

**АПРОКСИМАЦІЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ**

Апроксимація як процес наближеного зображення одних об'єктів правової форми іншими, що сходні за суттю та змістом із первісними, набирає дедалі більшого обсягу у кримінальному законодавстві різних країн у зв'язку із необхідністю послідовного вирішення питань кримінально-правового контролю над транснаціональною злочинністю. Але мета даної статті пов'язана скоріше із вирішенням деяких питань методологічного характеру, ніж із з'ясуванням конкретних напрямків удосконалення чинного законодавства, тем більш, що роботи В. Гришука, М. Хавронюка, Н. Зелінської та інших провідних учених достатньо підробно розкрили еkleктику даного процесу в Україні. Час, коли кримінальне право розглядалося виключно як національне утворення, вже певним чином залишився позаду. Із розвитком процесів глобалізації виникає наднаціональне кримінальне право та кримінально-процесуальні відносини, які поширюються на злочини проти миру та безпеки людства, транснаціональну організовану злочинність у формах незаконного обігу людських ресурсів, капіталів, зброї та наркотиків, предметів культурної спадщини, зрештою, на системну корупцію та комп'ютерну злочинність. Виключно з розвитком цих новітніх форм злочинності у доктрині пов'язують існування міжнародних кримінальних трибуналів *sui generis* (Руанда, Югославія), формування Міжнародного кримінального суду, зрештою, формування пріоритетної моделі кооперації у кримінальних справах у країнах Європейського Союзу (європейські ордери на арешт, гармонізація відповідальності за конвенціональні злочини тощо). Проте у вирішенні цих питань з часом виникло більше питань, ніж адекватних рішень.

З одного боку, Європейська спільнота прийняла численну кількість рекомендацій, спрямованих на криміналізацію злочинів (відмивання коштів, шахрайство, обіг наркотиків, осіб, зброї, корупція, расизм, забруднення моря тощо); існують численні приклади кооперації у кримінальних аспектах, більш того — деякі питання, що стосуються превенції організованої злочинності та протидії тероризму, знаходять своє вирішення у колективних рішеннях Комітету міністрів Ради Європи. Проте питання гармонізації національних правових систем та апроксимації національного законодавства до чинних міжнародних нормативних актів вирішуються недостатньо ефективно. Навіть і остаточне завершення процесу приєднання до європейської системи протидії злочинності, підписання, ратифікація, приєднання, визнання міжнародних договорів не виправдовують новацій. Справа у тому, що згідно з останніми тенденціями європейські держави прагнуть досягнути тільки базового рівня гармонізації та апроксимації законодавства лише у частині криміналізації транскордонних злочинів та у частині підтримки взаємного визнання судових рішень.

Причин такого ставлення європейців до процесу гармонізації та апроксимації кримінального законодавства декілька. Професор Маті Ютсен каже, що,

по-перше, ми зіштовхуємося із неможливістю отримання нової якості дефініцій злочинів на транснаціональному рівні, оскільки національні правові системи різняться одна від одної. Відсутність єдиного конституційного акта не дає можливості формування кримінального права *sui generis*, оскільки саме невирішення питань організації влади не дає можливості для вибору адекватних засобів її захисту. Питання ж поширення стандартів Європейської конвенції з прав людини носять надюрисдикційний характер. По-друге, аргументи щодо забезпечення єдиного рівня правосуддя шляхом створення єдиної системи кримінальних та кримінально-процесуальних норм, єдиної європейської правової культури також не витримують критики. Справа у тому, що ставлення населення та правозастосовувачів к праву різняться не тільки у кордонах окремих держав, але й у конкретних комунах та общинах, що завідомо не надасть планованого ефекту процесу апроксимації.

Далі. Аргументи щодо педагогічного значення піднесення питань протидії злочинності до міжнародного рівня також носять невважений характер, оскільки більшість «ядерних» злочинів вже давно криміналізовано. Застосування єдиної системи санкцій також не має свого сенсу, оскільки застосування покарань залежить від правової культури та характеристики законодавства суб'єктів, наприклад, федерації, де питання покарання залежать від стану та традицій суспільного розвитку регіонів. Доказів же зорієнтування злочинців на скоєння злочинів у країнах із низьким рівнем жорсткості санкцій не існує [1].

