

Рамкова програма співробітництва
для Вірменії, Азербайджану, Грузії, Республіки Молдова, України й Білорусі

**Programmatic Cooperation Framework for
Armenia, Azerbaijan, Georgia, Republic of Moldova, Ukraine and Belarus**

Funded
by the European Union
and the Council of Europe



EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe

Спільний проєкт Європейського Союзу та Ради Європи
«Посилення імплементації європейських стандартів прав людини
в Україні»

**Подальша
підтримка реформи
кримінальної
юстиції в Україні**

MINISTRY OF FOREIGN
AFFAIRS OF DENMARK



COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

№ (англ. оригіналу)°DGI(2016)16

Переклад з англійської

Страсбург, 6 грудня 2016 року

**ВИСНОВОК ГЕНЕРАЛЬНОГО ДИРЕКТОРАТУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ТА
ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА РАДИ ЄВРОПИ**

**ЩОДО ПРОЄКТУ ЗАКОНУ УКРАЇНИ № 2897 «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО
ДЕЯКИХ ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ УКРАЇНИ ЩОДО ЗАПРОВАДЖЕННЯ
КРИМІНАЛЬНИХ ПРОСТУПКІВ»**

Підготовлено на основі дослідження експертів:

Джеремі Макбрайд, Пітер Павлін та Іва Пушкарова-Гочева

Зміст

A. Вступ	4
B. Загальні зауваження.....	5
C. Кримінальний кодекс України: Загальна частина	15
D. Кримінальний кодекс України: Особлива частина.....	38
E. Кодекс України про адміністративні правопорушення	48
F. Кримінальний процесуальний кодекс України.....	53
G. Кримінально-виконавчий кодекс України	56
H. Висновок.....	57
ДОДАТОК I. Короткий зміст рекомендацій.....	59
ДОДАТОК II. Огляд відповідних європейських стандартів та практик щодо криміналізації неправомірного ухвалення судових рішень або перевищення влади судьями	75

Резюме

Цей Висновок стосується запропонованих змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення, а також деяких інших кодексів і законів України. Основна мета запропонованих змін полягає у впровадженні чотирьох категорій кримінальних правопорушень – включно зі створенням нової концепції кримінального проступку – а також усуненні багатьох суперечливих питань, що стосуються існуючих адміністративних порушень. Запропоновані зміни вважаються заходами, що впроваджують значні реформи, але у висновку також висвітлені різні проблеми, що стосуються законодавчої техніки, особливо у питанні визначення деяких концепцій та чіткості, послідовності та внутрішньої узгодженості змін, що будуть упроваджені. Крім того, у ньому визначені проблеми невідповідності певним принципам, що є основоположними у системі кримінальної юстиції, зокрема у контексті законності, індивідуалізації кримінальної відповідальності та поваги до принципу пропорційності покарання. Крім того, у ньому висловлена стурбованість стосовно відсутності чіткого обґрунтування визначення, як повинен класифікуватися вчинок або бездіяльність: злочин, проступок або адміністративне правопорушення; крім того, стурбованість була висловлена стосовно того, яким чином деякі правопорушення сформульовані та які покарання за них передбачені. Насамкінець, висловлено занепокоєння щодо належного оцінювання адміністративних, фінансових та організаційних наслідків запропонованої реформи.

А. Вступ

1. Цей висновок стосується поправок, які можуть бути внесені до Кодексу про адміністративні правопорушення України («Кодекс про адміністративні правопорушення»), Кримінального кодексу України («Кримінальний кодекс»), Кримінально-виконавчого кодексу України («Кримінально-виконавчий кодекс») і Кримінального процесуального кодексу України («Кримінальний процесуальний кодекс») Законопроектом України № 2897 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження кримінальних проступків» («Законопроект»), підготованим кількома народними депутатами України для подання до Верховної Ради України, де наразі розглядається.
2. У цьому коментарі розглянуто відповідність запропонованих поправок європейським стандартам, особливо Європейській конвенції з прав людини («Європейська конвенція») і практиці Європейського суду з прав людини («Європейський суд»), а також деяким іншим угодам та рекомендаціям Комітету Міністрів та інших нормотворчих органів Ради Європи¹.
3. Крім того, у цьому коментарі застосовано розгляд крізь призму правової визначеності – можливості діяти у встановлених межах, не боячись свавільного або непередбачуваного втручання держави – а також міри, до якої запропоновані поправки відповідають вимогам ясності та передбачуваності.
4. Зауважень не буде зроблено щодо тих запропонованих поправок, які видаються доцільними або непроблематичними, якщо це не відноситься до розуміння або впливу інших пропонуєваних змін або загального ефекту, який Законопроект матиме на характер певного Кодексу.
5. *Проте рекомендації щодо будь-яких дій, які можуть бути необхідні для забезпечення відповідності європейським стандартам – з точки зору зміни, перегляду або видалення – виділені курсивом*
6. Коментар спочатку розглядає деякі загальні питання, пов'язані із запропонованими поправками. Далі йдеться про поправки, що можуть бути внесені до Кримінального кодексу, які є найсуттєвішими із запропонованих Законопроектом. Після цього по черзі розглянуто поправки, які можуть бути

¹Зокрема, Європейська конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню та два протоколи до неї, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права («Міжнародний пакт»), Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи CM/Rec(2003)20 про нові методи боротьби зі злочинністю неповнолітніх та ролі правосуддя у справах неповнолітніх, CM/Rec(2008)11 про Європейські правила для неповнолітніх правопорушників, що підлягають санкціям або заходам, CM/Rec(2003)20 про нові методи боротьби зі злочинністю неповнолітніх та ролі правосуддя у справах неповнолітніх, CM/Rec(2008)11 про Європейські правила для неповнолітніх правопорушників, що підлягають санкціям або заходам і CM/Rec (2000) 22 про поліпшення виконання європейських правил щодо застосування громадських санкцій та заходів.

внесені до Кримінального кодексу², Кодексу про адміністративні правопорушення, Кримінального процесуального кодексу та Кримінально-виконавчого кодексу. Ті поправки до Кодексу про адміністративні правопорушення, що передбачають перенесення положень (зі змінами або без них) до Кримінального кодексу, розглянуто в розділі, присвяченому Кримінальному кодексу. Коментар закінчується загальною оцінкою відповідності запропонованих поправок європейським стандартам.

7. Цей коментар ґрунтується на перекладах англійською мовою Законопроектів і Кодексів, до яких будуть внесені поправки, наданих Радою Європи. У випадках, якщо мова англійського перекладу викликала питання або ж необхідно було подальше роз'яснення, експерти зверталися до оригіналу тексту Законопроектів.
8. Обговорення з членами Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, депутатами Верховної Ради України, представниками Генеральної прокуратури України, судової системи, департаменту юридичного забезпечення Міністерства України, а також представниками громадськості, що проходило під час зустрічей у Страсбурзі 9 листопада 2016 року, значним чином посприяло підготовці цього висновку. Також до уваги було взято Пояснювальну записку, що супроводжує Законопроект.
9. Цей коментар підготували Джеремі Макбрайд³, Пітер Павлін⁴ та Іва Пушкарова-Гочева⁵ під егідою Проекту Ради Європи «Подальша підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні», що фінансується урядом Данії, та Проекту Рамкової програми співробітництва Європейського Союзу та Ради Європи «Посилення реалізації європейських стандартів прав людини в Україні».

В. Загальні зауваження

10. У цьому розділі йдеться про сутність запропонованої реформи, можливість застосування класичних понять, системні правила, застосовні до адміністративних правопорушень, що переносяться в Кримінальний кодекс як проступки, і норми кримінального матеріального права (а також кримінального

²Загальна частина та Особлива частина розглядаються в окремих розділах, при цьому положення Загальної частини розглянуті повністю, в той час як зауваження, що стосуються Особливої частини, є більш ілюстративними

³ Барістер, Монктон Чемберз, Лондон, і запрошений професор, Центральноевропейський університет, Будапешт.

⁴ Старший секретар, Міністерство юстиції Республіки Словенія - Управління з питань законодавства про систему правосуддя.

⁵ Глава Комітету з питань помилування при Президенті Республіки Болгарія, президент Фонду розвитку юстиції, викладач кримінального права в Софійському університеті і Академії Міністерства внутрішніх справ.

процесуального права) щодо нових правопорушень, що вводяться в Кримінальний кодекс, тобто, проступків, аспекти законотворчої техніки та можливий вплив реформи на функціонування системи кримінальної юстиції

Характер реформи

11. Завдання реформи, яку пропонує Законопроект для матеріального кримінального права, заслуговують на високу оцінку, зосереджуючи основну увагу на подальшій гуманізації закону і покращенні відповідності конституційним вимогам, а також європейським і міжнародним стандартам в галузі прав людини. Таких завдань передбачено досягнути шляхом перекласифікації наявних чотирьох категорій кримінальних правопорушень⁶ на три категорії «злочинів» – нетяжкі, тяжкі і особливо тяжкі – і шляхом введення до Статті 11 поняття «кримінальних проступків» (на основі багатьох на даний момент адміністративних правопорушень, а також деяких існуючих кримінальних правопорушень) таким чином, щоб Кримінальний кодекс знову складався з чотирьох категорій кримінальних правопорушень. Це має забезпечувати, щоб у подальшому справи щодо таких колишніх адміністративних правопорушень розглядалися з дотриманням вимог Кримінального процесуального кодексу.
12. Запровадження такого поділу кримінальних правопорушень на злочини і проступки є рішенням повністю в межах розсуду національного законодавця. З іншого боку, європейські та міжнародні стандарти не вимагають такої зміни. Дійсно, в європейських державах більше не є загальнопоширеним подвійний (або потрійний) поділ правопорушень, у більшості цих держав тепер існує лише одна категорія правопорушень, і таке зменшення використання цього поділу можна спостерігати ще з початку двадцятого століття.
13. Крім того, реформа, запропонована в Законопроекті, є значно ширшою, ніж видно з Пояснювальної записки. Так, вона торкається низки основоположних понять в Загальній частині Кримінального кодексу та інших аспектів кримінального матеріального права, торкаючись правового характеру класичних кримінальних правопорушень. Реформа також істотно змінила б адміністративну складову правової системи.
14. До того ж, судячи з усього, мета запропонованої реформи полягає в орієнтуванні на певні цілі, для яких внесення змін до матеріального кримінального права не може стати рішенням. Особливо це стосується питань управління завантаженістю справами, кримінальними процедурами та професійної чесності суддів. Ці питання можна вирішити більш ефективно шляхом внесення змін до інших законів та політик, що, до того ж, зменшить ризик виникнення плутанини у створенні матеріального кримінального права.

