норма, яка б надавала право Пленуму Верховного Суду України давати рекомендаційні роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства, проте деякі роз'яснення Пленуму використовуються судами й нині. Наприклад, Постанова Пленуму № 6 від 4 червня 2010 року «Про деякі питання, що виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи».

4. Окрім того, у системі судів загальної юрисдикції судова практика вищих судових інстанцій виступає орієнтиром як для нижчих судів, так і для інших правозастосовних органів. Згідно зі ст. 38 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» Верховний Суд України забезпечує єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

5. Згідно зі ст. 36 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» Пленуми вищих спеціалізованих судів з метою забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні окремих категорій справ відповідної судової спеціалізації узагальнюють практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизують та забезпечують оприлюднення правових позицій вищого спеціалізованого суду з посиланням на судові рішення, в яких вони були сформульовані.

6. Згідно зі ст. 17 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди України зобов'язані застосовувати Конвенцію та практику Суду як джерело права. З моменту

набуття чинності рішення Суду стають джерелом судової практики Європейського Суду з прав людини. Ця судова практика визнається джерелом загальноєвропейських стандартів прав людини і повинна враховуватися органами всіх держав — учасниць конвенції.

На нашу думку, якщо обирати за критерій поділу правових систем джерела права, то правова система України «тяжіє» до романо-германської традиції права. А тенденцією розвитку романо-германського права є розвиток судового права, утвердження прецеденту джерелом права. Більше того, на користь визнання в Україні судового прецеденту як джерела права як раз і слугує Закон України від 23.02.2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». У цьому зв'язку Ю. М. Оборотов зазначає: «Створення в Україні Конституційного Суду і визнання нашою державою юрисдикції Європейського Суду з прав людини спричинило утвердження судового прецеденту у правовій системі України» [4, с. 75].

Так, якщо вести мову про пеналізаційний зріз правозастосовчого процесу, також відображення прояву практики ЄСПЛ при застосуванні видів покарань, призначенні конкретної міри кримінально-правового впливу, необхідно зазначити наступне. Статтею 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. встановлює важливий принцип «ніякого покарання без закону», на якому і базується інститут призначення покарання зокрема та вся система кримінального закону загалом. Відповідно до частини першої цієї статті нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення. Однак у практиці Європейського Суду з прав людини констатується порушення такого важливого принципу.

Так, у справі «Корбей проти Угорщини» було встановлено, що заявником у справі виступає відставний військовий. У 1994 році йому було пред'явлено звинувачення в участі в придушенні повстання в р. Тата під час подій 1956 року. Згідно обвинуваченню, будучи капітаном, він командував підрозділом з 15 підлеглих при виконанні завдання по відновленню контролю над будівлею поліцейського відділення, яке було захоплене повстанцями, стріляв і наказував підлеглим стріляти в цивільних осіб. Кілька осіб загинули або були поранені в ході інциденту, який згідно з висновками судів країни почався, коли один з учасників повстання витягнув пістолет з кишені пальта після наказу скласти зброю.

Суд першої інстанції спочатку припинив кримінальну справу на тій підставі, що діяння, в яких обвинувачувався заявник, представляли собою вбивство і підбурювання до вбивства, а не злочини проти людства, тому термін давності для притягнення до кримінальної відповідальності сплинув. У кінцевому підсумку, однак, заявник був засуджений згідно з пунктом 1 статті 3 Женевської конвенції 1949 року за злочин проти людства (масове вбивство) та приговорений до п'яти років позбавлення волі. Він відбув частину покарання, після чого був умовно звільнений. У Європейський Суд він скаржиться на те, що був засуджений за діяння, яке не було злочином під час його вчинення. У результаті, у світлі загальновизнаних міжнародно-правових стандартів, чинних на той момент, Європейський Суд не був переконаний, що потерпілий може бути визнаний особою, що склала зброю, в значенні загальної статті 3, або що він потрапляв в іншу категорію "некомбатантів". Таким чином, не доведено, що дії заявника передбачувано становили злочин проти людства згідно міжнародному праву. А тому у справі допущено порушення вимог статті 7 Конвенції. Таким чином, рішення у даній справі є джерелом кримінального права при вирішенні аналогічних питань.

Таким чином, можна констатувати, що межами суддівського розсуду у кримінальному провадженні є кордони вибору того чи іншого рішення, які

визначаються положеннями КК України, Конституції України, загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права, рішеннями Європейського Суду з прав людини, правовими позиціями, сформульованими Конституційним Судом України, і роз'ясненнями Пленуму Верховного Суду України і Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, що дозволяє відмежувати законні дії судді від свавілля.

### Література:

1. Москаленко В. Специфіка прецедентного права Суду Європейського Співтовариства *Акт. пробл. держ. упр.* 2005. № 3(26). Х., 2005. с. 179-186.
2. Туляков В. О. Кримінальне право сьогодення: ренесанс моделі сталого розвитку *Вісник Асоціації кримінального права України*, 2014, № 2(3)  
URL: [http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/visnik\\_yg/3/1.pdf](http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/visnik_yg/3/1.pdf)
3. Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. 20 с.
4. Оборотов Ю. М. Теорія держави і права (прагматичний курс): Екзаменаційний довідник Одеса: Юридична література, 2005. 184 с.

## **РОЗДІЛ 4. ПРАКТИКА ЄСПЛ ТА ПРОТИДІЯ КОРУПЦІЙНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ**

***Бабенко А.М.***

*завідувач кафедри теорії та історії держави і права Одеського державного університету внутрішніх справ, доктор юридичних наук, доцент*

### **ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕГІОНАЛЬНОЇ КРИМІНОЛОГІЧНОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ**

Як загально відомо, злочинність являє собою загрозу безпеці всіх сфер життєдіяльності суспільства, завдає шкоду правопорядку, негативно впливає на соціальний, культурний та економічний розвиток країни та її регіонів. Сучасна криміногенна ситуація в нашій країні залишається доволі складною. За статистичними даними МВС протягом останніх років спостерігаються тенденції до зростання злочинності у країні. Негативні тенденції злочинності та окремих її видів спостерігаються майже на всій території нашої держави з 2009 року. Якщо у 2008 р. в Україні було зареєстровано 384 424 злочини, у 2011 – 515 833, а у 2015 році їх налічувалося вже 565182 тобто за сім років відбулося зростання злочинності більше, як на третину (+32%). І така ситуація простежується у більшості регіонів. В нашій країні спостерігається нерівномірний розподіл рівня злочинності. Традиційно, найбільша кількість злочинів реєструється у східних регіонах України. Наприклад, за статистичними даними Прокуратури України у 2015 році у Дніпропетровській області зафіксовано 50 146 злочинів, тоді, як у Запорізькій – 41804 злочинів, у Одеській – 29364 злочинів, а у Івано Франківській області зареєстровано 8512

злочинів. Тобто, відмінності у рівні злочинності коливаються від двох – до шести разів.

Враховуючи різноманітність та відмінність соціально-економічних та культурологічних особливостей регіонів нашої країни, останніми роками відбувається загострення криміногенної ситуації на регіональному рівні. У таких умовах серед важливих заходів запобігання злочинності на перше місце виходить завдання із законодавчого забезпечення регіональної кримінологічної політики. Серед широкої різноманітності заходів запобігання злочинності, найбільш ефективними виявляються некаральні заходи стримування злочинності. У зв'язку з цим, актуалізується питання запобігання злочинності шляхом проведення державою виваженої регіональної кримінологічної політики.

Запобігання регіональній злочинності в Україні нами розглядається, як об'єктивно обумовлена кримінологічна стратегія і один із напрямків реалізації регіональної кримінальної та кримінологічної політики [1, с. 282]. Кримінологічну політику держави, за висловленням кримінологів, можна вважати своєрідною ідеологією, під впливом якої, з одного боку, розробляються форми, завдання, зміст, принципи діяльності держави у сфері не репресивного напрямку, а з іншого – використовується найбільш обґрунтована із соціально-політичних позицій наявна, або розробляється відповідно до неї нова теорія запобігання злочинності [2, с. 5]. За висновками визнаного в цій сфері фахівця П.Л. Фріса, кримінологічна (профілактична) політика є мистецтвом управління складною системою заходів запобіжного впливу на злочинність, яка заснована на глибокому вивченні злочинності та її причин, соціальних можливостей щодо зниження ступеню активності їх прояву, розробці науково-обґрунтованої стратегії й тактики запобіжної діяльності, що визначає основні, некаральні напрями в боротьбі зі злочинністю і розглядається як основоположна частина кримінальної політики, виконує провідну роль у загальнодержавному процесі протидії правопорушенням [3, с. 223]. Отже, кримінологічна політика спрямовується,

насамперед, на запобігання злочинності й має за мету зниження ступеня інтенсивності її прояву та зниження негативних наслідків для суспільства. Разом з цим, ефективність протидії злочинності в державі обумовлюється ефективністю боротьби з нею в регіонах, а це, у свою чергу, забезпечується на основі заздалегідь отриманої, науково-обґрунтованої інформації про злочинність, її види та детермінацію на конкретних територіально-просторових системах. Це дає можливість більш зважено підійти до побудови адекватної системи запобігання злочинності.

Між іншим, Державною регіональною політикою визнають сукупність організаційних, правових і економічних заходів, здійснюваних державою у сфері регіонального розвитку відповідно до діючих стратегічних цілей [4, с. 318]. У попередніх публікаціях [1] нами доведено, що серед важливих детермінуючих злочинність факторів є: непропорційний розвиток регіонів, історичні особливості їх формування, відмінності в економіці, соціальних стандартах, демографічному складі населення, в якості життя, у культурологічних та інших особливостях. Отже, на обмеження впливу саме цих детермінантів і має бути спрямованим запобігання злочинності в регіонах. У цьому сенсі, стан злочинності в регіонах багато в чому обумовлюється ефективністю регіональної соціально-економічної та кримінологічної політики.

Серед великої кількості нормативно-правових актів, які визначають регіональну кримінологічну політику й регламентують запобігання злочинності, окремо можна виділити декілька таких, реалізація яких безпосередньо сприяє реалізації мети загальноспеціального запобігання злочинності в регіонах. До них можна віднести положення Конституції України [5], Закони України «Про стимулювання розвитку регіонів» (2005 рік) [6], «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» (2010 рік) [7], Державну цільову програму розвитку українського села на період до 2015 року (затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 19 вересня 2007 р. № 1158) [8] та Державну стратегію регіонального розвитку на період до

2020 року (затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 6 серпня 2014 р. № 385) [9]. Аналіз та узагальнення положень цих нормативно-правових документів дозволяє визначити систему регіонального загальносоціального запобігання злочинності.