У цьому сенсі вкрай важливим має бути питання вирішення адекватного розуміння кримінально-правової заборони як необхідного для політичного істеблішменту інструменту забезпечення суспільної і національної безпеки, гаранту суспільного спокою, підкріпленого примусовою силою держави регулятора антисоціальної активності громадян у конкретних просторово-часових та історичних межах. Саме обмеженість кримінальної заборони просторовими рамками не надає можливості забезпечення ефективності процесу апроксимації та гармонізації національного кримінального законодавства та утворення штучного супранаціонального кримінального права

Ліміт кари пов'язано саме із станом розвитку політичної та правової ідеології у державі, ступенем дозволу застосування кари як з боку держави, так і мовчазним дозволом суспільства на застосування примусу відносно окремих його членів. Причому кримінально-правовий примус (покарання та інші заходи кримінально-правового впливу) та кримінально-правовий компроміс, знаходячись у формальній суперечності, забезпечують ефективне обмеження каральної влади держави. Що ж стосується наднаціональних структур, то можливе та ефективне вирішення питань кооперації у кримінальних справах все ж таки не надає стимулу для формулювання єдиної каральної політики — мова у даному випадку йде про невідворотність відповідальності, а не про єдність кари.

Отже коли в результаті ми отримуємо ситуацію, за якої нам рекомендують (доречі це робить майже кожен суб'єкт законодавчої ініціативи) послідовно розширювати чинний КК. Але при цьому ефективність кримінально-правової

норми входить у суперечність із якістю кари (обізнаність кари для порушника та правозастосовника) та якістю самого кримінального закону.

Розглянемо, наприклад, ситуацію, пов'язану із введенням концепта пробації у національне законодавство.

Введення інституту пробації як системи норм, що регулюють процедуру призначення інших, ніж покарання, заходів державного примусу та контролю до осіб, які вчинили злочини невеликої та середньої тяжкості, по-перше, не веде до уніфікації правових систем. Існуюча редакція ст. ст. 75, 104, 105 Кримінального кодексу України за умов певного розширення умов застосування та видів соціальних та виховних заходів до засуджених може успішно функціонувати і зараз, відповідаючи як міжнародним зобов'язанням, так і існуючим стандартам кримінально-правового примусу (див., наприклад, лист Європейської комісії СОРМ 2004 final 334 щодо апроксимації, взаємного визнання та реалізації кримінально-правових санкцій у Європейському Союзі).

По-друге, будівництво нової бюрократичної машини з послідовним розширенням кількості держапарату (заміна службою пробації системи органів кримінально-виконавчої інспекції не може бути зведеною до термінологічних проблем) у період системної економічної кризи не відповідає принципам раціонального використання державних коштів.

По-третє, ідеологія інституту пробації певним чином суперечить сучасній кримінально правовій доктрині, в якій питання розмежування покарання, кримінальної відповідальності та заходів безпеки, соціального захисту та компенсації вирішується іншим чином, а також рішенням Європейського суду з прав людини (справи про правову природу примусу *Engel v Netherlands* (1976) 1 EHRR 647, *Benham v United Kingdom* (1996) 22 EHRR 293), за якими будь-яка форма державного примусу щодо фізичної особи, яка пов'язана із суттєвими обмеженнями прав і свобод винної в скоєнні злочину особи, є формою реалізації кримінальної відповідальності. На жаль, пропозиції прихильників введення пробації в Україні не надають відповіді на питання співвідношення інституту пробації з інститутом кримінальної відповідальності.

Позитивні ідеї застосування пробації у країнах Заходу можуть бути використаними при подальшій розробці нової редакції Кримінального кодексу України. Але з нашої точки зору розширення підстав кримінально-правової заборони і подальша деталізація окремих складів Особливої частини, а також конструювання принципово нових складів і розділів Особливої частини КК, нових видів кримінально-правового реагування — на шляху гармонізації чинного законодавства повинні сприйматися вкрай обережно.

Введення сукупності якісно нових кримінально-правових заборон, що базується на формально-логічному аналізі системи суспільних відносин, політичній чи міжнародній доцільності, не завжди однозначно сприймається суспільством. До того ж диверсифікація норм Особливої частини, зміни в їх інтерпретації та тлумаченні цілком здатні паралізувати чинну систему досудового слідства, додатково сприяючи посиленню криміногенності суспільних відносин.

Логічніше було б йти шляхом послідовного узгодження системи санкцій чинного КК із пануючими настановами та цінностями суспільства та міжнародної спільноти, декриміналізації значної кількості злочинів невеликої тяжкості, виведення за межі КК штучно криміналізованих цивільно-правових і господарсько-правових деліктів і рівною мірою коректного вирішення проблеми можливого створення і застосування спеціальних кримінальних законів (військові, екологічні злочини, злочини проти миру і безпеки людства), які застосовуються *sui generis*, тобто в ситуаціях особливого стану.