⁶Невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі

Можливість застосування класичних понять

15. Безумовно, слід відхилити будь-який можливий гіпотетичний аргумент щодо того, що всі пропонувані проступки (включаючи деякі колишні адміністративні правопорушення, які передаються в зміненому вигляді до Кримінального кодексу) повинні так чи інакше все ще розглядатися як такі, які мають «незначний характер» або «незначне значення» і «незначне посягання на права людини і основні свободи». Адже вони вже є традиційно та безсумнівно частиною поняття «кримінального обвинувачення» в Статті 6§(1) Європейської конвенції, і таким чином, до них застосовні права, закріплені в цьому положенні і в Статтях 6§(2) і (3), що явно впливає з усталеної практики Європейського суду⁷.

16. На щастя, деякі правові рекомендації уже наявні в практиці українських судів, і ці рекомендації повинні привести до нового типу кримінальних правопорушень, тобто, проступків, які в цілях Статті 6§(1) Європейської конвенції розглядатимуться як класичні кримінальні правопорушення. Так, 22 грудня 2006 року Верховний Суд України прийняв Постанову Пленуму Верховного Суду про судову практику у справах про хуліганство, у якій зазначив таке:

«...При накладенні адміністративних стягнень, передбачених ст. 173 КпАП, на осіб, які вчинили дрібне хуліганство, суддя повинен у кожному конкретному випадку враховувати характер учиненого правопорушення, дані про особу порушника, ступінь його вини, майновий стан, обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність. Щодо осіб, які займаються суспільно корисною працею і позитивно характеризуються за місцем роботи, навчання та проживання, необхідно застосовувати, як правило, не арешт, а інші адміністративні стягнення, а також заходи громадського впливу.»

17. Крім того, на це чітко покладався Європейський суд, розглядаючи адміністративні правопорушення, які тепер переносяться в Кримінальний кодекс як проступки⁸.

⁷ Особливо починаючи зі справи «Озтюрк проти Німеччини», № 8544/79, 21 лютого 1984 р., п.47-56, а також «Деміколі проти Мальти», № 13057/87, 27 серпня 1991р., п. 30-35. Те ж саме загальне положення застосовується щодо Статей 9 (3) і 14 Міжнародного пакту; як зазначає Комітет з прав людини Організації Об'єднаних Націй: «<...> Кримінальні звинувачення мають відношення до дій, визнаних такими, що підлягають покаранню відповідно до внутрішнього кримінального права. Поняття може також поширюватися на діяння, які є кримінальними за своїм характером та санкції за які, незалежно від своєї кваліфікації у внутрішньодержавному праві, повинні розглядатися як кримінальні через їхні цілі, характер або тяжкість», а також, що «61. Якщо хтось, підозрюваний у скоєнні злочину і затриманий на підставі Статті 9 Пакту, обвинувачується в скоєнні злочину, але не приведений до суду, тут можуть бути порушені заборони на неналежне затягування судового розгляду, відповідно до положень Статей 9, пункт 3, і 14, пункт 3 (с) Пакту»; *Зауваження загального порядку № 32, Стаття 14: Право на рівність перед судами і трибуналами, та на справедливий судовий розгляд*, ССРР/С/ГС/32, 23 серпня 2007р. (виділення додане).

⁸ Наприклад, «Веренцов проти України», № 20372/11, 11 квітня 2013р..

18. У будь-якому випадку, класифікація внутрішнім законодавством правопорушення як кримінального – неодмінний наслідок введення колишніх адміністративних правопорушень до Кримінального кодексу як проступків – автоматично приведе до того, що вони будуть класифіковані як «кримінальні» в цілях Статті 6 та інших пов'язаних положень Європейської конвенції⁹.

Системні правила

19. Існує чотири системних правила, яких слід дотримуватися щодо адміністративних правопорушень, які мають бути перенесені до Кримінального кодексу як проступки (власне, й щодо будь-яких нових правопорушень, що будуть класифіковані як проступки) відповідно до Законопроекту, а саме,

- a) елементи цих правопорушень повинні бути чітко описані, відповідно до стандартів для кримінальних правопорушень, які є частиною Кримінальних кодексів, що випливають з концепції кримінальної відповідальності;
- b) не повинно бути дублювання між цими правопорушеннями та іншими кримінальними правопорушеннями, відповідно до заборони на повторне притягнення до кримінальної відповідальності, встановленої Статтею 4§(1) Протоколу № 7 до Європейської конвенції¹⁰ і принципу законності матеріального кримінального права;
- c) слід поважати принцип *ultima ratio* – «крайнього заходу»¹¹ – (який також є складовою принципів пропорційності й субсидіарності), а саме, для ухвалення рішення в контексті репресивного характеру системи кримінальної юстиції, щодо того, чи криміналізувати вчинення певних дій, слід виходити з того, що криміналізація – останній засіб законодавчого органу, а оцінку слід робити щодо юридично захищеної цінності (юридично захищеного блага¹²), за порушення якої (посягання на яку) може бути встановлено кримінальну відповідальність; і
- d) слід дотримуватися принципу пропорційності – з урахуванням юридично захищеної цінності, – призначаючи покарання.

Законодавча техніка

20. Є кілька проблем із тим, як сформульований Законопроект.

21. По-перше, він відображає законодавчу техніку, яка значно збільшує його загальну довжину за рахунок положень, що не додають жодного юридичного змісту, а лише направляють користувачів на інші положення, повторюють зміст інших положень або містять очевидні твердження, які взагалі не мають

⁹ Див. «Функе проти Франції», № 10828/84, 25 лютого 1993р..

¹⁰ І власне частини першої статті 61 Конституції України.

¹¹ Для системної позиції щодо використання принципу «крайнього заходу» в галузі кримінального (!) права, див., наприклад: Першак, Ніна, *Криміналізація небезпечної поведінки, принцип шкоди, його межі й континентальні аналоги*, Springer, 2007, с. 121: «Принцип «*ultima ratio*» є перш за все «принципом законодавчої етики» [...]».

¹² *Rechtsgut* у німецькому кримінальному праві.

практичної цінності, в тому числі спостереження теоретичного характеру. Показовими прикладами цього є запропоновані Статті 12-1, 12-2, частини третьої й четвертої Статті 65, а також Примітка до Розділу III.

22. Те саме стосується і запропонованих частини другої Статті 18, частини другої Статті 59 і частини третьої Статті 60.
23. Так, зазначаючи, що «спеціальним суб'єктом кримінального правопорушення є фізична осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, кримінальне правопорушення, суб'єктом якого може бути лише певна особа», запропонована частина друга Статті 18 посилатиметься на один з аспектів принципу законності. Проте і так не викликає сумнівів, що суб'єкти злочинів повинні володіти певними ознаками, яких вимагає відповідне положення Особливої частини, щоб їх можна було притягнути до відповідальності, оскільки такі ознаки є частиною складу злочину.
24. Аналогічним чином, виглядає на те, що останнє речення запропонованої частини другої Статті 59 робить попередні частини цієї Статті, тобто пункти 1 – 3 – не дуже потрібними, оскільки незрозуміло, що додає посилання в цих пунктах на три групи відповідних правопорушень. Звичайно, на перший погляд видається, що положення повинно було б мати такі ж юридичні наслідки, якби ці три пункти були опущені, якщо тільки це положення не має на меті встановити, що конфіскація активів застосовується тільки в тих випадках, де вона передбачена для однієї з тих категорій злочинів. У таких випадках, навіть якщо вона передбачена для іншого злочину, суд не застосує конфіскації.
25. Крім того, вислів «як правило» в запропонованій частині третій Статті 60 є недостатньо ясним і недвозначним, і таким чином може створити плутанину і ризики для однаковості судової практики.
26. *Тому, такі положення слід видалити або переформулювати, оскільки вони ставлять під загрозу основні принципи кримінального права, а саме, принципи законності, пропорційності, юридичної визначеності й індивідуальної кримінальної відповідальності.*
27. По-друге, існує ціла низка положень, що перебувають не на своєму місці.
28. Наприклад, частина друга запропонованої Статті 11 повинна передувати тій, яка стоїть перед нею – частині 1-1 – оскільки положення, яке стосується поняття кримінального правопорушення, має передувати тому, в якому йдеться про види правопорушень.
29. *Тому потрібно переглянути запропоновані поправки і змінити порядок цих положень для забезпечення їх загальної узгодженості.*

30. По-третє, існують положення, предмет яких не стосується матеріального кримінального права і, які, відповідно, не повинні бути включені до Кримінального кодексу.
31. Наприклад, в положеннях, що містяться в запропонованих Статтях 96-2-1 і 96-2-2, йдеться про процесуальні питання адміністративно-правового або цивільно-правового характеру.
32. *Отже, такі положення слід віднести до інших, більш відповідних законів.*
33. По-четверте, словниковий каталог термінів в запропонованому Додатку 2 охоплює терміни, юридичне значення яких буде вже визначено в основних положеннях Кримінального кодексу.
34. Наприклад, терміни «крадіжка», «грабіж» та «розбій» визначені у відповідних Статтях Особливої частини як різний спосіб (таємний, відкритий тощо) «викрадення» майна. Запропонований Додаток 2, у свою чергу, наводить визначення «викрадення», посилаючись на крадіжку та грабіж як шляхи його вчинення¹³. Отже, визначення в Додатку 2 містить логічне коло і, до того ж, є неповним, оскільки в ньому бракує посилання на розбій. Навіть більше, запропонований Додаток 2 визначає термін «недбалість»¹⁴, який – як базове правове поняття – повинен визначатися лише в самому законі, де насправді він і є вже чітко визначеним.
35. Таке повторення може створити плутанину, на шкоду принципу законності.
36. *Тому слід усунути ці повторення і неузгодженість.*
37. По-п'яте, запропонований Додаток 2 також визначає деякі нові терміни без очевидної практичної мети – такі як термін «вбивство»¹⁵ – які вже належним чином визначені в наявних положеннях Кримінального кодексу. Хоча їх введення може мати якесь аналітичне значення, їх використання більше підходить для законодавчих досліджень, ніж для самого законодавства.
38. *Тому слід видалити такі терміни.*
39. По-шосте, деякі слова й вислови, які визначає запропонований Додаток 2, впливають з основ кримінального права і не повинні мати юридичних визначень, оскільки вони не є правовими нормами і не сприяють виконанню

¹³ Пункт 10.

¹⁴ Пункт 35.

¹⁵ Пункт 7.

таких норм. Замість цього вони визначаються і пояснюються в правовій теорії або у тлумаченнях судової практики.