Гармонічний і всебічний розвиток регіонів як основа для побудови правової держави й законослухняного населення гарантується Конституцією України. Так, статтею 1 та статтею 132 Конституції України [4] чітко визначений територіальний устрій України, який ґрунтується на засадах єдності та цілісності державної території, поєднанні централізації і децентралізації в здійсненні державної влади. Держава гарантує збалансованість соціально-економічного розвитку всіх регіонів, з урахуванням їх історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій.

Зі змісту Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 1 липня 2010 р. № 2411-VI (2010 рік) [9] можна визначити основні напрямки загальносоціального запобігання злочинності в регіонах якими є: розбудова державності; розвиток місцевого самоврядування та стимулювання розвитку регіонів; формування інститутів громадянського суспільства, економіки, соціальної, екологічної, техногенної, гуманітарної сфер та ін. Зауважимо, що в ст. 8 цього Закону зазначено, зокрема: подолання бідності, зменшення соціального розшарування шляхом сприяння самозайнятості населення, розвитку малого і середнього бізнесу, недопущення виникнення заборгованості із заробітної плати на підприємствах, в установах, організаціях усіх форм власності; подолання бездомності громадян, безпритульності і бездоглядності дітей тощо.

Стратегічною метою регіональної кримінологічної політики відповідно до Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2020 року [10] є створення умов для динамічного, збалансованого розвитку України та її регіонів, забезпечення їх соціальної та економічної єдності, підвищення рівня

життя населення, додержання гарантованих державою соціальних стандартів для кожного громадянина незалежно від його місця проживання [9, с. 66].

Досягнення цієї мети можливе шляхом здійснення передбаченого в ст. 1 Закону України «Про стимулювання розвитку регіонів» [6] стимулювання розвитку регіонів. Це відбувається за рахунок виконання комплексу правових, організаційних, наукових, фінансових та інших заходів, спрямованих на досягнення сталого розвитку регіонів на основі поєднання економічних, соціальних та екологічних інтересів на загальнодержавному та регіональному рівнях; максимально ефективного використання потенціалу регіонів в інтересах їх мешканців та держави загалом [6].

Отже, можна констатувати, що в Україні створене доволі ефективне правове підґрунтя для реалізації ефективної регіональної кримінологічної політики. Втілення її у життя має сприяти виконанню основних цілей загальносоціального запобігання злочинності в регіонах, якими є подолання, або обмеження криміногенно небезпечних протиріч у суспільстві, поступове викорінення негативних явищ, створюваних політичними, економічними, психологічними, ідеологічними, міжнаціональними та іншими чинниками виникнення криміногенного потенціалу в суспільстві.

### **Література:**

1. Бабенко А. М. Запобігання злочинності в регіонах України: концептуально-методологічний та праксеологічний вимір: монографія Одеса : ОДУВС, 2014. 416 с.
2. Голіна В. В. Державне програмування і регіональне планування заходів запобігання злочинності в Україні Х. : Право, 2012. 304 с.
3. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2005. 440 с.
4. Лишиленко В. І. Регіональна економіка: [підручник для студ. вищ. навч. закл.] / В. І. Лишиленко. К. : Центр учбової літератури, 2009. – 384 с.

5. Конституція України [зі змінами, внесеними відповідно до Закону № 2952-VI від 01.02.2011, ВВР України, 2011, № 10, ст.68] URL : <http://rada.gov.ua/uploads/documents/27396.pdf>. – Назва з екрану.
6. Закон України «Про стимулювання розвитку регіонів» від 08 вересня 2005 р. № 2850-IV URL : <http://zakon1.rada.gov.ua>. – Назва з екрану.
7. Закон України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 1 липня 2010 року за № 2411-IV URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2411-17>. – Назва з екрану.
8. Про затвердження Державної цільової програми розвитку українського села на період до 2015 URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1158-2007-%D0%BF>. – Назва з екрану.
9. Про затвердження Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2020 року URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/385-2014-%D0%BF>. – Назва з екрану.
10. Методика изучения территориальных различий преступности и их причин : [метод. пособ.] / А. И. Долгова, Н. В. Кривошекова, Ю. Г. Козлов, В. А. Серебрякова и др. ; ответ. ред. А. И. Долгова. – М. : Всесоюзный научно-исследовательский институт проблем укрепления законности и правопорядка, 1989. 140 с.

***Гловюк І.В.***

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук,  
доцент*

**ВИКОРИСТАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ  
ЛЮДИНИ ПРИ ОЦІНЦІ НАЯВНОСТІ ПРОВОКАЦІЇ У  
КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ**

Питання дотримання процесуального порядку проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій набули особливого у значення через нормативізацію переліку типових порушень, які допускаються при збиранні та перевірці доказів у кримінальному провадженні, та викладенні її у ст. 87 КПК як таких істотних порушень прав людини, які обов'язково тягнуть за собою визнання отриманих фактичних даних недопустимими доказами. Крім того, окремо у КПК указано на недопустимість доказів, отриманих у результаті провокації при проведенні контролю за вчиненням злочину (ч. 3 ст. 271). Відмітимо при цьому, що у судовій практиці українських судів непоодинокими є посилання на провокаційний характер, наприклад, оперативних закупок [1; 2; 3], що на що вказав в ухвалі і Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ [4].

Прийняття рішення про наявність у діях слідчого, співробітників оперативних підрозділів або осіб, залучених до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у порядку конфіденційного співробітництва, вимагає звернення до тих стандартів розмежування використання негласних засобів у протидії злочинності та провокації, які вироблені практикою Європейського суду з прав людини (далі - ЄСПЛ). Показовою є правова позиція, викладена у Рішенні "Тейксейра де Кастро проти Португалії", яка надалі була розвинена у Рішеннях "Люді проти Швейцарії", "Веселов та інші проти Росії", "Калабро проти Італії", "Мілінієне проти Литви", "Раманаускас проти Литви", "Худобін проти Російської Федерації", "Ваньян проти Російської Федерації", "Баннікова проти Російської Федерації", "Лагутін та інші проти Російської Федерації", "Сепіл проти Туреччини", "Едвардс та Льюїс проти Сполученого Королівства" та ін. У Рішенні "Тейксейра де Кастро проти Португалії" ЄСПЛ наголосив, що використання негласних агентів має бути обмеженим і забезпеченим гарантіями навіть у справах, пов'язаних із боротьбою з торгівлею наркотиками. Хоча зростання організованої злочинності, безсумнівно, зумовлює застосування відповідних заходів, право на справедливий розгляд

залишається на першому місці і не може бути принесене в жертву доцільності. Загальні вимоги справедливості, що містяться у ст. 6 Конвенції, застосовуються у провадженнях щодо всіх кримінальних справ: від найпростіших до найбільш заплутаних. Суспільним інтересом не можна виправдати використання доказів, здобутих шляхом підбурювання з боку поліції [5].

Аналіз рішень ЄСПЛ із цього питання дозволяє систематизувати деякі критерії відмежування провокації та виконання функцій негласних агентів працівниками поліції та залегенованими особами. До них можна віднести такі: чи було вчинено злочин без втручання органів влади [6; 7]; наявність доказів того, що зроблено початкові кроки з метою вчинення злочинів [8]; отримання інформації від приватної особи або від особи, яка співробітничала з поліцією, чи її інформатора (в останньому випадку є ризик розширення ролі відповідних осіб до агентів-провокаторів [8]); чи мав місце злочин, коли джерело інформації почало співробітничати із поліцією [7; 8; 9]; пасивний характер розслідування (відсутність тиску на особу з метою вчинення злочину, повторні пропозиції після відмови, нагадування, підвищення ціни тощо [6; 8]); "приєднання" поліції до кримінальної діяльності (а не ініціювання її) [7; 10, с. 191]; наявність достатніх даних, що особа раніше, до втручання негласного агента, вчиняла схожі злочини [6; 10, с. 190; 11]. Разом з тим, у Рішенні "Сепіл проти Туреччини" ЄСПЛ вказав, що інформація про вчинення особою раніше схожого злочину може обґрунтовувати розумна підозра тільки в тому випадку, коли між попереднім обвинуваченням і розслідуванням епізодом є прямий зв'язок. Якщо особа раніше просто залучалася до кримінальної відповідальності за подібного роду злочини, це жодним чином не свідчить саме по собі про те, що вона збиралася вчинити новий злочин [12].

При цьому тягар доказування відсутності провокації у суді покладається на сторону обвинувачення [7].

Відмітимо, що у судовій практиці України застосовуються прецедентні рішення ЄСПЛ та вищенаведені критерії. Наприклад, у контексті того, чи було

б вчинено злочин без втручання органів влади, наявності доказів того, що зроблено початкові кроки з метою вчинення злочинів, у вирокі було зазначено, що можна припустити, що ОСОБА\_1 дійсно мав схильність продати наркотики, але ця схильність була латентною, тобто не проявленою, і неможливо з'ясувати, чи проявилась би ця схильність без провокації агентів міліції, яка була особливо "брудною" в умовах бідності українського села [13]. Крім того, повторність оперативних закупок розцінюється також як провокація [4].

Отримання інформації від приватної особи або від особи, яка співробітничав з поліцією, чи її інформатора, чи мав місце злочин, коли джерело інформації почало співробітничати із поліцією. Наприклад, суд вказав, що незрозумілими є мотиви, з яких ОСОБА\_7 вирішив співпрацювати з правоохоронними органами, у зв'язку з чим його показання суд оцінює критично; як слідує з показань ОСОБА\_7, ОСОБА\_3, з яким він не підтримував ніяких стосунків, при випадковій зустрічі з ним відразу ж пригостив його наркотичним засобом, дав номери мобільних телефонів свого та своєї дружини та запропонував у подальшому придбавати наркотичний засіб. Сам же ОСОБА\_7, як він зазначає, наркотичних засобів не вживає і знає, що це незаконно, однак запропонований ОСОБА\_3 наркотик прийняв і в той же день добровільно видав його працівникам УБОЗ УМВС України в Рівненській області [1].

Пасивний характер розслідування, "приєднання" поліції до кримінальної діяльності (а не ініціювання її) підлягає критичній оцінці у вирокі, адже збут наркотичних засобів вище залегенованої особі (особам) побічно вказує на активний, ініціативний характер з боку осіб, які організовували та / або проводили оперативну закупку: за умови відсутності у справі даних про те, що особа займалась збутом наркотичних засобів іншим особам, крім легендової, є достатні підстави підозрювати, що мала місце провокація [14]; матеріали справи не містять доказів збуту наркотичних засобів не легендованим особам, що опосередковано вказує на провокацію злочину зі

сторони працівників міліції [1]. Крім того, у кримінальному провадженні судом також встановлено, що вказаний свідок за вказівкою працівників міліції був надзвичайно наполегливим, і це було лінією його поведінки узгодженої з працівниками міліції. Працівники міліції знали, що обвинувачений ОСОБА\_1 є наркозалежним, важко хворим і за допомогою агента провокували виникнення у нього злочинного наміру, якого до того у ОСОБА\_1 не було [2].