Серед тих, які потребують свого негайного тлумачення та вирішення, можна назвати такі проблеми (що згодом повинні інтерпретуватися в окремих інститутах чи нормах Загальної частини КК):

- Кримінальна відповідальність та правовідностини. Мова йде не тільки про необхідність введення поняття кримінальної відповідальності саме у Кримінальний кодекс (модель, підтримана законодавцем Беларусі). Поруч з цим негайного вирішення як на конституційному, так і на галузевому рівні потребує потреба нормативного визначення суб'єктів кримінально-правових відносин. Держава в особі її органів, що повинні захистити безпеку громадян та у разі неможливості знайти та покарати злочинця та повністю або частково компенсувати шкоду потерпілим; злочинець, потерпілий від злочину, треті особи та їх роль у механізмі кримінально-правового регулювання (звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із передачею на поруки, звільнення від кримінальної відповідальності за ч.4 ст.212 КК), — усі ці особи, їх правовий стан та кримінально-правові обов'язки повинні знайти своє відображення у новій Загальній частині КК. Слід також не тільки в доктрині, але й на інституціональному рівні більш чітко визначити порядок і межі, загальні засади притягнення до кримінальної відповідальності, непритягнення до кримінальної відповідальності, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його застосування, виключення кримінальної відповідальності та інших кримінально-правових заходів.

- Кримінальність суб'єкта злочину. Усталена кримінальна діяльність свідчить не тільки про кримінальну небезпеку особистості, але й про ворожий для держави та суспільства стан особистості. Саме це потребує (як це, наприклад, зроблено у кримінальному законодавстві Сан Маріно) відокремлення суб'єктів злочинів з підвищеною кримінальністю, неосудних, малолітніх у окрему категорію осіб — суб'єктів кримінально-правового впливу, з можливістю призначення останнім заходів безпеки чи заходів соціального захисту.

- Кримінально-правові заходи. Поруч з покаранням у чинному законодавстві де факто існують 4 групи заходів: безпеки, соціального захисту, компенсації, кримінально-правового заохочення. Заходи безпеки (спеціальна конфіскація, знищення майна, примусове лікування обмежено осудних, примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до неповнолітніх), заходи соціального захисту (примусові заходи медичного характеру, що застосовуються до неосудних осіб, примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до малолітніх), заходи компенсації та реституції (потерпілим, в особливих випад-

ках, — третім особам та державі), засоби кримінально-правового заохочення застосовуються як підстави та форми реалізації окремих видів звільнення від кримінальної відповідальності та покарання та як підстави пом'якшення покарання. Проте особливості структури чинного кодексу, на жаль, ці питання залишають тільки для тлумачення науковців, хоча саме досвід європейських країн з цього питання надає можливість послідовного та достатньо чіткого вирішення проблеми (див., наприклад, КК Іспанії, Франції, Німеччини тощо).

Окремим питанням стає вирішення проблеми кримінально-правової характеристики потерпілого від злочину (як це зроблено, наприклад, у італійському кримінальному законодавстві). Слід зазначити, і наші дослідження це підтверджують, що потерпілий у його широкому розумінні (фізична особа, юридична особа, соціальна спільнота, держава) стає центральною фігурою у зорієнтованому на втілення потреб у безпеці особистості у громадянському суспільстві. Це вимагає не тільки зміни пріоритетів, але й зміни доктринальних та нормативних характеристик, які стосуються міста та ролі потерпілого від злочину у кримінальному праві. Це стосується поширення справ приватного обвинувачення, фіксації потерпілого в кримінальному праві, його місця та ролі в процесі призначення та звільнення від покарання, звільнення та непритягнення до кримінальної відповідальності, звільнення від відбування покарання, призначення заходів безпеки, кваліфікації злочину.

Отже процес апроксимації чинного кримінального законодавства повинен вестись послідовно, зосереджуючись, по-перше, на принципових положеннях удосконалення характеристик кримінальної відповідальності та покарання за конвенційні злочини згідно із характеристиками рідної національної правової культури та існуючими традиціями, а по-друге, вирішуючи питання гармонізації загальних інститутів кримінального права та практики їх застосування.

### *Література*

1. Matti Joutsen. The European Union and Cooperation in Criminal matters: the search for balance. — PEUNI series. — Vol. 25. — 2006. — P. 39–42.

### *Анотація*

У роботі розглянуто питання характеристик та тенденцій сучасної апроксимації чинного законодавства до міжнародно-правових стандартів. Зроблено висновок про необхідність зосередження лише на принципових положеннях удосконалення характеристик загальних інститутів кримінального права, кримінальної відповідальності та покарання згідно із особливостями міжнародного кримінального права та існуючими традиціями національної правової культури.

Ключові слова: апроксимація, гармонізація, кримінальне законодавство.

### *Summary*

The article is devoted to process of approximation of national criminal law to international standards. It is stressed that the ways of harmonization and approximation depend on national legal culture and traditions that gives some restrictions via full and contradictory process of international criminal law approximation activity.

Key words: approximation, harmonization, criminal legislation.