40. Наприклад, визначення, дане для «вчинення кримінального правопорушення вперше»¹⁶ власне пояснює, як працює кримінальне законодавство, що може підходити для підручників, але не для законодавчих актів. Подібне зауваження можна віднести і до терміну «караність»¹⁷.
41. *Тому слід видалити такі визначення.*
42. *Крім того, будь-які визначення, що залишаться в запропонованому Додатку 2 після внесення вищезазначених змін, можливо, краще вмістити в якості звичайного положення в основному тексті Кримінального кодексу, а не залишати в додатку до нього.*
43. Нарешті, інколи складність використаних формулювань робить неможливим визначення того, що мається на меті тими чи іншими положеннями.
44. Наприклад, мова, яка використовується в останній частині запропонованої Статті 11 – під номером 3 – абсолютно незрозуміла.
45. *Тому необхідно не тільки пояснити, про що йдеться в цій частині, але й максимально спростити мову, яка використовується в Законопроекті.*

Функціонування системи кримінальної юстиції

46. Введення концепції проступків до системи кримінальних правопорушень, охопленої Кримінальним кодексом, буде – у сукупності з запропонованими змінами до Кодексу про адміністративні правопорушення (зокрема, спрощенням процедур, яких слід дотримуватися, і пом'якшенням покарань, які можуть бути застосовані) – значним заходом реформування.
47. Як уже було зазначено¹⁸, це буде важливим кроком до забезпечення того, щоб кримінальні провадження більш широко підпадали під вимоги Кримінального процесуального кодексу, і тим самим буде зведено до мінімуму ризик їх ведення з порушенням Європейської конвенції.
48. Незважаючи на те, що підхід, запропонований у Законопроекті, цілком заслуговує на схвалення, існують підстави для занепокоєння щодо можливих наслідків, які цей захід реформування у своєму нинішньому вигляді може мати по відношенню до ефективного функціонування системи кримінальної юстиції.

¹⁶ Пункт 12.

¹⁷ Пункт 27.

¹⁸ Див. п. 11 вище.

49. Той факт, що реформа, у разі її прийняття, приведе до збільшення переліку правопорушень, на які поширюватимуться передбачені в Кримінальному процесуальному кодексі процесуальні гарантії, може (за умови належного впровадження реформи) вплинути на робоче навантаження прокурорів і слідчих. Адже тепер від них вимагатиметься вести справи, які раніше не належали до сфери їхньої компетенції, і робити це у відповідності з суворими стандартами, встановленими цим Кодексом.
50. Тому, незважаючи на те, що у Пояснювальній записці зазначено, що досудове розслідування здійснюється «за вельми спрощеною, порівняно з розслідуванням злочинів, процедурою у формі дізнання», єдине реальне спрощення, передбачене Главами 25 і 30 Кодексу, стосується власне процедури судового розгляду – інші відмінності стосуються лише скорочених термінів та заборони вчинення негласних слідчих (розшукових) дій – і це станеться тільки у тому випадку, якщо підозрюваний/підозрювана беззаперечно визнає власну провину, не заперечуватиме обставини, встановлені досудовим розслідуванням і погоджується з розглядом обвинувального акту за його відсутності, крім того, при цьому всьому потерпілий не висуває будь-яких заперечень. Вочевидь, жодна із запропонованих у Законопроекті змін до Кримінального процесуального кодексу не вказує на те, що його вимоги підлягатимуть застосуванню менш суворим чином.
51. Реформа також матиме вплив (з точки зору і фінансових витрат, і трудових ресурсів) на функціонування системи правової допомоги у зв'язку зі збільшенням кількості випадків, які потребують такої допомоги.
52. Такі наслідки самі по собі не є проблематичними. Адже передбачене ними дотримання вищих процесуальних стандартів – навіть якщо це відбувається у якійсь дійсно спрощеній формі – є, безперечно, тим, що повинна забезпечувати будь-яка держава – сторона Європейської конвенції.
53. *Тому існує потреба у забезпеченні значного спрощення нормативно-правової бази, що врегульовує вимоги щодо розслідування можливих проступків, із одночасним дотриманням права на захист відповідно до статті 6 Європейської конвенції.*
54. Проте одна річ – зазначити, що таких високих стандартів слід дотримуватися, і зовсім інша – гарантувати їх застосування на практиці. Хоча функціонування системи кримінальної юстиції значно покращилося після набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом, її потенціал не був повністю

реалізований через те, що не було впроваджено всіх необхідних адміністративних та інституційних змін, яких вимагають положення Кодексу¹⁹.

55. Звичайно, необов'язково, що така ж доля спіткає реформу, запропоновану Законопроектом, але слід зауважити, що можливі наслідки (з точки зору адміністративних або організаційних змін) для правоохоронних органів та системи правової допомоги не розглядаються в Пояснювальній записці. Крім того, в ній (без будь-якого аналізу) стверджується, що прийняття Законопроекту не потребуватиме додаткового фінансування з Державного бюджету України. Зазначено, що відбудеться економія за рахунок зниження видатків, пов'язаних із теперішньою системою розгляду адміністративних правопорушень та збільшенням доходів від штрафів, що може дійсно бути обґрунтованим. Однак не наведено жодних пояснень, на основі чого було зроблено такі розрахунки, і яким чином (якщо взагалі) згадані заощаджені кошти планується передати тим, хто займатиметься новими проступками. Також не обговорюється потреба у деяких адміністративних та організаційних змінах, на кшталт збільшення кількості слідчих і прокурорів.
56. У будь-якому випадку необхідно приділити належну увагу значній підготовці, яка буде потрібна для усіх залучених до функціонування системи кримінальної юстиції, з метою забезпечення успішної імплементації реформи, втіленої у Законопроекті. Для цього у ньому необхідно визначити належний період, який повинен минути після прийняття Закону і лише після завершення якого його положення набудуть чинності. У положенні Законопроекту міститься дата – 1 січня 2016 року –, а не період часу, і ця дата вже минула. Враховуючи досвід, отриманий під час імплементації Кримінального процесуального кодексу України, шестимісячний термін видається недостатнім для цієї мети.
57. *Тому у Законопроекті необхідно передбачити, що його положення набудуть чинності не менш ніж через рік після його прийняття.*
58. Також слід зазначити, що у Пояснювальній записці нічого не сказано про те, на підставі чого адміністративні правопорушення будуть або трансформовані у кримінальні проступки, або залишені в Кодексі про адміністративні правопорушення. Власне, немає впевненості, що деякі із правопорушень, запропонованих для перенесення із адміністративних у кримінальні проступки, не могли б отримати краще правове врегулювання в межах Кодексу про адміністративні правопорушення (хоча і за умови абсолютного судового контролю), ніж після перенесення до звичайної системи кримінальної юстиції. Прикладами можуть слугувати правопорушення, відповідальність за які передбачена чинними Статтями 122-5 (порушення вимог законодавства щодо

¹⁹Див. Звіт щодо оцінки застосування Кримінального процесуального кодексу України (Рада Європи, 2015).

встановлення і використання спеціальних світлових або звукових сигнальних пристроїв) і 123 (порушення особами, які керують транспортними засобами, правил руху через залізничні переїзди). Звичайно, Україні вирішувати, яку поведінку кваліфікувати як кримінальні, а яку – як адміністративні правопорушення, але, враховуючи можливі наслідки такого розподілу правопорушень, було б доцільно ретельно обміркувати, чи зміни, запропоновані Законопроектом, приведуть до найбільш доречного, орієнтованого на права людини та ефективного розподілу.

59. Слід також ретельно обміркувати доцільність перекласифікування деяких кримінальних злочинів на проступки. Так, наприклад, з огляду на ситуацію зі свободою ЗМІ в Україні, необхідно обміркувати, чи варто кваліфікувати перешкоджання законній професійній діяльності журналістів як всього лише проступок²⁰. Далі, з огляду на проблеми в державі, пов'язані з корупцією, чи буде правильним класифікувати як проступки такі правопорушення як використання завідомо неправдивих офіційного документа або особливо важливого приватного документа²¹ та порушення вимог фінансового контролю і декларування недостовірної інформації²²? Крім того, так само варто обміркувати, чи слід переносити до проступків такі правопорушення як завідомо неправдиве показання²³ та відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків²⁴, адже це створює ризик підірвати ефективність відправлення правосуддя. На додачу, з огляду на важливість дотримання принципу *ultima ratio*, незрозуміло, чому перевищення службовою особою влади чи службових повноважень²⁵ має бути закріплене як усього-на-всього проступок.
60. Перекласифікування деяких адміністративних правопорушень на проступки призведе до значного розширення сфери застосування кримінального права. Враховуючи той факт, що значні за обсягом кримінальні закони призводять до стагнації соціального та економічного розвитку, зростання звичайної злочинності та зменшення суспільної довіри до судових установ, перед прийняттям Законопроекту необхідно також обміркувати та обговорити це питання із суспільством.
61. *Таким чином, враховуючи вищевикладені міркування, було б вкрай доцільно (до прийняття Законопроекту) переглянути, чи було достатньою мірою розглянуто та взято до уваги всі концептуальні, адміністративні,*

²⁰Стаття 464

²¹Стаття 596

²²Запропонована стаття 602 розглядатиме в цьому контексті і навімисні, й ненавімисні дії як проступки, хоча навімисні є явно серйознішими. У той час як може бути правильним розглядати ненавімисні дії як проступок, менш очевидно, що так само слід регулювати й умисні дії.

²³Стаття 384

²⁴Стаття 385

²⁵Стаття 607

організаційні і фінансові наслідки запропонованої реформи, а також чи всі адміністративні правопорушення, заплановані для перенесення до Кримінального кодексу, дійсно повинні міститися в ньому, а отже, підпадати під дію вимог Кримінального процесуального кодексу.

С. Кримінальний кодекс України: Загальна частина

62. У цьому розділі розглядаються суттєві поправки, запропоновані до загальних принципів відповідальності та покарання.

Статті 2, 23-25. Підстава для кримінальної відповідальності, вина

63. У зв'язку зі зміною концепції суспільної небезпечності через поправки, запропоновані до Статті 2, виникла деяка плутанина в поняттях суспільної небезпечності, вини та кримінальної відповідальності.

64. Концепція суспільної небезпечності, що бере свій початок з французького кримінального права і традиційно використовується в українському законодавстві, судячи з усього, буде замінена Законопроектом на концепцію винуватості, яка не має чіткого визначення. Оскільки обидві концепції стосуються власне суті поняття злочину, дуже необхідно створити нову чітко визначену концепцію та ретельно обґрунтувати причини для змін.