Незважаючи на послідовну критичну оцінку провокації як практики ЄСПЛ, так і національних судів, звертає на себе увагу і викликає занепокоєність те, що 56% опитаних прокурорів, 65% опитаних слідчих та 72% опитаних оперативних працівників вважають за доцільне розширення можливостей застосування провокації у правоохоронній діяльності [дані наведено: 15, с. 40].

Таким чином, врахування практики ЄСПЛ щодо розмежування негласних операцій, використання негласних агентів та провокації при проведенні контролю за вчиненням злочину позитивно впливає на українську судову практику щодо визнання отриманих у результаті провокацій фактичних даних недопустимими доказами, а як наслідок – на забезпечення режиму законності кримінально-процесуальної діяльності.

### Література:

1. Вирок Рівненського міського суду від 31 жовтня 2014 р. (Справа № 569/17927/13-к) URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41290683>
2. Вирок Шаргородського районного суду Вінницької області від 10 листопада 2014 р. (Справа № 152/1444/14-к) URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41320019>
3. Вирок Косівського районного суду Івано-Франківської області від 20 травня 2014 р. (Справа № 347/1259/13-к ) URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38809261>

4. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27 листопада 2014 р. (5-3626кМ14 ) URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42766501>
5. Справа «Тейксейра де Кастро проти Португалії». Рішення від 9 червня 1998 р. (витяг) URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/420218687406d17dc3257134002354a2?OpenDocument>
6. Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Ваньян против Российской Федерации» от 15 декабря 2005 г. *Бюллетень Европейского суда по правам человека*. Российское издание. 2006. № 7. С. 57, 102 - 116.
7. Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Банникова против Российской Федерации» от 4 ноября 2010 г. URL <http://minjust.ru/ru/press/news/bannikova-bannikova-protiv-rossiyskoy-federacii-zhaloba-no-1875706>
8. Постановление Европейского суда по правам человека по делу "Веселов и другие против России" от 2 октября 2012 г. URL <http://genproc.gov.ru/upload/iblock/ae1/doc01792420140711073014.pdf>
9. Постановление Европейского суда по правам человека по делу "Лагутин и другие против Российской Федерации" от 24 апреля 2014 г. URL <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/docx/001-142518>
10. Макбрайд Джеремі. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. К.: «К.І.С.», 2010. 576 с.
11. Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Худобин против Российской Федерации» от 26 октября 2006 г. URL: [www.hand-help.ru/documents/Hudobin\\_protiv\\_RF.doc](http://www.hand-help.ru/documents/Hudobin_protiv_RF.doc)
12. Аніщик О. Контрольна закупівля, як провокація, порушує права URL: [http://zib.com.ua/ua/print/44405-kontrolna\\_zakupivlya\\_yak\\_provokaciya\\_zlochynu\\_porushue\\_prava.html](http://zib.com.ua/ua/print/44405-kontrolna_zakupivlya_yak_provokaciya_zlochynu_porushue_prava.html)

13. Вирок Краснопілляського районного суду Сумської області від 03 жовтня 2014 р. (Справа № 578/122/14-к) URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40745785>

14. Вирок Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 22 квітня 2014 р. (Справа №279/4149/13-к) URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38316774>

15. Погорецький М.А. Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності *Вісник кримінального судочинства*. 2016. №1. С. 33-43.

*Михайленко Д.Г.*

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
докторант кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук,  
доцент*

### **ПРОВЕДЕННЯ ТЕСТУ НА ПРОПОРЦІЙНІСТЬ ЩОДО НОРМИ ПРО НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ З УРАХУВАННЯМ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**

Введення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення (у моделі ст.20 Конвенції) та ефективна дія такого правового інструменту неминує пов'язані із необхідністю обмеження деяких прав людини (принципу презумпції невинуватості, права не свідчити проти себе тощо) та законодавчого закріплення можливості та умов такого обмеження. Пропоновані способи обійти чи завуалювати означені втручання в основоположні права людини були відкинуті при затвердженні чинної редакції ст.20 Конвенції ООН проти корупції (далі – Конвенція) та приречені вихолощувати суть і дієву силу норми про незаконне збагачення. Разом із тим, не слід зміщувати правові проблеми, які виникають при реалізації ст.20

Конвенції, з дискусії про баланс у доказуванні, який встановлюється системою тягаря доказування, і переносити їх у площину безпосереднього порушення презумпції невинуватості, оскільки теза про порушення конструкцією незаконного збагачення концептуальних основ кримінального права є значним перебільшенням, яке стримує правоохоронну систему у протидії сучасній корупції та використовується особами, які не бажають проводити модернізацію існуючого неефективного антикорупційного правового механізму.

У контексті наведеної проблеми необхідно звернути увагу, що ще у 2006 році Європейська комісія узагальнила практику Європейського суду з прав людини (далі – Суд) щодо презумпції невинуватості і виявила три ситуації, коли тягар доведення не лежить цілком на стороні обвинувачення: (a) *strict liability offences* (злочини суворої відповідальності), (б) *offences where the burden of proof is reversed* (злочини, де тягар доведення при визначених умовах частково перекладається на обвинуваченого) і (c) *when a confiscation order is made* (у випадках здійснення конфіскація майна). У першому випадку обвинувачення має представити докази, щоб довести, що обвинувачений вчинив діяння (*actus reus*), але не повинні доводити, що він мав намір діяти таким чином чи спричинити такий результат (*mens rea*). У другому випадку обвинувачення має довести, що обвинувачений діяв певним чином, і у цьому разі останній повинен показати, що його дії були здійснені за відсутності вини. Третій випадок стосується справ про відновлення активів за рахунок обвинуваченого або третьої сторони, де тягар доведення може бути перенесений у припущенні того, що активи є доходами від злочинів, що власник активів повинен спростувати[1]. Усі наведені випадки перенесення тягаря доказування, як слідує із контексту узагальнення, повинні бути передбаченими національним законодавством. Зазначене демонструє, що обмеження принципу презумпції невинуватості у частині перерозподілу тягаря доказування є допустимим із точки зору Європейського Союзу та

Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 року.

Разом із тим, в Україні наукові розробки щодо критеріїв та меж втручання у права людини не знайшли свого належного розвитку. При їх дослідженні слід взяти до уваги, що сучасна концепція основних прав і свобод не може тлумачитися у межах вузьких рамок лібералізму[2]. У цьому контексті слушною є думка проф. В.О. Тулякова, за якою при забезпеченні охорони громадського порядку й суспільної безпеки у сучасних умовах обов'язком кожної демократичної держави є визначення меж між процесом реалізації політичних прав та свобод, законних інтересів громадян і порушеннями громадського порядку, у тому числі при проведенні масових заходів суспільно-політичними силами й окремими групами громадян[3, с.10]. Зазначене показує необхідність застосування тесту на пропорційність на полі дії кримінального права України.

На сьогодні названий тест в Європі є найбільш прийнятним методом визначення міри обмеження тих чи інших прав людини і складається із трьох компонентів (критеріїв), які структуровані як етапи. При вирішенні питання допустимості обмеження нормою про незаконне збагачення елементів принципу презумпції невинуватості за основу слід брати саме тест на пропорційність, оскільки його структура є більш конкретною і апробованою Судом. Технологія цього тесту дозволяє визначити чи є можливим втручання (обмеження) відповідного права чи законного інтересу визначеним заходом за відомих обставин. Застосування тесту на пропорційність Судом утворило практику, дослідження та використання якої дозволяє правильно провести такий тест в Україні з метою виявлення можливості впровадження до КК України норми про незаконне збагачення у моделі ст.20 Конвенції.

Так, при визначенні *легітимності мети обмеження* принципу презумпції невинуватості, слід виходити із того, що цілями, які у першу чергу досягаються при реалізації норми про незаконне збагачення є викривати і карати корупцію, чим зменшувати її рівень та більшою мірою наблизитися до

реалізації невідворотності кримінальної відповідальності, тобто уникати безкарності корупції в умовах її надмірного поширення. Згідно ж практики Суду «захист публічного порядку» і «попередження злочинів» при запровадженні заходів, що передбачають обмеження прав людини, є цілями, які повною мірою сумісні з Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (п.70 рішення ЄСПЛ по справі Бельджуді проти Франції від 26.03.1992 року[4]). Із означеного очевидно, що мета, яка переслідується обмеженням принципу презумпції невинуватості із-за впровадження відповідальності за незаконне збагачення є легітимною.

При перевірці норми про незаконне збагачення за критерієм тесту *«необхідність заходу»* важливо продемонструвати, що втручання у принцип презумпції невинуватості при встановленні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є незначним, що покаже низький рівень обтяження права людини розгляданням заходом. Тут звертає на себе увагу, що при власній оцінці доказів по справі Суд керується критерієм доведеності «за відсутності обґрунтованого сумніву». Така доведеність може бути при наявності як досить вагомих, явних і узгоджених між собою доказів, так і не спростованих припущень щодо наявності певних фактів[5, с.136; 6, с.112]. Крім того слід мати на увазі, що у світлі вимог п.2 ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Суд допускає існування у національному законодавстві презумпцій, що переносять тягар доведення невинуватості на обвинуваченого, якщо це обмежено розумними лімітами, які враховують важливість того, що поставлено на карту для обвинуваченого, та забезпечують його право на захист. У таких справах увага приділяється тому, чи була у обвинуваченого можливість ефективно захищатися та спростовувати існування інкримінованих фактів, які презюмуються[7, с.22]. У розвиток наведеного у науковій літературі зазначається, що такий розподіл тягара доказування не створює презумпцію винуватості, а лише спонукає підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінально-процесуальному доказуванні. Таке стимулювання є правомірним за умови, що обставина, яку

необхідно доказати, є об'єктивно досяжною лише підозрюваному, обвинуваченому[8, с.199]. У випадку доказування збільшення активів службової особи незаконним (корупційним) способом конкретних шляхів законного примноження активів службовця є дуже велика кількість і щоб довести невідповідність його майнового стану офіційним доходам обвинуваченню необхідно перевірити і довести відсутність всієї множини можливих законних способів набуття такого майна, що фактично здійснити надзвичайно складно, а часто – неможливо. Напроти у сторони захисту є можливість вказати на конкретний спосіб примноження майна обвинуваченого і обґрунтувати, що він є законним. Тобто обвинувачення повинно перевірити дуже велику кількість фактів, а захист може обґрунтувати лише один і зробити це не є складним завданням, що дозволяє прийти до висновку про наявність незначної глибини обмеження права людини (принципу презумпції невинуватості) нормою про незаконне збагачення та належного забезпечення права на захист, що у свою чергу свідчить про додержання критерію тесту щодо необхідності заходу.

Особливо цінною для вирішення проблеми, що розглядається, є практика Суду щодо проведення тесту на пропорційність у вузькому розумінні. На цьому етапі тест не вимагає порівняння двох несумірних цінностей [у випадку, що аналізується – це цінність принципу презумпції невинуватості, з одного боку, і національної безпеки чи громадського порядку (*ordre public*), з іншого]. Тут порівнюються не наведені цінності, а глибина порушення кожної із них у випадку застосування і у випадку незастосування обмежень права. Якщо порушення презумпції буде непропорційно більшим при застосуванні обмеження права, чим порушення національної безпеки у випадку його незастосування, то таке обмеження слід відхилити, а якщо навпаки – то визнати, що воно є допустимим і необхідним у демократичному суспільстві.

У розглядуваному випадку метою обмеження одного із елементів принципу презумпції невинуватості є протидія корупції (якщо точніше, то – уникнення безкарності корупції через значне підвищення ефективності при її

викритті і покаранні, для суттєвого зменшення рівня цього явища в умовах її надмірного поширення), розповсюдження якої згідно із ст.7 Закону України «Про основи національної безпеки України» визнається однією із основних загроз національній безпеці України, стабільності у суспільстві.

Підходи Суду щодо перенесення тягара доказування консолідовані Д. Макбрайдом[9, с.271-278]. Так, при приблизно такій же (як і у випадку з незаконним збагаченням) глибині порушення принципу презумпції невинуватості (шляхом перенесення тягара доказування щодо окремих обставин на обвинуваченого) метою таких правових приписів та ситуацією їх застосування було: 1) уникнення безкарності порушення правил дорожнього руху шляхом встановлення відповідальності його власника у ситуації, коли неможливо встановити особу, що керувала автомобілем (якщо обвинувачений не доведе, що його автомобілем керувала інша особа проти його волі) («Фалк проти Нідерландів» [10]); 2) уникнення безкарності контрабанди заборонених товарів шляхом встановлення відповідальності за такий злочин особи, яка володіє відповідними предметами (вони знаходяться при ній) (якщо обвинувачений не зможе довести обставини *force majeure*) («Салабіаку проти Франції»[11], «Фам Гванг проти Франції»[12]); 3) попередження вчинення правопорушень компанією шляхом вимоги до керівника компанії належним чином виконувати свої обов'язків по контролю над її діяльністю через встановлення відповідальності директора такої компанії за будь-яке її правопорушення (якщо останній не доведе, що правопорушення було скоєно без його відома і що він вжив всіх заходів для його попередження) («А.Г. проти Мальти»[13]); 4) уникнення легалізації коштів одержаних у результаті торгівлі наркотиками та ухилення від конфіскації майна за такі дії шляхом застосування конфіскації активів одержаних протягом шести років, які передували зазначеному злочині (якщо обвинувачений не зможе довести законність джерела їх походження) («Грейсон і Барнем проти Сполученого Королівства»[14]).

У всіх описаних ситуаціях Суд не визнав, що перенос тягаря доказування суперечить п.2 ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У контексті дослідження правових проблем інструменту, передбаченого ст.20 Конвенції, описані випадки та їх вирішення Судом цінні тим, що у кожному із них мета, яка переслідувалася обмеженням презумпції невинуватості, як видається, є менш важливою для демократичного функціонування українського суспільства ніж мета встановлення відповідальності за незаконне збагачення.

Таким чином, застосування тесту на пропорційність з урахуванням практики Суду дозволяє прийти до висновку, що обмеження принципу презумпції невинуватості шляхом перенесення тягаря доказування щодо такої обставини, як законність примноження активів, із сторони обвинувачення на сторону захисту (суб'єкта корупційного злочину) за умови попереднього доведення державою значного збільшення активів суб'єкта і невідповідності такого збільшення задекларованим законним доходам при встановленні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є пропорційним з огляду на мету, яка досягається дією цього заходу. Викладе вище показує, що перенос тягаря доказування нормою про незаконне збагачення з метою протидії корупції не суперечить п.2 ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та узгоджується із приписами ст.62 Конституції України і ст.17 КПК України.

### Література:

1. Green Paper - The Presumption of Innocence (COM(2006) 174 final). Commission of the European Communities, Brussels, 26.4.2006 : URL <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52006DC0174>.
2. Савчин М. Основні конституційні критерії обмеження прав людини й основоположних свобод *Вибори та демократія*: Науково-просвітницький правничий журнал. 2008. № 2. С. 21-28.

3. Туляков В.О. Кримінальне право сьогодення: ренесанс моделі сталого розвитку *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2014. №2(3). С.1-19.
4. Бельджуди против Франции (Beldjoudi v. France): Постановление Европейского Суда по правам человека от 26 марта 1992 года (жалоба № 12083/86) URL: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/beldzhudi-protiv-francii-postanovlenie-evropejskogo-suda>.
5. Аллахвердиев В. Бремя доказывания в практике Европейского суда по правам человека в аспекте доказательственного права Украины, Азербайджанской Республики и Российской Федерации *Судова апеляція*. 2011. № 1. С.133-139.
6. Брэйди Н. Установление фактов: следственные мероприятия Европейского Суда по правам человека *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* (Сравнительное конституционное обозрение). 2012. № 5. С. 110-126.
7. Юдківська Г.Ю. Законність переносу тягаря доведення на обвинуваченого в кримінальному процесі з погляду міжнародних стандартів / *Адвокат*. 2007. № 2. С. 22-26.
8. Малахова О.В. Питання розподілу тягаря доказування між сторонами кримінального провадження: деякі нотатки до дискусії *Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні*: тези доповідей та повідомлень учасників звітної наукової конференції ад'юнктів, аспірантів та здобувачів (17 жовтня 2014 р.). Львів: ЛьВДУВС, 2014. С.197-201.
9. Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес К.: «К.І.С.», 2010 .576 с.
10. Decision as to the admissibility of Application no. 66273/01 by Joost Falk against the Netherlands, 19 October 2004 URL: <http://hudoc.echr.coe.int>.
11. Case of Salabiaku v France (Application №10519/83), judgment, 07 October 1988 : URL: <http://www.coe.int>.
12. Case of Pham Hoang v France (Application №13191/87), judgment, 25 September 1992: URL: <http://hudoc.echr.coe.int>.

13. Decision as to the admissibility of Application no. 16641/90 by A.G. against Malta, 10 December 1991: URL: <http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/malta/1991/12/10/a-g-v-malte-1226-16641-90.shtml>.

14. Case of Grayson and Barnham v United Kingdom (Application № 19955/05 and № 15085/06), judgment, 23 September 2008 : URL: <http://www.coe.int>.

***Березнер В.В.***

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
здобувач кафедри кримінального права*

## **ПРОВОКАЦІЯ ПІДКУПУ У СВІТЛІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**

Діюче кримінальне законодавство України розглядає провокацію підкупу у якості злочину у сфері службової діяльності, виходячи з того, що суб'єктом цього діяння є виключно службова особа. Проте, провокація будь якого злочину є навмисною, односторонньою діяльністю винного, що спрямована на моделювання такої поведінки іншої особи, яка мала б усі зовнішні ознаки злочину з метою дискредитації, шантажу або створення штучних доказів обвинувачення, якщо при цьому діяння спровокованого фактично не має ознак винуватості. Провокація підкупу є окремим випадком провокації злочину і, відповідно, має всі ознаки останнього. Суспільна небезпека провокації підкупу полягає в тому, що ці дії не стільки підривають репутацію посадової особи, скільки штучно створюють привід для порушення кримінального провадження, тим самим відволікають сили і засоби органів досудового розслідування від процесуальної діяльності за провадженнями, за якими

дійсно вчинені злочини, грубо порушують принципи правосуддя в Україні. Родовим об'єктом діяння, передбаченого ст. 370 КК є, з нашої точки зору, нормальна діяльність органів досудового розслідування у сфері здійснення правосуддя. Основним безпосереднім об'єктом провокації підкупу виступає передбачений кримінально-процесуальним законом порядок збирання, перевірки й оцінки доказів, а додатковим безпосереднім об'єктом - права і законні інтереси спровокованих осіб. Такий висновок, підтверджується як положеннями ч. 2 ст. 370 КК, відповідно до яких обтяжуючою обставиною є здійснення провокації підкупу службовою особою правоохоронних органів, так і рішеннями Європейського Суду з прав людини. Розглядаючи заяви за схемою громадянин проти держави ("Раманаускас проти Литви", "Худобін проти Росії", "Клаас проти Німеччини" і т. ін.), ця міжнародна судова інституція оцінює рішення національних судів, з приводу провокації злочину, не з точки зору заподіяння шкоди нормальному функціонуванню апарата управління в публічній чи приватній сферах, або іншим охоронюваним кримінальним законом об'єктам, а з позиції дотримання передбачених національним законодавством правил збирання та фіксації доказів з метою забезпечення справедливості при судовому розгляді справи, а також захисту прав людини і основоположних свобод.

У п. 54 Рішення Європейського Суду з прав людини у справі "Раманаускас проти Литви" прямо зазначається, що використання доказів, отриманих унаслідок підбурювання з боку поліції, не можна виправдати суспільним інтересом, оскільки в такому випадку обвинувачений із самого початку може бути позбавлений права на справедливий судовий розгляд справи [1, с. 39]. Таким чином, в рішеннях Європейського Суду з прав людини, об'єктом заподіяння шкоди внаслідок провокації злочину, насамперед, виступає право на справедливе здійснення правосуддя, як одна з правових основ демократичного суспільства. Отже провокація підкупу є злочином проти правосуддя, що обумовлює необхідність певного корегування структури Особливої частини КК України.

Доцільним уявляється конструювання в розділі XVIII "Злочини проти правосуддя Особливої частини КК спеціальної норми щодо відповідальності за провокацію підкупу, зв'язавши її підстави з певними діями будь-якої особи по схиланню іншої особи до вчинення підкупу. Кваліфікуючу ознаку цього злочину, а саме вчинення його службовою особою правоохоронних органів, варто зберегти. Такий підхід, на нашу думку, дозволив би уникнути багатьох проблем, пов'язаних з кваліфікацією провокації підкупу, які особливо загострилися після неодноразового реформування ст. 370 КК України.