65. Суспільна небезпечність як концепція досі успішно застосовується у багатьох країнах Європейського Союзу як основний критерій для розрізнення покарань, розміщення та класифікації правопорушень у Спеціальній частині кримінальних кодексів країн, індивідуалізації покарань, суті провини, зменшення або звільнення від відповідальності, концепції рецидивізму тощо. Крім того, концепція суспільної небезпечності та правові рішення, що ґрунтуються на ній, відповідають міжнародним правовим стандартам. До того ж, її не було повністю прибрано з Кодексу і вона досі впливає на основні концепції та установи (див. статтю 11).

66. Тому необхідно чітко визначити законодавчий вибір між концепціями винуватості та суспільної небезпечності, обґрунтувати його та застосувати в усьому Кодексі.

67. Збережене визначення вини відрізняється від стандартного, прийнятого континентальним правом, тим, що тут вина трактується з точки зору психологічного суб'єктивного ставлення суб'єкта правопорушення до свого вчинку, а не з точки зору шкідливості (суспільної небезпечності) самого вчинку і його наслідків. Це визначення, вочевидь, пов'язане з положенням

пропонованої Статті 11, згідно з яким «не вважається кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через свою малозначність не заподіяла і не могла заподіяти жодної істотної *шкоди* будь-якій фізичній чи юридичній особі, суспільству, державі або людству в цілому». Таким чином, якщо вчинок не є кримінальним з огляду на свою нешкідливість, його не можна скоїти винно. Разом з тим, визначення умислу і необережності в пропонованій Статті 24 також пов'язані з рівнем усвідомлення *шкідливості* діяння. Оскільки чинне формулювання двох визначень відображає класичні принципи та передовий досвід, заміна концепції суспільної небезпечності на концепцію винуватості призведе до втрати чіткості у законодавстві.

68. Крім того, незрозуміло, наскільки конструктивним буде поєднання класичної концепції кримінальної відповідальності та концепції вини в поправках, запропонованих до Кримінального кодексу, або ж яким буде їхнє розмежування.
69. *Хоча це питання можна роз'яснити за допомогою судової практики або наукової літератури, бажано було б докладніше розвинути законодавчу концепцію в Законопроекті.*
70. Крім того, текст пропонованої Статті 2 міг би стати зрозумілішим (проте все ще таким, що потребує уточнень), якби її метою було визначити кримінальні правопорушення (а не поняття кримінальної відповідальності) і вона забороняла б застосування аналогії права та аналогії закону.
71. Таким чином, доцільно розглянути питання стосовно того, чи слід в даному положенні прописувати позицію щодо аналогії *intra legem* (аналогії в межах закону²⁶). В контексті Законопроекту можна, як виняток, дозволити використовувати її для процесуальних питань, але не для питань матеріального характеру.
72. Визначення необережності у пропонованій частині четвертій Статті 25 також відрізняється від класичного поняття: зазначено, що необхідність проявляти обережність *може* бути обумовлена вимогами закону. Однак необхідність проявляти обережність *повинна* вимагатися законом, оскільки в протилежному разі поняття вини стає хитким і відкритим для зловживань у судовій практиці. У державі, що дотримується верховенства права, суб'єкти права зобов'язані дотримуватися і підкорятися лише закону. Порушення іншого роду зобов'язань (моральних, релігійних тощо) не повинно приводити до юридичної відповідальності.

²⁶У цьому випадку, в межах положень Законопроекту.

73. Дане положення слід змінити відповідним чином.

74. Визначення у пропонованій частині четвертій Статті 25 того, що обережність може бути обумовлена «інтересами інших осіб» є також сумнівним, оскільки положення не уточнює ані кола самих осіб (чи йдеться, наприклад, про потерпілих?), ані їхніх інтересів. Враховуючи те, що повага до інтересів іншої особи може розглядатися тільки у випадку, якщо закон прямо передбачає такий обов'язок, існує серйозний ризик порушення принципів законності, правової визначеності та верховенства права.

75. Таким чином, ця частина положення повинна бути виключена.

Статті 2-1 – 2-8. Принципи

76. З огляду на найкращі приклади у законодавчих актах, система принципів кримінального права повинна містити лише матеріально-правові принципи, а вони, в свою чергу, повинні формулюватися окремо. До такої системи не повинні належати процесуальні та пенітенціарні принципи, хоча вони можуть бути пов'язані з принципами матеріального права або ж бути їхньою «процесуальною/пенітенціарною версією». Процесуальні/пенітенціарні принципи повинні міститися в інших правових актах, інакше вони можуть поставити під загрозу кримінальну кодифікацію, що матиме негативні наслідки для кримінальної юриспруденції, і нашкодити організації системи кримінально-правових принципів, які повинні превалювати (процесуальні та пенітенціарні принципи похідні від принципів матеріального права).

77. Крім того, принципи матеріального права не повинні дублюватися. Правовий статус окремого принципу не може використовуватися для ілюстрації або задля юридичної сили іншого принципу, чи з метою його обґрунтування. Один і той самий принцип не може формулюватися як два окремі принципи. Принципи – це базові концепції, які слугують орієнтирами судової практики і не можуть формулюватися, наприклад, як рекомендації законодавчому органу для їх використання в законотворчому процесі. Найкраще, коли принципи пріоритезують чи розподіляють у такому порядку, який свідчить про взаємозв'язок, що об'єднує їх в єдину систему.

78. Однак згадані вихідні правила не були повною мірою дотримані в Законопроекті.

79. Так, хоча визначення принципів законності та юридичної визначеності у пропонованій Статті 2-1 однозначно заслуговують на похвалу, положення про те, що «приписи закону про кримінальну відповідальність повинні визначати кримінально каране діяння в чітких і ясних виразах і не підлягають розширювальному тлумаченню» є проблематичним з двох причин.

80. По-перше, необхідність чітких формулювань не є принципом, а лише рекомендацією законодавчому органу, яка може сприяти принципам законності та правової визначеності, але не є жодним із них.
81. По-друге, заборона розширювального тлумачення може завдати шкоди принципу пропорційності й самому принципу законності, що в свою чергу, загрожуватиме обов'язковим стандартам у сфері прав людини. Таке тлумачення не можна забороняти. Натомість розширювальне тлумачення необхідно дозволити, якщо (в інтересах гіпотетичних правопорушників) воно може привести до розширення положень, які запроваджують підстави для декриміналізації/скасування покарання/обрання більш м'якого виду покарання тощо.
82. Принципом має бути визначення в законі злочину та покарання і цей принцип повинен мати чіткіше формулювання, наприклад, спираючись на формулювання в Статті 7 Європейської конвенції.
83. Крім того, принцип законності отримав пріоритет над принципом юридичної визначеності. Принцип юридичної визначеності вимагає, щоб злочин та покарання були прописані в законі (суть принципу законності), але також вимагає стабільного законодавства, яке не зазнає постійних або неузгоджених змін.
84. *Не можна, щоб обидва згаданих принципи визначалися в одному й тому ж положенні, тому його слід змінити відповідним чином.*
85. У пропонованій Статті 2-3, начебто, встановлено принцип вини («nulla poena sine culpa»), тобто «немає покарання без вини»), але тут, власне, йдеться про презумпцію невинуватості, яка не належить до матеріального кримінального права, а є, зазвичай, частиною кримінально-процесуального права. Однак, якщо метою була включити належну концепцію/теорію вини – можливо, у встановленій німецьким законодавством правовій формі («Schuldtheorie») ²⁷ – тоді вона могла б бути закріплена на законодавчому рівні у даному Законопроекті ²⁸. З іншого боку, слід враховувати вищевикладені коментарі з питання кримінальної відповідальності і пропонованої Статті 2.
86. Таким чином, оскільки доопрацювання та додаткові виправлення принципу вини могли б заново порушити цілу низку концептуальних питань і вплинути не тільки на (права) суб'єктів вчинення проступків, але й на (права) суб'єктів

²⁷ Див.: Н.-Н. Jescheck & Т. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 1996, р. 452; С. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2006, § 7, № виноски 46.

²⁸ Див. такі елементи в Статтях 16, 17 і 46 Кримінального кодексу ФРН. Див. також рішення Федерального Верховного Суду Федеративної Республіки Німеччина, № BGHSt 2, 194, 18 березня 1952.

вчинення звичайних кримінальних правопорушень з кримінального матеріального права, *рекомендується не прописувати окремо принцип вини в Законопроекті.*

87. З назви пропонованої Статті 2-4 випливає, що мова йтиме про визначення «принципу справедливості». Однак її перша частина фактично описує «принцип пропорційності», а друга – системну процесуальну концепцію заборони притягнення особи до відповідальності за одне й теж правопорушення двічі (принцип «non bis in idem»).

88. Стосовно формулювання принципу пропорційності зауважень немає, але частина, в якій йдеться про повторне притягнення до кримінальної відповідальності, повинна міститися у Кримінальному процесуальному кодексі²⁹.

89. *Заголовок Статті має бути змінений, щоб відобразити його зміст, а частина, в якій йдеться про заборону подвійної відповідальності, повинна бути вилучена і перенесена до Кримінального процесуального кодексу.*

90. Хоча логічним є, що фізичні особи можуть вчинити кримінальні правопорушення умисно або з необережності, однак пропонований текст Статті 2-6, безумовно, неясний, оскільки покарання представлене як частина кримінальної відповідальності. Крім того, у своїй нинішній редакції положення вказує, хто несе відповідальність, а не за що особа не може притягатися до відповідальності. Якщо положення буде збережене, то в ньому повинно радше йтися про те, що фізична особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення, які вона вчинила навмисно або з необережності. Якщо ж намір полягав у повторенні частини другої Статті 61 Конституції України³⁰, тоді, можливо, було б краще просто скопіювати дане формулювання у Законопроект і, беручи до уваги тлумачення конституційного положення, можливо, додати прямі заборони на об'єктивну відповідальність (незалежно від наявності вини), колективну відповідальність і відповідальність батьків за дії своїх дітей. Однак, сумнівно, чи дійсно існує потреба в цьому

²⁹Що стосується питання «non bis in idem», то тут можна було б уточнити, що конкретно означає дане доповнення: заборону будь-якої «тотожності» чи зовнішньої подібності між визначеними елементами кримінальних проступків та елементами інших (тяжчих) кримінальних правопорушень. Таке рішення могло б мати сенс, якби існував Законопроект про кримінальні проступки, який поєднував би в одному законодавчому акті процесуальні й матеріальні аспекти кримінальних проступків. Однак у нашому випадку Законопроект передбачає трансформацію і модернізацію багатьох наявних адміністративних правопорушень у кримінальні проступки та їх занесення у Кримінальний кодекс. При цьому вони становитимуть лише одну з категорій кримінальних правопорушень. Див., наприклад, справу «Маресті проти Хорватії», № 55759/07, 25 червня 2009 року, пункти. 55-69; справу «Олівейра проти Швейцарії», № 25711/94, 30 липня 1998 року, пункти. 22-29, а також схожу справу «Сергій Золотухін проти Росії», № 14939/03, 10 лютого 2009, особливо пункти 96-97 і 115-122.