Разом з тим, слід зазначити, що практика Європейського Суду з прав людини, перш за все спрямована не на вдосконалення національних законодавчих конструкцій щодо провокації злочинів, а на пошук оптимальних критеріїв, які б дозволили чітко розмежувати злочинну поведінку, пов'язану з провокацією і правомірну поведінку, пов'язану з розкриттям певної групи злочинів, особливо їх високолатентних проявів. Аналіз низки рішень Європейського Суду з прав людини свідчить про те, що на національному рівні у цій сфері мають місце чисельні помилки. Переважна більшість справ, розглянутих за схемою громадянин проти держави ("Делькур проти Бельгії" 1970 р., "Тексейра де Кастро проти Португалії 1998 р., "Ванян проти Росії" 2005 р., "Худобін проти Росії" 2006 р., "Раманаускас проти Литви" 2008 р. та ін.), де заявник скаржився, що його підбурили до вчинення злочину і таким чином було порушено його право на справедливий судовий розгляд справи, гарантоване п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, була вирішена на користь заявника. При цьому, Європейський Суд з прав людини зазначає, що Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією дозволяє використовувати такі спеціальні слідчі методи, як діяльність негласних агентів, якщо це необхідно для збирання доказів у цій сфері за умови непорушення прав і зобов'язань, які випливають із міжнародних багатосторонніх спеціальних конвенцій, наприклад, стосовно прав людини. З огляду на це, використання спеціальних слідчих методів, зокрема негласних заходів, саме по собі не може порушити право на справедливий судовий

розгляд справи. Проте у зв'язку з тим, що при здійсненні цих заходів виникає ризик підбурювання з боку поліції, межі їх застосування мають бути чітко визначені. Підбурювання з боку поліції, на думку Європейського Суду з прав людини, має місце тоді, коли відповідні працівники правоохоронних органів, або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений. При встановленні факту підбурювання з боку правоохоронних органів Європейський Суд з прав людини особливо наполягає на: 1) необхідності пошуку об'єктивних доказів того, що особа приступила до вчинення злочину до втручання відповідних працівників поліції; 2) дотриманні встановленої законом процедури надання дозволу на застосування моделі симулювання. Надання дозволу після фактичного впровадження цієї моделі і легітимізації початкової стадії постфактум порушують п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, і є неприпустимими [1].

Вітчизняне кримінально-процесуальне законодавство теж містить подібні приписи. Так, згідно з ч. 3 ст. 271 КПК України під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, як би слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні. Однак аналіз вітчизняної судової практики свідчить про те, що ці приписи виконуються далеко не завжди. Так, наприклад, вироком Рахівського районного суду Закарпатської області від 15 листопада 2013 р. за ст. 354 КК України була засуджена гр. Н. Як впливає з вироку, злочин було вчинено за наступних обставин. 12 липня 2013 р. гр. Н. знаходилася на роботі, працюючи медреєстратором Рахівської МСЕК, коли до неї в кабінет прийшов гр. Д.,

поклав їй на стіл 600 дол. США, та сказав, що йому необхідно посприяти у вирішенні питання про встановлення йому групи інвалідності та пояснив, що не може вже чекати так багато часу, оскільки це питання тривалий час не знаходило свого вирішення. Коли Д. вийшов, Н. поклала кошти в свій гаманець, після чого в кабінет зайшли працівники міліції з понятими, які й виявили у неї зазначені кошти. Призначаючи покарання, суд врахував ту обставину, що вона вперше притягається до кримінальної відповідальності та позитивно характеризується за місцем роботи [2].

Аналіз цього провадження скрізь призму встановлених Європейським Судом з прав людини критеріїв розмежування підбурення до злочину та правомірних дій правоохоронців з викриття злочину, про які йшлося вище, не залишає сумнів у тому, що це типова провокація. На жаль, більшість вітчизняних справ щодо підкупу "розкривається" саме за такою схемою. І ще одна обставина, на яку хотілося б вернути увагу. Відповідно до усталеної в теорії кримінального права [3, с. 839] та судовій практиці [4, с. 202] позиції, пропозиція, обіцянка, надання, прийняття пропозиції, обіцянки або отримання неправомірної вигоди, які відбулися у зв'язку з провокацією, не виключають відповідальності суб'єкта цих дій. Проте, такий підхід не відповідає позиції Європейського Суду з прав людини, який приймаючи рішення на користь заявників, які були підбурені до вчинення злочину правоохоронними органами, констатує, що розгляд справи не має ознак справедливості та має місце порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Тобто, таке рішення фактично виправдовує спровоковану особу у зв'язку з чим, вона не може підлягати кримінальній відповідальності. З метою усунення цього протиріччя, згадані вище вітчизняні положення щодо кваліфікації дій спровокованих осіб, необхідно привести у відповідність з практикою Європейського Суду з прав людини.

#### **Література:**

1. Вісник Верховного Суду України. 2009. № 3. С. 39.

2. Вирок Рахівського районного суду Закарпатської області від 15 листопада 2013 р. Справа № 305/2008/13-к / Єдиний державний реєстр судових рішень URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35797661>.

3. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2-т За заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна / В.Я. Тацій, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін. Х.: Право, 2013. С. 839

4. Постанова Пленуму Верховного Суду України "Про судову практику у справах про хабарництво" від 26 квітня 2002 р. *Постанови Пленумів Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів України в кримінальних справах*. К., 2013. С. 202

*Тігранян Григор Самвелович*

*Національний університет «Одеська юридична академія»*

*Здобувач кафедри кримінального права*

## **ПРАВО НА ЖИТТЯ ТА НАСИЛЬСТВО**

Право на життя та безпеку власності є невід'ємними правами людини. Проте ця констатація та значна практика ЄСПЛ, що стосується вирішення проблематики захисту права на життя та власності у матеріальному та процесуальному вимірах [1, 2] не дає відповіді на питання регуляції проблеми двооб'єктних злочинів у сучасних умовах. З одного боку право на життя поглинає усі випадки посягання на інші об'єкти кримінально-правової охорони (відносини власності, законодавець ніколи не користувався і не користується при перерахуванні у відповідних статтях Кримінальних кодексів України та Вірменії об'єктів кримінально-правової охорони чи в якому-небудь іншому змісті терміном "суспільні відносини". Так, відповідно до ч. 1 ст.1 КК України, кримінальний закон має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України

від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам [3]. І жодного слова про суспільні відносини. Те ж саме спостерігається по всьому змісту КК України та КК Вірменії [4]

Вирішення питання про об'єкт злочину за конкретною нормою базується на визначенні безпосереднього об'єкта злочину, з приводу чого в сучасній науці кримінального права немає єдності. При цьому у дослідників не викликає сумніву теза про те, що об'єкт злочину – це те, на що посягає злочинне діяння, чому воно завдає або може завдати шкоди. Однак питання про те, чому саме воно завдає або може завдати шкоди, є одним із найбільш спірних у науці. Слід констатувати, що ніколи в жодному кримінальному кодексі тієї чи іншої держави суспільні відносини не визнавалися і не визнаються об'єктом злочинних посягань, бо в жодному кримінальному кодексі жодної країни у світі жодна глава (розділ) Особливої частини КК України не починається зі слів «Злочини проти *суспільних відносин...*», а навпаки, в назвах глав (розділів) вказується на конкретні сфери реального життя. Тобто з самого початку існування концепції об'єкта як суспільних відносин єдність думок її прихильників спостерігається лише в частині проголошення загального постулату. Відомо, що реальне посягання при вчиненні розбою здійснюється не на власність, а, очевидно, на майно чи майнові інтереси або будь-яку іншу майнову категорію. Що ж стосується спеціальних складів розбою, які розташовані у різних розділах Особливої частини КК України, то тут такий основний об'єкт зовсім зникає. Виходячи з назви розділів, основним об'єктом розбою можуть бути: громадська безпека з метою викрадення вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або радіоактивних матеріалів, передбаченою ч. 3 ст. 262 КК України; сфера обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів – з метою викрадення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 3 ст. 308 КК України), викрадення прекурсорів (ч. 3 ст. 312 КК України), викрадення обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів,

психотропних речовин або їх аналогів (ч. 3 ст. 313 КК України); встановлений порядок несення військової служби. - з метою заволодіння зброєю, бойовими припасами, вибуховими чи іншими бойовими речовинами, засобами пересування, військовою та спеціальною технікою (ч. 3 ст. 410 КК України), а також розбою, вчиненого щодо населення в районі воєнних дій (ч. 2 ст. 433 КК України), та ін. Більш того, навіть у тих випадках, коли йдеться про основний (базовий) склад розбою, ряд вчених не визнають ані власність, ані майно основним об'єктом цього злочину у зв'язку з тим, що об'єкти, на які посягає розбій з метою заволодіння майном, не є рівноцінними, і більш важливим, головним, визначальним з двох об'єктів розбою, на їхню думку, є особа, а інший об'єкт має другорядне значення. Отже, резюмуючи це, зазначимо, що при вчиненні діянь, передбачених як ст. 187 КК України, так і спеціальними складами розбою, основним безпосереднім об'єктом злочинів слід визнати безпеку у сфері обігу певних рухомих речей. Відповідно, предметом розбою є певні чужі рухомі речі, відповідальність за дії з метою заволодіння якими встановлюється чинним кримінальним законодавством. Додатковим обов'язковим об'єктом будь-якого розбою слід вважати особисту безпеку особи. Що стосується додаткового обов'язкового об'єкта, то в літературі як такий іноді визнається життя і здоров'я особи. З такою позицією навряд чи можна погодитися, адже посягання на життя не охоплюється складом розбою.

Навмисне спричинення смерті, охороняючись ст.2 Європейської конвенції, не охоплюється складами насильницько-корисливих злочинів. У зв'язку з цим В.О. Владимиров надав таке досить чітке пояснення: «Насильство, що застосовується при розбійному нападі може спричинити потерпілому тілесні ушкодження з короткочасним розладом здоров'я, і таке насильство цілком охоплюється складом розбою та не потребує самостійної кваліфікації. Інша справа – умисне або навіть необережне заподіяння смерті. Вбивство, тобто посягання на життя людини, не охоплюється складом розбою, оскільки смерть потерпілого ні як основні або кваліфікуючі ознаки

розбою законом не передбачені саме тому, що життя особи не утворює об'єкт посягання при розбої, і вбивство (або посягання на нього) знаходиться за межами цього складу і утворює самостійне діяння, що потребує самостійної кваліфікації. Включення в структуру об'єкта розбою життя людини неминуче призведе до того, що вбивство, в т.ч. з корисних мотивів, буде ознакою розбійного нападу, хоча очевидно, що вбивство, будучи найбільш тяжким злочином проти особи, ніяк не може бути лише складовою частиною іншого, менш суспільно небезпечного злочину, зокрема такого майнового злочину, яким є розбій» [5, с.61]. Тобто додатковим обов'язковим об'єктом розбою є не життя, а безпека життя потерпілого. Що стосується посягання на здоров'я під час розбійних дій, то, оскільки розбій вважається закінченим вже з моменту поставлення в небезпеку здоров'я потерпілого, додатковим об'єктом такого розбою також слід вважати безпеку здоров'я особи. Тобто додатковим об'єктом розбою є не життя і здоров'я потерпілого, а його особиста безпека.

З урахуванням викладеного вважаємо, що безпосереднім об'єктом розбою є безпека у сфері обігу певних рухомих речей та безпека особи. Доречи, Україна та Республіка Вірменія демонструють східні підходи до визначення злочину розбій, частково схиляючись до західної трактовки співвідношення основного складу правопорушення з кваліфікованими (Україна), чи залишаючись у руслі традицій Модельного Кодексу країн СНД (Вірменія). Водночас залишається стандартним поділ насильницького заволодіння майном на насильницькій грабїж, поєднаний з насильством, не шкідливим для життя і здоров'я, та розбійний напад. У статистиці ООН, а також багатьох розвинутих держав навпаки прийнято єдине розуміння насильницького заволодіння майном. Найчастіше у світовій практиці ці діяння розуміються як єдине відкрите насильницьке посягання на майно, яке відрізняється за ступенем тяжкості, чи іншими обставинами.

Порівняльний аналіз законодавства України та Республіки Вірменія свідчить про те, що склад розбою, сформульований у законах як напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний із насильством, небезпечним

для життя або здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства (ст.187 КК України), або напад з метою розкрадання чужого майна, вчинений із застосуванням насильства, небезпечного для життя чи здоров'я, або з погрозою його застосування (ст.175 ККР Вірменія). Така конструкція складу розбою є традиційною як для українського кримінального законодавства, так і для більшості кримінальних кодексів колишніх радянських республік та нинішніх пострадянських держав.

Враховуючи, що реальне посягання при вчиненні розбою здійснюється не на власність, а на певну майнову категорію (рухоме майно, речі з особливим порядком обігу) ми вважаємо за необхідне розгляд відносин майнової та особистої безпеки як основних рівнозначних об'єктів розбою. Точка зору, згідно якій основним об'єктом визнаються відносини власності а додатковим життя і здоров'я потерпілої особи є хибною, оскільки не враховує ієрархію цінностей та примат особистих характеристик безпеки у сучасному Європейському вимірі. При чому одночасне посилення у складі розбою про напад і насильство є результатом сталої редакції статті закону, де термін «напад» взагалі є кримінально-політичним елементом формування усіченого складу. Фізичне або психічне насильство при розбої спрямовані на вилучення рухомого майна або речей спеціального призначення, при цьому вилучення може бути здійснене як відкрито, так і таємно. Необхідно лише встановити, що вилучення було результатом застосування небезпечного насильства або погрози таким. Зрозуміло, що склад розбою передбачений в кримінальному законі як усічений склад, але це означає лише те, що законодавець з урахуванням особливої суспільної небезпечності розбою переносить момент закінчення цього злочину на стадію замаху на злочин. В реальній дійсності розбій не такий «усічений», яким він представлений в складі злочину. Звідси термін «напад» доцільно вилучити з тексту ст. 187 КК України та ст. 175 ККР Вірменія, користуючись прикладом формулювання диспозиції ст. 207 КК Республіки Білорусь [6], а саме: «Насильство або погроза насильством з метою безпосереднього заволодіння майном (розбій)» .

## Література

1. Довідник із застосування статті 2 Європейської конвенції з прав людини.  
URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_2\\_UKR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_UKR.pdf)
2. Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights.  
URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_1\\_Protocol\\_1\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf)
3. Кримінальний кодекс України : прийнятий 5 квіт. 2001 р. Набув чинності з 1 верес. 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25—26. — Ст. 131.
4. Уголовный кодекс Республики Армения / науч. ред.: Е.Р.Азаряна, Н.И.Мацнева; предисл. Е.Р.Азаряна; пер. с арм. Р.З.Авакяна. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 446 с.
5. Владимиров В. А. Ответственность за корыстные посягательства на социалистическую собственность / В. А. Владимиров, Ю. И. Ляпунов. М. : Юрид. лит., 1986. 222 с. С.191
6. Уголовный кодекс Республики Беларусь: по сост. на 30.09.2011 г. /МВД Респ. Беларусь, учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел Респ. Беларусь». Минск: Академ. МВД, 2011. 227 с.

**Пімонов Г.П.**

*Національний університет «Одеська юридична академія»*

*Здобувач кафедри кримінального права*

## **ПЕРСОНАЛЬНІ ДАНІ ЯК ПРЕДМЕТ КРАДІЖКИ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ВИМІР**

Відомо, що визначення ознак характеристик діянь, що криміналізуються є важливим етапом кримінальної політики, оскільки саме правильне з'ясування характеру діяння завдяки положенням норм вищезазначених

нормативно-правових актів та практичному досвіду правозастосовувача, а також точне встановлення спричинених наслідків та інших обов'язкових для певних теоретичних конструкцій складів ознак злочинів (спосіб, місце) дозволить відмежувати вказані діяння від суміжних злочинів, передбачених статтями інших розділів Кримінального кодексу, належним чином виконати покладені на компетентних осіб функції по здійсненню правосуддя та досягти таким чином поставлених цілей.

Саме цьому нашим завданням буде розгляд первинних особистостей такого специфічного діяння як крадіжка персональних даних. З одного боку, персональні дані як невід'ємну якість особистості неможливо викрасти. З другого, - розповсюдження інформаційних технологій зробило за можливе існування віртуальної приватності особистості, посягання на яку здебільшого отримує відповідні кримінально-правові ознаки.

Це комплексне посягання на інформаційну та особисту безпеку людини та громадянина.

Стаття 8 Конвенції «Про захист прав людини і основоположних свобод» особливо підкреслює: «Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції» [1]. З цього приводу кримінально-правовий захист посягань на приватність особи сягає особливого значення. Проте Конвенція – це живий механізм, отже характеристики приватності будуть змінюватись залежно від того, якій рівень аналізу (глобальний чи фрагментарний) буде застосовано.

З точки зору О.П.Горпинюк, ознаки, притаманні приватності (в інформаційному аспекті кримінально-правових відносин України): це певна частина життєдіяльності особи, яка стосується інформації; до цієї інформації особою встановлені межі та умови доступу для інших суб'єктів, в тому числі для держави, її органів та посадових осіб, органів місцевого самоврядування, будь-яких фізичних та юридичних осіб; ці межі та умови доступу стосуються нагромадження, зберігання, впливу і розповсюдження інформації про життя особи [2, с.9].

Інший дослідник цього питання А.В.Пазюк [3, с.5], розглядаючи право на приватність персоніфікованої інформації у глобальному міжнародно-правовому вимірі, з'ясував, що право на приватність персоніфікованої інформації становить складову права на повагу до приватного життя, а не права на доступ до інформації.

Специфіка захисту приватності персоніфікованої інформації обумовлюється необхідністю забезпечення конкуруючих інтересів людини у захисті від несанкціонованого розголошення чи іншого використання персоніфікованої інформації без її відома, а також інтересів держави та інших осіб у використанні персоніфікованої інформації. Це право не є абсолютним і підлягає пропорційному обмеженню на визначених законом підставах, в інтересах забезпечення свободи слова, боротьби із злочинністю тощо. До того ж, за даними дослідника, відсутність загальновизнаних універсальних стандартів міжнародно-правового захисту персоніфікованої інформації обумовлюється розбіжностями у концептуальних підходах до захисту права на приватність персоніфікованої інформації на національному рівні, зокрема, в законодавстві Європейського Союзу та Сполучених Штатів Америки.

Східної позиції підтримуються й інші дослідники проблеми [4]

При виникненні питання тлумачення приватності Європейський суд з прав людини розглядає факт втручання в приватне життя людини в кожному окремому випадку на предмет відповідності вимогам, зазначеним у ч.2 ст.8 конвенції: органи державної влади не можуть втручатися у здійснення цього права (тобто передбаченого ч.1 цієї статті), за винятком випадків, коли таке втручання передбачено законом і необхідно в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки та громадського порядку, економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі або захисту прав і свобод інших осіб [5]. У цілому ж як вважає Європейський суд з прав людини (рішення у справі «Костелло Робертс проти Сполученого Королівства», 1993 р), «поняття приватного життя є широким і не може бути визначено вичерпно» [6, 7].

Таке тлумачення положень ст.8 Європейської конвенції базується на двох методологічно значущих положеннях.

Перше. Посягання на втручання в приватне життя розглядаються на предмет порушень лише у випадку подібних зловживань з боку держави та органів державної влади та самоуправління за умов перевищення влади чи службових повноважень, встановлених діючим законодавством з метою забезпечення безпеки суспільства. Відомо прагнення держав щодо розширення тотального електронного контролю над громадянами різних країн. Наприклад, у 2014 році в США було запропоновано прийняти Cyber Information Sharing Act of 2014 (Закон про укріплення кібербезпеки в США за допомогою розширення обміну інформацією про загрози кібербезпеці, а також для інших цілей), завданням якого було б створення мережі державних та приватних пунктів моніторингу загроз кібербезпеці, що певним чином порушує права громадян на приватність [8].

Друге. Враховуючи живий, динамічний характер тлумачення норм Конвенції, ЄСПЛ приходить до висновку про необмеженість характеристик поняття приватного життя жорсткими елементами правових норм, оскільки саме його склад, елементна база, залежать не тільки від характеристик культури суспільства, але й від стану законодавства, особливостей профілактики злочинності та зловживань правом у державі.

*Крадіжка персональних даних у найбільш загальному вигляді розглядається як неправомірне використання особистої персональної інформації.* Але термін «крадіжка персональних даних», як бачимо, використовується не в усіх юрисдикціях. Якщо це є типовим для Сполучених штатів, то Великобританія використовує словосполучення «шахрайство з персональною інформацією», деякі інші країни використовують терміни «злочини, пов'язані із посяганням на персональні дані», «взлом рахунку», тощо. Загалом така дефініція охоплює два ключових елементи - об'єкт (дані або документи, що належать потерпілій особі) і дві дії, які необхідні для

криміналізації діяння (отримання даних та використання останніх з корисливою метою чи з іншою злочинною метою).