³⁰«Юридична відповідальність особи має індивідуальний характер».

положенні, оскільки воно фактично дублює інші – зокрема, частину першу Статті 2 – і не привносить нічого нового у Кримінальний кодекс.

91. *Таким чином, слід переглянути, чи дійсно існує необхідність у збереженні даного положення і, якщо воно все-таки буде збережене, змінити його з урахуванням вищевикладених зауважень.*
92. Хоча і слід підтримувати мету забезпечення гуманного підходу до покарання – «принцип гуманізму», його формулювання в запропонованій Статті 2-7 занадто неясне і змішує цілі покарання з принципом кримінального права.
93. Так, зауваження в першій частині цього положення, що «Кримінальний кодекс України забезпечує охорону людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки як найвищої соціальної цінності», є, власне, вказівкою для законодавчого органу щодо того, як писати закон і як вибрати (відповідно також до принципу крайнього заходу) діяння, які повинні бути визначені як кримінальні правопорушення в цьому Законопроекті, з огляду на захист людини. Така вказівка не може бути положенням кримінального закону і не має жодного відношення до питань матеріального кримінального права. Вона також не спрямована на потенційних злочинців і не допомагає передбачити правові наслідки злочинної поведінки.
94. *Тому слід виключити цю частину положення.*
95. Крім того, в другій частині тексту йдеться про мету (завдання) покарання і вказується на те, що покарання повинні бути гуманними, мати реабілітаційні та профілактичні цілі. Цілком можливо, що таке поєднання (ця друга частина Статті) може залишитися в запропонованій Статті 2-7, але необхідно повторно продумати ієрархію визначених цінностей, а назву положення змінити на «Цілі покарання» або щось подібне, оскільки воно не розглядає принципи. Сумнівно, що цілі покарання повинні йти поряд із загальними принципами, оскільки поняття «покарання» вводиться пізніше в Кримінальному кодексі, та було б більш доречно розглядати всі базові питання покарання разом.
96. *Тому слід внести відповідні поправки до цього положення.*
97. Знову ж таки, запропонована Стаття 2-8 – «Принцип невідворотності кримінальної відповідальності» – не містить жодного принципу, але встановлює практичні наслідки принципу законності. Небезпечно вводити частини одного принципу як окремі принципи, оскільки з цього відразу випливає питання пріоритету і створюється складна система принципів, що може призвести до плутанини в розробці майбутньої судової практики, а не сприяти однорідності тлумачення, яка в цьому випадку цілком необхідна.

98. *Тому слід видалити це положення.*

99. Було б доцільно розширити запропоновану частину третю Статті 4, щоб визначити, коли вважається вчиненою більш складна форма кримінального правопорушення (наприклад, коли виникає результат дії, як передбачено відповідним положенням в Особливій частині, коли припиняється триваюче правопорушення і т.д.).

100. *Тому слід внести відповідні поправки до даного положення.*

Розділ III. Поняття кримінальних правопорушень, їхні види та стадії

101. Запропоновані визначення проступків та злочинів не тягнуть за собою чіткого розмежування між цими двома типами кримінальних правопорушень. Правопорушник відповідно до принципу законності повинен мати можливість передбачити правові наслідки скоєного вчинку. Крім того, правоохоронні органи повинні мати можливість визначити, що вони розслідують на початковому етапі слідства: проступок чи злочин. До того ж, таке розмежування необхідне у тому випадку, коли законодавчий орган приймає рішення про те, як класифікувати будь-які нові запропоновані правопорушення.

102. *Тому задля забезпечення таких результатів у Законопроекті потрібно передбачити надійний критерій диференціації або систему таких критеріїв. Такий критерій може належати до концепції суспільної небезпечності вчинку, що пізніше знаходить власне вираження у суворості накладеного покарання. Механізми і методи створення і використання такої системи критеріїв із законодавчою метою вимагають проведення попередніх кримінологічних, статистичних та інших досліджень, а також проведення експертного оцінювання взаємовідносин між системами запобігання злочинності, кримінальної юстиції та соціальної реінтеграції.*

103. Крім того, визначення, наведені в Примітці, яку запропоновано додати до даного Розділу, є проблематичними у багатьох відношеннях.

104. По-перше, хоча поняття «шкода» стосується наслідків правопорушення, як це передбачено відповідними положеннями Особливої частини, обставини, перелічені в пункті 1 щодо терміну «значна шкода», описують діяння, які в результаті можуть завдати шкоди, а не шкоду як результат. Це зауваження стосується і «наслідків», у визначеннях термінів «тяжкі наслідки» і «особливо тяжкі наслідки» в пунктах 2 і 3.

105. По-друге, неочевидно, чому посилання в пункті 1 на порушення прав і свобод людини у зв'язку зі «значною шкодою» повинно бути обмежено такими правами і свободами, які мають конституційний статус. Звичайно, права і свободи людини, які мають так захищатися, повинні також включати права і свободи, зазначені в угодах, які були ратифіковані Україною.
106. По-третє, вислів «значна матеріальна/майнова шкода» в пункті 1 містить логічне коло, оскільки повторює обидва слова «значна» і «шкода», які прагне визначити, а поняття краще виражене визначенням, наведеним в пункті 4. Крім того, в пункті 5 останнє визначення фактично повторюється без необхідності. Подібні зауваження можна також зробити щодо зв'язку між пунктами 6 і 7 і посиланням на велику та особливо велику матеріальну (майнову) шкоду у визначенні тяжких наслідків в пункті 2. Можливо, цю циклічність у визначеннях вирішено судовою практикою застосування чинних положень Кримінального кодексу, але її існування не полегшує загальне розуміння дії відповідних текстів.
107. По-четверте, якщо «тяжкі наслідки» також включають в себе «особливо тяжкі наслідки», як це зазначено в пункті 2, то введення двох окремих формул для таких наслідків виглядає заплутаним і може ставити під загрозу юридичну визначеність. Звичайно, якщо положення передбачає, що кримінальне правопорушення спричиняє «тяжкі наслідки», а суд встановлює, що це правопорушення також спричинило «особливо тяжкі наслідки», він вважатиме, що правопорушення було вчинено і оцінить особливо тяжкі наслідки як обставину, що обтяжує покарання. Однак, це не розглядається в пункті 3. Крім того, така подвійна класифікація також додасть складності до системи шкоди, натомість немає чіткого уявлення про те, як це поліпшить закон і допоможе судовим рішенням.
108. Інші проблеми з Приміткою стосуються: використання вислову «одній, двом або більше особам» в абзаці другому пункту 1 (посилання на двох осіб видається зайвим); брак чіткого розмежування між заподіянням інфекційного захворювання, яке є «невеликовним» та такого, що є смертельним (перше є тяжким наслідком, друге – особливо тяжким наслідком); невизначеність поняття «зрив виконання бойового завдання» в цілях встановлення «особливо тяжких наслідків» (існують різні бойові завдання, і не всі зриви завдань можна однаково оцінювати).
109. Визначення у пункті 10, що одна розрахункова одиниця для вирахування майнових цінностей та штрафів дорівнює 30 гривням, є непотрібним ускладненням, адже різні положення послуговуються різними одиницями розрахунку. Крім того, оскільки вартість гривні може змінитися, доведеться відповідним чином корегувати вартість майна або розмір штрафу.

110. *Тому слід переглянути пункти в пропонованій Примітці до Розділу III на основі вищезазначених зауважень.*
111. Визначення проступку в частині першій Статті 11-1 відхиляється від загального визначення кримінального правопорушення (правопорушень)³¹, вводячи поняття «протиправне» та «шкідливе». Для цих понять було б більш доречно ввести їх у загальне визначення кримінальних правопорушень таким чином, щоб вони охопили лише загальні характеристики обох видів правопорушень, з більш конкретними визначеннями злочину і проступку, зосереджуючись тоді лише на тому, що відрізняє їх як види правопорушень.
112. Крім того, немає необхідності стверджувати, що обидва види правопорушень були скоєні «суб'єктом».
113. Також незрозуміле питання шкоди для «держави», згадане в першій частині. Чи є тут намір відрегулювати публічне право і порядок? З одного боку, держава іноді осмислюється як така, яка не дуже піддається небезпеці через скоєння проступків, а лише через тяжчі (скоєними) кримінальними правопорушеннями. З іншого боку, як правило, всі кримінальні правопорушення у французькій та інших континентальних системах спрямовані проти держави, і тому кримінальні відносини відбуваються між нею і правопорушником. Оскільки поняття соціальної небезпечності замінюється поняттям винності (принцип вини), залишається відкритим питання про те, як осмислюється «держава». Це питання безпосередньо пов'язане з практичними питаннями, які стосуються судової оцінки того, кваліфікувати діяння як кримінальне правопорушення, чи ні, і потребує уточнення.
114. Крім того, поняття шкоди (можливо, мається на увазі повне вираження принципу шкоди?) у частині першій насправді означає «істотну» шкоду (див. частину другу). Поняття видається плутаним, адже воно визначає істотну шкоду як шкоду, яка не охоплює ні «значну шкоду», ні «тяжкі наслідки» (що є очевидним), і не зазначає, що таке, власне, ця шкода. Було б більш зрозуміло, якби перша та друга частини були поєднані, утворюючи одне визначення.
115. Проте наявна нечітка кримінальна політика в офіційному описі проступків, як таких, що «створюють загрозу заподіяння шкоди особі, суспільству, державі», але за умови, що немає «значної» шкоди, втім, називаючи загрозу значної шкоди як складову другого визначення цих правопорушень. Якщо більшість нових проступків не охоплюють ситуації

³¹Див. особливо статті 11 і 12 Кримінального кодексу.

значної шкоди, це було б пропорційно і гуманно депеналізувати³² її, у значенні вилучення покарання за них у вигляді арешту, тобто, по суті, ув'язнення.