Вважається, що злочинність, пов'язана із крадіжками персональних даних, об'єднує усі види злочинної діяльності у яких персональні дані жертви виступають у якості предмета злочинного посягання чи способу досягнення злочинної мети. Ця позиція частіше усього відстоюється у роботах експертів Комітету ООН по наркотикам та попередженню злочинності, задля яким найбільш адекватний термін для праці виглядає як кримінальне зловживання та фальсифікація персональних даних. Вона також може виражатися у шахрайстві з персональними даними; спробах представлення себе за іншу особу; скоєння відповідних дій за жертву, незалежно жива вона чи мертва; присвоєння імені жертви, формування та використання фіктивної особистості чи загально відомого псевдоніма, що належить іншій особі, тощо)[9].

Отже, найбільш небезпечною тенденцією виглядає прагнення держави через введення, контроль та об'єднання різних реєстрів з персональною інформацією до повної інформаційної контрольованості суспільства. Для нейтралізації цього потрібно.

По-перше, через здійснення правової просвіти та надання правової допомоги громадянам запобігти, попередити та захистити їх право на використання та захист персональної інформації.

По-друге, через здійснення моніторингу використання та захисту персональних даних виявити основні проблеми та порушників права на приватність, а також сприяти вдосконаленню відповідної нормативної бази та практики її застосування.

## Література

1. Конвенція «Про захист прав людини і основоположних свобод» URL: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_004)
2. Горпинюк О.П. Кримінально-правова охорона інформаційного аспекту приватності в Україні – автореф. дис...канд.юр.наук . Львів, 2011 .

3. Пазюк А.В. Міжнародно-правовий захист права людини на приватність персоніфікованої інформації Автореф. дис. . канд.юр наук – 12.00.11 Київ. 2004. 20 с.

4. А.А.Баранов, В.М.Брыжко, Ю.К.Базанов Права человека и защита персональных данных. К., Государственный комитет связи и информатизации Украины, 2000 г. 280 с.

5. Богунов В. Спецслужбы и Google не будут посягать на частную жизнь - люди откажутся от нее сами *Закон і бізнес* № 25 (1115) 22.06—28.06.2013  
URL: [http://zib.com.ua/ru/27158-specsluzhbi\\_i\\_google\\_ne\\_budut\\_posyagat\\_na\\_chastnuyu\\_zhizn\\_\\_l.html](http://zib.com.ua/ru/27158-specsluzhbi_i_google_ne_budut_posyagat_na_chastnuyu_zhizn__l.html)

6. CASE OF COSTELLO-ROBERTS v. THE UNITED KINGDOM  
(Application no. 13134/87) URL:  
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57804#{\"itemid\":\[\"001-57804\"\]};](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57804#{\)

7. ECHR Press Unit Factsheet - Data protection – September 2014 -  
[електронний ресурс] URL:  
[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf)

8. Cyber Information Sharing Act of 2014 URL:  
[https://www.feinstein.senate.gov/public/index.cfm/files/serve/?File\\_id=08de1c1b-446b-478c-84a8-0c3f35963216](https://www.feinstein.senate.gov/public/index.cfm/files/serve/?File_id=08de1c1b-446b-478c-84a8-0c3f35963216)

9. Handbook on identity related crime: UNDOC – UN, New York, 2012 – 336  
р URL:  
[http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Handbook\\_on\\_ID\\_Crime/10-57802\\_ebooke.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Handbook_on_ID_Crime/10-57802_ebooke.pdf)

**Мітрицян Наталія Геннадіївна**

*Національний університет «Одеська юридична академія»*

*Здобувач кафедри кримінального права*

## **ПРАВО НА СВОБОДУ ЗІБРАНЬ В КОНТЕКСТІ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ**

Закордонне законодавство показує, що надані громадянам цих країн політичні права й свободи при їх реалізації не повинні дестабілізувати загальну політичну обстановку в країні, створювати масові безпорядки, порушувати громадський спокій та порядок, загрожувати безпеці громадян і інтересам держави. У цьому зв'язку основною вимогою до організаторів масових заходів є попереднє повідомлення й узгодження їх проведення з владою, оскільки останні зобов'язані бути готовими до самих непередбачених дій з боку осіб, які беруть участь публічних групових заходах, і вжити відповідних заходів для запобігання негативних наслідків таких акцій.

Повстання народу, носія колективних прав людини є радикальним способом реалізації ним свого права на опір та може бути реалізованим лише у рамках діючої ст.39 Конституції України, згідно якій "Громадяни мають право збиратися мирно, без зброї й проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування" [1]. Це вимагає прийняття закону про свободу мирних зібрань, оскільки відсутність такого закону в Україні є передтечею неможливості чіткого встановлення кримінальної відповідальності за групові порушення громадського порядку встановлення європейською спільнотою відсутності структурних змін у законодавстві України (ЕСПЛ. Шмушкевич проти України, 2014) [2].

Отже вдосконалення кримінально-правової охорони громадського порядку залежить від реформування українського конституційного законодавства.

При забезпеченні охорони громадського порядку й суспільної безпеки в сучасних умовах обов'язком кожної демократичної держави є визначення меж між процесом реалізації політичних прав та свобод, законних інтересів громадян і порушеннями громадського порядку, у тому числі при проведенні масових заходів суспільно-політичними силами й окремими групами громадян. Найчастіше такі групові (масові, публічні) заходи супроводжуються двома крайностями: або вони переростають в акти політичного або іншого (релігійного) екстремізму, що створюють загрозу суспільної й державної безпеки, або, навпаки, супроводжуються розгоном маніфестантів міліцією (поліцією) й силами внутрішніх військ, арештами інакомислячих, що в певних умовах можна кваліфікувати як порушення політичних прав і свобод, принципів і норм міжнародного права. Особливу актуальність подібного роду проблеми придбали в країнах СНД.

Громадський порядок як безпосередній об'єкт посягання являє собою врегульовані нормами права й моралі суспільні відносини, у своїй сукупності, що забезпечують громадський спокій, безпеку, дотримання загальноприйнятих норм поведінки, норм суспільної моральності, захист честі й достоїнства громадян. В Україні немає чіткого правового регулювання організації та проведення мирних зібрань, що призводить до численних колізій та суперечностей. Органи влади, суди та міліція паралельно застосовують три взаємовиключні джерела регулювання цього питання. Одні, що становлять меншість, ґрунтуються виключно на статті 39 Конституції України. Інші (щонайменше, 50 міст України) — користуються сумнівними, з конституційної точки зору, рішеннями органів місцевого самоврядування, які підміняють закон. Треті взагалі застосовують сумнозвісний Указ Президії Верховної Ради СРСР від 28 липня 1988 року №9306-XI "Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в

СРСР", що також викликає великий сумнів у конституційності та можливості послідовного застосування цих актів для кримінально-правової кваліфікації. Свобода мирних зібрань може обмежуватися виключно законом, проте жоден закон не встановлює інших обмежень свободи мирних зібрань. Тому рішення органів місцевого самоврядування чи інші правові акти не можуть слугувати підставою для обмеження цієї свободи. Існування таких місцевих нормативних актів суперечить ст. 39 Конституції й вони можуть бути скасовані в порядку адміністративного судочинства. Тільки у разі настання визначених у ст. 293 КК України [3] наслідків можливе настання кримінальної відповідальності. Злочин, передбачений ст. 293 КК України є злочином з матеріальним складом.

В діючому КК України законодавець виділяє такі наслідки групового порушення: грубе порушення громадського порядку, істотне порушення роботи транспорту, підприємства, установи або організації, однак чітко не конкретизує їх масштаби. Істотність може визначатися, як зазначалося вище, тривалістю припинення роботи, матеріальною шкодою, яка була понесена в результаті припинення діяльності вказаних об'єктів, важливістю цього об'єкта, кількість осіб, нормальна робота яких порушена, іншими пов'язаними з цим наслідками – наприклад, швидка допомога не змогла вчасно доставити до лікарні хворого, через що настала смерть, автомобіль з продуктами, що швидко псуються, не зміг вчасно доставити їх за призначенням. З таких показників можна виходити при оцінці тяжкості «наслідків» групового порушення, однак ці наслідки повинні перебувати в причинному зв'язку з вчиненими груповими порушеннями. Такі тяжкі наслідки, як загибель людей, заподіяння тяжкої шкоди здоров'ю людини, заподіяння великого матеріального збитку, - не охоплюються складом злочину, передбаченого ст. 293 КК України. Такі дії можуть бути кваліфіковані як масові заворушення – ст. 294 КК України.

Суб'єктивна сторона групового порушення громадського порядку характеризується прямим умислом: особа усвідомлює, що організовує групові

дії, передбачає грубе порушення громадського порядку або суттєве порушення роботи транспорту, підприємства, установи чи організації, і бажає їх настання; особа усвідомлює, що бере активну участь у групових діях, передбачає грубе порушення громадського порядку або суттєве порушення роботи транспорту, підприємства, установи чи організації, і бажає їх настання. Мотив та мета є факультативними ознаками суб'єктивної сторони вказаного складу злочину. При цьому окремі мотиви та цілі не можливі при груповому порушенні громадського порядку. Тобто визначення вказаних ознак суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 293 КК України, дозволяє правильно кваліфікувати відповідні протиправні дії та відмежувати цей злочин від суміжних складів.

Стосовно долі ст. 293 КК України існують декілька підходів: від поглинання диспозиції статті складом кваліфікованого хуліганства за попередньою змовою групою осіб, до об'єднання грубого порушення громадського порядку із масовими зворушеннями у єдину норму [4-5].

Вважається, що методологічною основою для вирішення проблеми правомірності чи неправомірності масових заворушень можуть бути лише моральні концепції права, а не постулати юридичного позитивізму. Отже задля цього при подальшій проблемі криміналізації цього діяння, ми повинні виходити із примата міжнародно-визнаних прав людини (право на повстання проти узурпації влади), наступності вітчизняного законодавства, та соціально-політичних реалій сьогодення.

Можливо з точки зору законодавчої техніки було б доцільним після прийняття Закону «Про мирні зібрання» визначення цієї норми у сенсі цього закону. Можливою редакцією ст. 293 КК з урахуванням сучасних тенденцій законотворчої діяльності та судової практики протидії злочинами проти громадської безпеки пропонується наступна:

*«Групове порушення громадського порядку*

*Організація, керівництво, фінансування, активна участь чи сприяння груповим діям, що призвели до суттєвого порушення роботи транспорту, підприємства, установи, чи організації,*

*– караються караються штрафом до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.*

*Ті ж дії, здійснені представником влади, або поєднані з розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі,*

*-караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років*

Надані пропозиції (зміна суб'єктного складу, введення кваліфікованого складу злочину, зміна обсягу призначення штрафу як виду покарання,) диктуються сучасною судовою практикою, європейськими стандартами, вимогами ЄСПЛ, та взмозі суттєво підвищити рівень якості кримінального закону.