116. *Тому необхідно переглянути Статтю 11-1, враховуючи вищезазначені зауваження.*

Статті 12-1 - 13. Визначення кримінальних правопорушень

117. Запропонована Стаття 12-1 є прикладом непотрібних і суперечливих правових норм. Так, у частині другій цієї Статті зазначено те, що можна прочитати і в частинах п'ятій, шостій та сьомій. Крім того, перша частина містить теоретичне визначення деяких дій суду в кримінальних справах і, здається, не має чіткого адресата і нічого не визначає. Крім того, третя й четверта частини повторюють аспекти принципів індивідуальної відповідальності і пропорційності, і не посилаються на принципи визначення кримінальних правопорушень. Пункт 1 частини п'ятої посилається на аспекти принципу законності та принципу індивідуальної відповідальності. Правовий характер класичних загальних і базових принципів кримінального права не може бути також визначений як принцип чогось іншого. Однак і принципу індивідуальної відповідальності, і принципу пропорційності суперечить частина шоста в тому, що правило «більш вигідного закону» застосовується, тільки якщо відбулися зміни в законі після того, як діяння було скоєно та настали його злочинні наслідки.

118. *Тому існує необхідність забезпечити, щоб не було повторень у цих положеннях і щоб вони узгоджувалися з іншими частинами Законопроекту.*

119. Зазначення у частині сьомій Статті 12-1, що «якщо нормативно-правовий акт іншої галузі законодавства прямо дозволяє вчинення певного діяння, то за таке діяння не може наставати кримінальна відповідальність», є дуже небезпечним і неправильним юридичним твердженням. По-перше, з визначень кримінальних правопорушень, злочинів і проступків випливає, що всі ці види діянь є незаконними, і не потрібно повторювати це знову. Таке повторення спричиняє плутанину. По-друге, це твердження просто не відповідає дійсності. Немає сумніву, що адміністративний акт може бути «законним» у контексті адміністративного права і все ще бути частиною кримінального правопорушення. Те ж саме відноситься до випадків незаконного привласнення, розтрати, відмивання грошей, податкових злочинів та інших видів фінансових і економічних злочинів, де злочинний акт складається з або включає в себе

³² Однак навіть якщо б ув'язнення не було передбачене для всіх або більшості проступків в Законопроекті, вони все одно підпадали б під поняття кримінального обвинувачення для цілей Статті 6§(1) Європейської конвенції; «Відносна несерйозність покарання, що може бути застосоване, [...] не може позбавити правопорушення притаманної йому кримінальної природи», «Озтюрк проти Німеччини», № 8544/79, 21 лютого 1984 р., п. 54.

цивільну й господарську діяльність, яка може бути дійсною з точки зору цивільного і господарського права.

120. *Тому слід виключити це положення.*

121. Заборона на повторне притягнення до кримінальної відповідальності, закріплена в абзаці третьому частини п'ятої Статті 12-1, є, як зазначалося вище, базовим принципом кримінального процесу. Однак він не повинен визначатись як принцип кримінально-правової кваліфікації, що є судовою діяльністю, пов'язаною з правовим визначенням, а не з процесом. Такий підхід створює понятійну плутанину і конфлікти між матеріальним і процесуальним законодавствами, а також перешкоди для раціональної і єдиної судової практики, тим самим перешкоджаючи принципам законності та юридичної визначеності. Крім того, дане положення навіть не визначає точно заборону на повторне притягнення до кримінальної відповідальності. Те, яким чином воно сформульоване («одночасне застосування щодо одного і того ж діяння статей, що передбачені різними книгами цього Кодексу»), передбачає, що неможливо вчинити два або більше різних правопорушень одним і тим самим діянням (випадок ідеальної сукупності злочинів). Таке положення суперечить базовим інститутам кримінального права і не може залишатися в силі в сучасному кримінальному кодексі.

122. *Тому слід виключити абзац третій частини п'ятої Статті 12-1.*

123. Запропонована Стаття 12-2 також повторює попередні положення або містить очевидні зауваження теоретичного характеру. Малоімовірно, що кримінальний суд може коли-небудь переплутати загальну норму зі спеціальною, і навіть тоді така вказівка не підходить для Кримінального кодексу, оскільки не є частиною кримінального права. Вона належить до загальної теорії права. Дане положення також недоречно розташоване. Воно відокремлене від Статті 12-3, яка стосується випадків конфлікту між кількома спеціальними нормами.

124. Також безсумнівно, що – як зазначено в частині другій Статті 12-2 – закінчені кримінальні правопорушення поглинають замах й готування. Однак, навіть якщо є потреба ввести таке положення в писаний закон, воно не є правилом кваліфікації і має бути вміщене в положеннях, пов'язаних із замахом та готуванням.

125. *Тому слід виключити Статтю 12-2.*

126. Запропонована Стаття 12-3 стосується малоімовірних гіпотез. Якщо суб'єкт може скоїти склад правопорушення як з обтяжувальними, так і пом'якшувальними ознаками, вочевидь, наявна законодавча помилка. Немає

навіть теоретичної можливості того, що такі положення суперечать одне одному, оскільки вони є альтернативними за визначенням. Пом'якшене положення завжди має пріоритет, оскільки воно або містить додатковий елемент (пом'якшувальну обставину) або/та не містить одного з декількох елементів обтяженого положення. Однак це питання усталене у правовій теорії та судовій практиці, і, таким чином, його введення в Законопроект викликає питання: що змінилося? яка причина введення? і чи взагалі в майбутньому буде дотримуватися стара практика судового тлумачення?

127. Крім того, частина друга Статті 12-3 містить помилку. По-перше, критерії для правової кваліфікації не містять питання щодо покарань! Кваліфікація стосується елементів правопорушення. Якщо ідея полягала в тому, щоб заохотити суди вибирати найбільш м'який вид покарання, яке задовольнить мету покарання, достатньо і положення у другому реченні частини другої Статті 65. По-друге, одне діяння може кваліфікуватись лише за одним положенням того ж виду правопорушення. Якщо можливо кваліфікувати відповідно до двох спеціальних положень того ж виду злочину, то обидва положення – однакові і відрізняються лише покаранням. Це абсурдно і суперечить принципу встановлення в законі злочинності діяння. За скоєне правопорушення має настати покарання згідно з принципами пропорційності і законності, правилами індивідуалізації і цілями покарання. Суддів не слід підганяти встановлювати найбільш поблажливу міру покарання на рівні кваліфікації.
128. *Тому слід виключити Статтю 12-3.*
129. Спеціальні правила у запропонованій Статті 12-4 стосуються правил кваліфікації та тлумачення закону, які не можна регулювати на законодавчому рівні. Однак Стаття 70 досить чітка з цього питання, і, безсумнівно, охоплює зміст Статті 12-4.
130. *Тому слід виключити Статтю 12-4.*
131. Норма запропонованої частини третьої Статті 13, що «незакінчений проступок (готування до проступку та замах на проступок) не тягне за собою кримінальної відповідальності», є логічним.
132. *Однак було б доречно – з урахуванням наявної частини другої Статті 17 – додати, що правопорушник несе кримінальну відповідальність, якщо готування або замах на вчинення одного проступку будуть кваліфіковані окремо як інший, що відрізняється за типом і є закінченим проступком.*

Розділи VI і VII. Співучасть у кримінальному правопорушенні, Повторність, сукупність кримінальних правопорушень та рецидив злочинів

133. Оскільки запропоновані поправки до Статті 27 стосуються визначень, а не правил, що регулюють відповідальність і покарання, речення «за співучасть у кримінальному проступку кримінальну відповідальність несуть тільки співвиконавці» мало би бути винесене в окреме положення. Замість перенесення, однак, можна змінити визначення термінів «організатор», «підбурювач» та «пособник» у частинах третій, четвертій і п'ятій Статті 27 відповідно, так, щоб вони відносились лише до злочинів.
134. *Тому слід відповідно змінити запропоновані поправки до Статті 27.*
135. «Безпосереднє» вчинення кримінальних правопорушень не є рисою, притаманною організованій злочинності і злочинним підприємствам, де злочини можуть також бути скоєні «опосередковано» (за допомогою іншої людини, що фізично виконує склад злочину, діючи без злочинного наміру, або яка не несе кримінальну відповідальність через вік, неосудність і т.д.).
136. *Тому слід виключити термін «безпосередньо» із запропонованої частини четвертої Статті 28.*
137. Хоча перше речення запропонованої частини першої Статті 33 містить класичне визначення сукупності кримінальних правопорушень, друге речення непотрібне, оскільки воно впливає з положень, пов'язаних із судимістю, реабілітацією і звільненням від відповідальності.
138. *Тому слід обміркувати необхідність збереження другого речення частини першої Статті 33.*

Стаття 49. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності

139. Продовження строку давності, що застосовується до злочину, в результаті вчинення іншого злочину, яке передбачене пропонованою частиною третьою цієї Статті, є досить дивним і обґрунтування такого положення є незрозумілим.
140. *Тому слід переглянути необхідність запропонованої частини третьої.*

Стаття 51 і наступні. Питання покарань

141. Запропонована Стаття 56, як видається, не визначає максимальний термін, протягом якого повинні бути виконані робочі години для громадських робіт³³. Занадто довгий період для виконання може поставити під загрозу ефективність покарання, оскільки це може підірвати цілі перевиховання,

³³ Наприклад, якщо правопорушника засудили до 100 годин виправних робіт (або 25 днів по 4 години на день), незрозуміло, чи потрібно відбути це покарання протягом одного місяця, чи вони може бути відбуте протягом довшого періоду.

виправлення і відшкодування суспільству³⁴. Крім того, як міра покарання, не пов'язана з позбавленням волі, громадські роботи мають на меті впливати на громадян без будь-яких серйозних або постійних злочинних стратегій – вони зазвичай вчиняють легкі злочини і не мають судимості – і для виправлення їм не потрібне довге кримінальне покарання. Надмірна тривалість громадських робіт може також поставити під загрозу принцип мінімального втручання, як він викладений в Мінімальних стандартних правилах ООН для міри покарання, не пов'язаної з позбавленням волі, 1990 рік (Токійські правила)³⁵.

142. Крім того, загальна тривалість будь-якого покарання, яке повинно бути виконано протягом певного терміну, є основним елементом змісту покарання. Залишення визначення загальної тривалості соціальних робіт на розсуд судів без юридично встановлених максимальних термінів відбування покарання є відхиленням від вимог Статті 7 Європейської конвенції стосовно того, що всі аспекти покарання повинні бути визначені законом, щоб покарання для обвинуваченого було передбачуваним і щоб запобігти втручання органів, які виконують покарання, у його зміст. Стаття 7 не забороняє поступове роз'яснення законів за допомогою судових рішень³⁶, але якщо максимальний термін покарання не визначений, дуже сумнівно, чи можна заповнити прогалину шляхом тлумачення.