#### Література

1. Справа «Шмушкович проти України» (Заява № 3276/10) [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_990#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_990#Text)
2. Конституція України Відомості Верховної Ради. 1996. № 30. Ст. 141.
3. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 за № 2341-III Відомості Верховної Ради. 2001. № 25-26. Ст.131.
4. Копотун І. М. Проблеми відмежування правопорушень у сфері громадського порядку Право і суспільство. 2008. № 2, 3. С.51–57.
5. Налуцишин В.В. Проблеми відмежування хуліганства від суміжних злочинів Прокуратура. Людина. Держава. 2005. №6 С. 46-53.
6. Олійничук Р.П. Відмежування групового порушення громадського порядку від суміжних злочинів Форум права. 2009. № 2. С. 301–308 - ГКД: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-2/09orpvcz.pdf>

**Купріянов Артур Ігоревич**

*Національний університет «Одеська юридична академія»*

*аспірант кафедри кримінального права*

## **ЗМІСТ КОНВЕНЦІОНАЛЬНИХ ОЗНАК НАЙМАНСТВА**

Важливо відзначити, що з формально-юридичної точки зору, міжнародно-правові акти, які встановили злочинність найманства сприяли універсалізації як розуміння цього діяння, так і формулювання його юридично значимих ознак. У цьому відношенні найманство відрізняється від багатьох інших злочинів міжнародного характеру, відповідальність за які регламентована в міжнародно-правових документах, як універсального так і конвенційного характеру.

Адже відомо, що норми міжнародного права дають теоретичну і правову основу для розвитку національного кримінального законодавства, у тому числі і разі відповідальності за найманство. Не можна не враховувати того, що саме міжнародне право встановлює визначення найманця і розглядає найманство як цілісне явище.

До визначення найманства як злочину міжнародне право звернулося лише в Міжнародній Конвенції про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців 1989 р. [1] Конвенція була прийнята Генеральною Асамблеєю в її резолюції 44/34 від 4 грудня 1989 року після дев'ятирічного обговорення. Вона вступила в дію 20 жовтня 2001 року на тридцятий день після здачі на збереження Генеральному секретарю ООН двадцять другою державою, якої є Коста-Ріка, документа про приєднання до Конвенції. Саме ця Конвенція, на мій погляд, і послугує підвищенню ефективності боротьби з найманством. Вона була розроблена Спеціальним

комітетом з розробки міжнародної конвенції про боротьбу з вербовкою, використанням, фінансуванням і навчанням найманців, який був заснований у відповідності з резолюцією 35\48 Генеральної Асамблеї. Вказана конвенція є обов'язковим документом міжнародного права і практичним засобом для боротьби з таким явищем як найманство.

У конвенції визначається ряд злочинів, які можуть бути вчинені окремими найманцями, особами, які займаються вербовкою, використанням, фінансуванням та навчанням найманців, і державами-сторонами, а також покладається ряд відповідних обов'язків на держав-учасників.

Конвенцією (далі - Конвенція про найманство) було розширено юридичне розуміння найманця, яке містилося у ст. 47 Додаткового протоколу I до Женевських конвенцій 1949 року, насамперед, за рахунок її розповсюдження на осіб, спеціально завербованих для участі у спільних насильницьких діях, направлених на повалення уряду, підлив конституційного порядку і держави, чи порушення територіальної цілісності держави. Також принципово важливим є той факт, що склад найманства як самостійного злочину також уперше сформульований у названій Конвенції. Так, була встановлена індивідуальна відповідальність осіб, що здійснюють вербування, фінансування, навчання і використання найманців у збройному конфлікті, а також відповідальність самих найманців за особисту участь у такому конфлікті.

Дана Конвенція фактично сформулювала юридичний склад найманства. Вона встановлює відповідальність особи, якщо вона: 1) вербує, використовує, фінансує, навчає найманця або віддає наказ про здійснення таких дій; 2) є найманцем, що бере участь у збройному конфлікті або військових діях, а також у поваленні уряду, іншому підлив конституційного ладу і підлив територіальної цілісності.

Дана Конвенція так само визначила найманця в міжнародному праві. Відповідно до тексту даного акта найманцем визнається будь-яка особа, що: а) спеціально завербована на місці або за кордоном для того, щоб боротися в

збройному конфлікті; б) приймаючи участь у військових діях, керується головним чином бажанням одержати особисту вигоду; в) не є ні громадянином країни, що знаходиться в конфлікті, ні особою, що постійно проживає на території, контрольованою країною, що знаходиться в конфлікті; г) не входить у постійний склад збройних сил сторони, що знаходиться в конфлікті; д) не послано державою, яка не є стороною офіційних обов'язків.

Більш того, у Конвенції про найманство особливо оговорено, що найманець може бути використаний для участі в насильницьких діях, спрямованих на повалення уряду, підлив конституційного порядку держави, порушення територіальної цілісності держави.

Таким чином, найманство, як самостійний злочин, було вперше визначено в міжнародному праві. При цьому, власне кажучи, в Конвенції про найманство мова йде про злочинність двох діянь, чинених різними суб'єктами. По-перше, це вербування, фінансування, навчання і використання найманців - за здійснення цих дій несуть відповідальність особи, які самі не є найманцями, а по-друге участь у збройному конфлікті - за яке відповідальності підлягає власне сам найманець.

В резолюції 44-й сесії Генеральної Асамблеї ООН, що прийняла Конвенцію про найманство, було підкреслено, що відповідальність за найманство як за міжнародний злочин повинна бути встановлена внутрішнім законодавством держав, що підписали цей міжнародно-правовий документ. Україна ратифікувала дану Конвенцію у 1993 році і внесла відповідні зміни у національне кримінальне законодавство [2].

Незважаючи на закріплення складу найманства в міжнародному праві, у 1998 році відбувається спроба закріплення складу, що містить ознаки найманства в міжнародному кримінальному праві. Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду [3] зробив спробу сформулювати юридичну норму, що містить ознаки найманства. Однак, Римський Статут не цілком сприйняв положення Міжнародної Конвенції про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців 1989 р.

Почавши спробу сформулювати склад військового злочину, Римський Статут в пункті "b" статті 8 закріпив, що військовими злочинами визнаються серйозні порушення законів і звичаїв, застосовних у міжнародних збройних конфліктах у встановлених рамках міжнародного права, а саме кожне з наступних діянь: набір або вербування дітей у віці до 15 років до складу національних збройних сил або їхнє використання для активної участі в бойових діях.

Далі в пункті "e" тієї ж статті говориться про інші серйозні порушення законів і звичаїв, застосовних у збройних конфліктах неміжнародного характеру у встановлених рамках міжнародного права, а саме ряд діянь до яких зокрема відноситься набір або вербування дітей у віці до 15 років до складу збройних сил або груп або використання їх для активної участі в бойових діях. Фактично Римський Статут, говорячи про ознаки найманця, обмежує можливість відповідальності випадками вербування осіб, що не досягли 15-літнього віку.

Таким чином, у міжнародному праві склалася ситуація, відповідно до якої з однієї сторони Міжнародна Конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців 1989 року говорить про один склад найманства, з іншої сторони Римський Статут визначає склад, що містить ознаки складу найманства, але обмежує визначення найманця [3].

Враховуючи викладене, слід відмітити, що прогалини, які мають у правових нормах призвели до того, що більшість найманців, які боролися на території колишньої Югославії, в Анголі, Грузії, Нагорному Карабаху чи Демократичній Республіці Конго (колишній Заїр) уникли відповідальності за найманство.

Найманці готові боротися в будь-якій країні і за будь-яку ідею. Вони можуть найматися урядами, опозиційними групами, національними рухами опору чи злочинними організаціями. Останнім часом вони виявляються все більш пов'язаними з групами, які займаються торгівлею наркотиками, зброєю, корисними копалинами та людьми. Найманці пропонують свої послуги

головним чином у якості спеціалістів по веденню бойових операцій, які володіють більшою ефективністю з воєнної точки зору у порівнянні з регулярними військами і, крім того, не пов'язаних чи не обмежених нормами міжнародного права, включаючи дотримання прав людини і міжнародного гуманітарного права.

Держави та інші особи наймають найманців для того, щоб не піддавати небезпеки життя свого персоналу, використовують їх воєнний професіоналізм, ефективність, досвід та відсутність обмежуючих факторів, а також, для того, щоб сховати свою особисту участь у конфлікті.

Найманців, як правило, використовують в таких випадках, як міжнародні збройні конфлікти, внутрішні збройні конфлікти та ситуації, які характеризуються відсутністю якого-небудь збройного конфлікту.

При визначенні поняття „найманець” на перший план виходять ряд питань, які є дискусійними. Так, це вимога про те, що відповідна особа не повинна бути ні громадянином, ні постійним жителем держави, в якій здійснюється його діяльність. Метою цієї вимоги є проведення розмежування між найманцем і учасниками національно-визвольного чи опозиційного руху, який законним чином протистоїть уряду визначеної країни. Це розмежування є досить не визначеним. Певні складності виникають також в тих випадках, коли держави надають громадянство особам виключно з метою їх найма у якості найманців чи коли окремі особи мають у відповідності з законом подвійне чи більше громадянство. Спеціальний доповідач з питань про найманців заявляє, що процес надання громадянства може бути розглянутий, у кожному окремому випадку, з метою виявлення ознак того, що єдиною метою бажання прийняти громадянство є уникнення кваліфікації у якості найманця. Але здійснення цього на практиці є дуже складним процесом.

Таким чином, боротьба з найманством як на міжнародному рівні, так і в межах конкретної держави, повинна вестися правовими, у першу чергу, кримінально-правовими засобами, що сприяє закріпленню на законодавчому

рівні держав заборони діяльності найманців і створенню більш сприятливого міжнародного клімату, забезпеченню світу і безпеки людства.

#### Література

1. Конвенция о запрещении вербовки, использования, финансирования и обучения наемников 1989 года *Действующее международное право*. Т. 2.М., 1997.
2. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 за № 2341-III Відомості Верховної Ради. 2001. № 25-26. Ст.131.
3. Римский статут Международного уголовного суда. А/СОНЕ/. 183/9.