143. *Тому до Статті 56, за умови її збереження, слід включити максимальний період, протягом якого мають бути виконані різні вироків з призначенням покарання у вигляді громадських робіт.*

144. Проблематичним є положення в запропонованих Статтях 56 і 57 у їхньому поточному вигляді щодо громадських та виправних робіт як міри покарання. Їх використання, звичайно, не узгоджується з передовою практикою Європи. За великим рахунком, вони суперечать забороні на примусову працю в Статті 2 Конвенції про примусову чи обов'язкову працю Міжнародної організації праці, Статті 4 Європейської конвенції і Статті 8 Міжнародного пакту, оскільки їх характер як окремої міри покарання означає, що вони не підпадають під винятки, дозволені для робіт, які виконують у звичайному ході позбавлення волі.

³⁴Наприклад, можуть з'явитися нові обставини, які впливатимуть на доцільність вироку; фактичний вплив на повсякденне життя засудженої людини може стати мінімальним або занадто важким; засуджений зберігає статус особи, яка перебуває під вирок, довше, що включає також правові наслідки у випадку вчинення іншого злочину; може бути ускладнена ресоціалізація або повторне працевлаштування; і т.д.

³⁵Стаття 2(6): «Міру, не пов'язану з позбавленням волі, потрібно використовувати відповідно до принципу мінімального втручання»

³⁶Дивись, наприклад, рішення Європейського суду «Коккінакіс проти Греції», № 14307/88, 25 травня 1993 р.; «Ашур проти Франції», № 67335/01, 29 березня 2006р.; «Ходорковський проти Росії», № 5829/04, 31 травня 2011 р.; «Сорос проти Франції», № 50425/06, 6 жовтня 2011р.; та «Веренцов проти України», № 20372/11, 11 квітня 2013 р.

145. Крім того, положення щодо виправних робіт поміщає правопорушників, які мають стабільні робочі місця, в гірше становище, ніж нестабільних працівників, і немає жодних причин ділити покарання на три ступені залежно від його тривалості.
146. З метою відповідності Європейській конвенції та Міжнародному пакту у питанні створення громадських або виправних робіт повинен існувати певний зв'язок між покаранням та засудженням до позбавлення волі. Цього можна досягти, наприклад, шляхом бажання засудженої особи прийняти накладення на себе покарання у вигляді громадських або виправних робіт замість ув'язнення, оскільки згодом це буде успішно застосовано як умова для звільнення, крім того, повернення до в'язниці буде можливим за умови невиконання зобов'язання стосовно виконання громадських або виправних робіт. Крім того, можна обміркувати й інші підходи.
147. *Тому слід або виключити покарання у вигляді громадських або виправних робіт, або переглянути їх таким чином, щоб їх застосування відповідало забороні примусової праці.*
148. Немає також жодних причин ділити покарання у вигляді службових обмежень та арешту – згідно із запропонованими Статтями 58 і 60 відповідно – на три ступені залежно від їхньої тривалості. Ці ступені не пов'язані з категоріями злочинів і такі внутрішні класифікації створюють непотрібні ускладнення та обмежують судовий розсуд в процесі індивідуалізації покарання. Такий поділ також створює ризики нестабільної і несправедливої судової практики, оскільки можуть відрізнятися робочі місця і заробітні плати різних правопорушників, що вчинили ідентичні правопорушення. Вони не пов'язані з типом і ступенем тяжкості правопорушення, але можуть вплинути на тяжкість покарання і створити невинуваті відмінності в статусі правопорушника перед кримінальним правом³⁷.
149. *Тому слід виключити поділ покарання на три ступені в Статтях 58 і 60.*
150. Незважаючи на те, що запропонована частина третя Статті 63 зазначає, що позбавлення волі може накладатися на особу, яка вчинила нетяжкий злочин і не має попередніх судимостей, якщо злочин має насильницький характер або вчинений із корисливих мотивів, або за інших, безпосередньо передбачених законом, обставин, вона відхиляється від аналогічно сформульованих положень (наприклад, частини четвертої Статті 60), оскільки не містить слова «виняткових» («у виняткових випадках»). Виглядає так, що немає жодної

³⁷ Такі внутрішні поділи застосовуються у датській системі. Проте у зв'язку з особливостями її не варто застосовувати як приклад.

видимої причини не давати вказівки судам призначати покарання у вигляді позбавлення волі в «виняткових» випадках насильницьких, вчинених із корисливих мотивів, і т.д. перших злочинах невеликої тяжкості. Його включення може привести положення у відповідність з метою Законопроекту про заохочення застосування покарань, пов'язаних із позбавленням волі, лише в якості крайнього заходу.

151. *Слід відповідним чином змінити частину третю Статті 63.*
152. Запропонована Стаття 65 має назву «Загальні засади призначення покарання», хоча насправді відноситься до правил індивідуалізації покарань, а не засад.
153. *Таким чином, це положення слід перейменувати, щоб назва відповідала змісту.*
154. Крім того, частина змісту цієї Статті незрозуміла й непотрібна. Зокрема, тоді як пункт 2 частини першої становить аспект принципу законності, а не правило/засаду індивідуалізації, частини третя та четверта містять посилання на інші положення і не мають свого власного предмета регулювання. Водночас, частина п'ята створює невизначеність щодо того, яке має бути покарання у разі угоди про примирення або про визнання винуватості, оскільки, як видається, суд зобов'язаний призначити будь-яке покарання, узгоджене сторонами, не маючи суттєвих повноважень коригувати чи відхилити його. Однак будь-яка угода щодо покарання має відповідати загальним вимогам законодавства, включно з правилами індивідуалізації.
155. До того ж, третє речення запропонованої частини другої Статті 65 містить аналітичне спостереження, підхоже для правового дослідження, а не положення закону. Воно також створює нерозв'язну плутанину щодо того, що саме становить найменш суворе покарання в національній системі, та суперечить остаточним правовим положенням статей 51 і 98, які містять переліки покарань і однозначно стверджують, що з-поміж них штрафи становлять найменш суворе покарання.
156. *Таким чином, запропоновану Статтю 65 слід переглянути, зваживши на ці проблеми.*

Статті 66–70. Обставини, які пом'якшують покарання

157. Деякі з пом'якшувальних обставин, зазначених у наявній Статті 66, сформульовані занадто вузько або становлять не такі обставини, а підстави для обмеження відповідальності.

158. Наприклад, добровільне відшкодування відповідно до пункту 2 частини першої може бути підставою для звільнення від відповідальності, але коли йдеться про пом'якшувальну обставину, немає значення, чому правопорушник відшкодував збитки, добровільно чи ні. Дійсно, вимога щодо добровільності може знеохотити деяких правопорушників, які, наприклад, діють за порадою адвоката або з кількох мотивів.
159. До того ж, саме відшкодування може бути сформульоване дещо ширше, щоб також включити до себе випадки, коли правопорушник надав достатні гарантії майбутньої виплати (якщо, наприклад, правопорушник не має достатньо грошей, або сума збитку неясна й підлягає визначенню в судовому порядку тощо). Зокрема, слід уточнити термін, до якого має відбутися така поведінка постфактум, чи це початок/закінчення судового розгляду в першій інстанції, чи інший момент. Зазвичай, це час закриття судового розгляду в першій інстанції.
160. Крім того, вік правопорушника може бути пом'якшувальною обставиною лише тоді, коли це не становить підставу для обмеження відповідальності. Вік менш ніж 16 років є підставою для обмеження відповідальності. Однак вік менш ніж 20 років, як правило, вважається пом'якшувальною обставиною. Неповноліття злочинця на момент вчинення правопорушення зазвичай становить пом'якшувальну обставину, якщо він/вона до моменту винесення вироку досяг(ла) повноліття.
161. Крім того, посилення на вчинення правопорушення жінкою в стані вагітності потребує деяких уточнень: чи становить вагітність пом'якшувальну обставину, якщо вона виникла після вчинення відповідного діяння, але до винесення вироку? Це має бути вирішене однозначно. Це однаковою мірою стосується й раннього материнства (дитина віком до року або на грудному вигодовуванні). Положення має уточнити, чи наявність вагітності або маленьких дітей релевантне для моменту вчинення правопорушення, чи ж для моменту винесення вироку відповідній правопорушниці, чи в обох випадках. Врегулювання цього питання перш за все потрібне в інтересах дитини, а не матері.
162. Далі, хоча правильним є вилучення можливості пом'якшення у зв'язку з «неправомірними або аморальними діями потерпілого», оскільки таке формулювання створює ризики певного виправдання правопорушенням, що включають сексуальне насильство, недостатньо ясно, яка мета внесення в пункт 7 частини першої натомість «систематичного жорстокого поводження з боку потерпілого». Необхідно, зокрема, визначити підстави для визнання тієї чи іншої поведінки «жорстоким поводженням».

163. *Отже, пропоновані зміни до Статті 66 слід переглянути з огляду на ці проблеми.*
164. Було б доцільніше передбачити в пропонованій Статті 70 окремі режими: для сукупності злочинів і сукупності злочинів та проступків, відповідно. Хоча в обох ситуаціях є як мінімум один злочин, ці два види сукупностей правопорушень можуть мати досить різні ступені тяжкості. Так, якщо справа стосується якогось проступку й злочину невеликої тяжкості, ситуація буде дуже близька до сукупності проступків. Крім того, сукупність злочинів зазвичай вказує на дуже відмінну характеристику правопорушників у порівнянні з тими, хто вчиняє сукупність злочинів і проступків, і, отже, ці дві ситуації потребують різних рішень.
165. До того ж, положення частини другої Статті 70, що дозволяє судам призначати остаточне сукупне покарання в межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині, у випадках, коли принаймні один зі злочинів є умисний тяжкий або особливо тяжкий, недоцільне.
166. По-перше, такий варіант не має передбачатися і для умисних тяжких, і для особливо тяжких злочинів, оскільки, з огляду на різницю в кримінальному й кримінологічному характері, особи, що їх вчинили, по-різному реагують на кримінальне покарання. Отже, для того, щоб наявність обох видів злочинів у цьому положенні була переконлива, потрібно більше причин.
167. По-друге, такий підхід може бути небезпечний, оскільки може мотивувати злочинця до вчинення нових злочинів.
168. Більш розумний підхід може полягати в тому, щоб вставити в текст додаткові обмеження, наприклад, дозволити суду перевищувати сукупне покарання, але за умови, що він не може призначити покарання, яке перевищує суму окремих покарань за кримінальні правопорушення, що складають сукупність, і з вимогою до нього обґрунтувати це покарання, довівши, що більш м'яке покарання не досягне своїх цілей (тобто злочинець надзвичайно небезпечний і його важко виправити). Без цих двох вимог судовий розсуд може призвести до порушень принципу пропорційності та Статті 3 Європейської конвенції, а також до неоднорідної судової практики. Закордонний досвід показує, що кожного разу, коли суди мають можливість призначити більш серйозні покарання без обґрунтування, зазвичай вони так і роблять, що спричинює статистичне збільшення кількості менш караних кримінальних правопорушень. Це суперечить меті Законопроекту, яка полягає в тому, щоб істотно знизити рівень злочинів та встановити покарання у вигляді позбавлення волі фактично як заходи крайньої міри.

169. *Таким чином, пропоновану Статтю 70 слід переглянути, зваживши на ці проблеми.*

Стаття 74. Звільнення від покарання та його відбування

170. Наявна Стаття 74 стосується концепції (інституту) Загальної частини, а саме, інструменту індивідуалізації відповідальності після засудження, що більшою мірою залежить від особистої реакції злочинця на наслідки своєї злочинної поведінки, ніж від тяжкості правопорушення. Однак обмеження сфери застосування пропонованої частини четвертої Статті 74 нетяжкими злочинами виглядає незрозуміло. Без сумніву, пропонований підхід є більш жорстким, ніж у варіанті тексту, що застосовується тепер, і ця зміна не узгоджується з метою гуманізації Кримінального кодексу.

171. Крім того, виключення усіх корупційних злочинів зі сфери дії цього положення здатне підірвати можливості з укладення угод про визнання винуватості з тими підозрюваними в цих справах, які бажали би співпрацювати з правоохоронними органами й надати докази про серйозну корупцію, оскільки для цього в них буде відсутній достатній стимул. Це виключення також потенційне несумісне з вимогою про рівне поводження з правопорушниками відповідно до Протоколу № 12 до Європейської конвенції.

172. *Отже, це положення слід відповідним чином переглянути.*

Стаття 75. Звільнення від відбування покарання з випробуванням

173. Вимога у пропонованій частині першій Статті 75 про те, що особа має визнати свою вину, щоб скористатися можливістю звільнення від відбування покарання з випробуванням, обмежує сферу дії цього положення й створює ризики формального визнання провини. Розумно припустити, що це положення призначене головним чином для випадкових правопорушників, яким не є необхідним відбувати реальне покарання для того, щоб виправитися, і які зазвичай розкаються у скоєному. Його не слід перетворювати на привілей за процесуальну поведінку (визнання провини), і такі вимоги не слід нав'язувати правопорушникам. Звичайно, характер правопорушення і правопорушника не залежать від такої процесуальної поведінки. Особі потрібно надати право мовчати чи заявляти про свою невинуватість, і все ж таки мати можливість отримати перевагу з того, що вчинене правопорушення не створює потреби в реальному відбуванні покарання. Судова оцінка пов'язана з цілями покарання і його пропорційністю і становить оцінку по суті справи. Вона не має залежати від формальних фактів, не пов'язаних із характером правопорушення й ризиком рецидиву з боку правопорушника.

174. До того ж, виключення всіх корупційних злочинів зі сфери дії цього положення є проблематичним з причин, що вже зазначалися вище.³⁸ Крім того, це суперечить меті покарання та принципу пропорційності. Якщо людина відповідає умовам звільнення на випробувальний термін, немає жодного правового обґрунтування продовження чинного виконання покарання. Крім того, такий розвиток справи може суперечити статті 3 Європейської конвенції. До того ж, запропоноване виключення буде також неефективним у випадку, коли все ще існуватиме можливість виправдати обвинувачену особу.

175. *Отже, збереження цієї запропонованої вимоги має бути переглянута.*

Стаття 80. Звільнення від відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності виконання обвинувального вироку

176. Незрозумілими видаються причини, що лежать в основі частини четвертої Статті 80, яка передбачає, що перебіг давності переривається, якщо до закінчення строків, зазначених у частинах першій та третій цієї Статті, засуджений вчинить новий злочин. Обчислення давності для кожного правопорушення має починатися в день, коли було вчинено правопорушення, і завершуватися незалежно від давності інших правопорушень.

177. *Отже, потрібно надати розумне пояснення цьому положенню.*

178. На додачу, виключення всіх корупційних злочинів зі сфери дії цього положення є проблематичним з причин, що вже зазначалися вище.³⁹

179. *Відтак, ці запропоновані положення слід вилучити.*

Стаття 86. Амністія

180. Запропонована частина четверта Статті 86 обмежує сферу застосування амністії у випадках корупційних злочинів. Однак такий підхід створює ризики по відношенню до юридичної визначеності, законності та рівності перед законом. Що станеться, якщо буде впроваджений такий закон про амністію? Чи буде амністія «незаконною»? Який закон підлягатиме застосування – Кримінальний кодекс чи Закон «Про амністію»? Таке положення обмежує конституційні повноваження законодавчого органу оголошувати амністію і є як недоцільним, так і неконституційним. Немає і практичної потреби в ньому. Якщо політика держави – відмовляти в амністії суб'єктам певних злочинів, не обов'язково прямо прописувати таку політику в положення кримінального законодавства. Також, чому тільки корупційні злочини? Чому не особливо тяжкі злочини? Що станеться, якщо корупційний злочин буде декриміналізований після того, як особу було засуджено? Виглядає на те, що забагато питань постає

³⁸ У п. 171 вище.

³⁹ Вище.

з цього положення, яке, власне, і не вирішує жодної юридичної проблеми. Крім того, Протокол № 12 до Конвенції підлягатиме застосуванню в цьому випадку, оскільки немає ясної (законної) підстави застосовувати такий дискримінаційний підхід (оцінка могла б бути іншою, якби заборона на амністію стосувалася особливо тяжких кримінальних правопорушень).

181. *Таким чином, слід розглянути можливість видалення цього положення.*

Стаття 91. Зняття судимості

182. Незрозуміло, які цілі переслідує додавання запропонованої частини 1.1, адже виглядає на те, що вона охоплює саме той момент, на який спрямована наявна частина друга.

183. *Відповідно, слід з'ясувати необхідність збереження пропонованого положення.*

Положення, що стосуються неповнолітніх

184. Хоча запропонована частина перша Статті 97 дозволяє звільнити від кримінальної відповідальності неповнолітніх, які вчинили проступки, положення, що вона замінює, передбачало таке звільнення й за необережний злочин середньої тяжкості. До останніх належать злочини, які технічно є тяжкими, але участь у них неповнолітніх становить поведінку середньої тяжкості. Було б краще зберегти поріг «середньої тяжкості» та скасувати відповідальність за проступки. Безумовно, суди повинні мати свободу розсуду для оцінки небезпеки поведінки конкретних осіб і не лише за формальними категоріями, особливо коли правопорушник такий молодий.

185. *Отже, це запропоноване положення слід відповідним чином переглянути.*

186. Крім того, низка покарань, що можуть визначатися дітям, вкрай недоцільні як заходи із виправлення їхньої злочинної поведінки.

187. По-перше, оскільки неповнолітні, як правило, не мають власних доходів чи майна і не працюють, їх не слід штрафувати. Слід зазначити, що Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи CM/Rec(2008)11 щодо європейських правил стосовно неповнолітніх правопорушників, які підлягають призначенню санкцій чи заходів, вимагає, щоб санкції чи заходи до неповнолітніх правопорушників, а також спосіб їхнього застосування, визначалися законом і базувалися на принципах соціальної інтеграції та освіти⁴⁰ з пріоритетністю заходів, які мають виховний вплив та спрямовані на

⁴⁰ Стаття 2.

профілактику рецидиву вчинення правопорушень неповнолітніми.⁴¹ До того ж, «права неповнолітніх на особисті блага, такі як освіта, професійна підготовка, охорона фізичного та психічного здоров'я, особиста безпека та соціальний захист, не повинні обмежуватись через призначення і застосування санкцій та заходів».⁴²

188. Навіть якщо неповнолітній і володіє фінансовими ресурсами, вони зі зрозумілих причин не можуть дорівнювати фінансовим можливостям дорослих. Неповнолітній ніколи ані фінансово, ані економічно не може дорівнювати дорослому у разі зменшення майна, але набагато більш уразливий, оскільки фінансові втрати важче заповнити, що може поставити під загрозу його розвиток.

189. Крім того, Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи CM/Rec(2003)20 про нові підходи до злочинності серед неповнолітніх та про значення правосуддя у справах неповнолітніх передбачає, що санкції мають краще відбивати вік і зрілість правопорушника й відповідати його рівню розвитку, а кримінально-правові заходи мають застосовуватися пропорційно до підвищення індивідуальної відповідальності. Згідно з цією Рекомендацією, суди повинні мати достатній ступінь свободи розсуду, щоб враховувати інтереси неповнолітнього, тяжкість вчинених правопорушень, вік, фізичне і психічне здоров'я, розвиток, можливості та особисті обставини. Ці висновки й спостереження не покладаються на законодавчі ініціативи з введення спеціального режиму для сплати штрафів неповнолітніми.

190. Проблеми, що породжує застосування штрафів до неповнолітніх, посилюються запропонованою частиною другою Статті 99, яка передбачає нижчий розмір штрафної ставки для неповнолітніх правопорушників без самостійного доходу або одержувачів соціальних пільг. Це положення дуже необґрунтоване, не кажучи вже про його жорстокість, і прямо суперечить міжнародним стандартам, розглянутим у попередньому пункті. Зокрема, воно впливає на дохід від аліментів, потрібний для виживання дитини, яка ще не досягла працездатного віку та нездатна самостійно отримувати трудовий дохід. Вилучені кошти жодним чином не належать засудженій дитині, а становлять приватну власність третіх осіб чи державні кошти. Необґрунтовано вважати, нібито штраф, стягнутий таким чином, може якимось позитивно впливати на мораль або поведінку дитини. Фактично, накладення штрафу, швидше за все, створить умови для того, щоб неповнолітній продовжував свою злочинну поведінку задля виживання.

⁴¹ Стаття 3(2).

⁴² Стаття 28

191. Положення у запропонованих частинах третій і четвертій Статті 99 про заміну грошового покарання іншими покараннями теж проблематичне. Це тягне за собою перетворення більш м'якого покарання («штраф») на більш тяжке («виправні роботи»). Це може спричинити негативний виправний вплив на дітей меншого і навіть трохи більшого віку, ніж вік працездатності, які не мають трудового досвіду.
192. *Таким чином, положення, що дозволяють накладення штрафів на неповнолітніх, слід виключити, як і ті, що допускають заміну штрафів на інші покарання.*
193. По-друге, хоча пропонована частина друга Статті 57 забороняє застосування виправних робіт як покарання до злочинців молодших за 16 років, їхнє застосування до осіб молодших (чи й старших) за 18 років у її чинному формулюванні, як уже зазначалося, суперечить європейським і міжнародним стандартам.⁴³
194. *Таким чином, це покарання не слід залишати як для неповнолітніх, так і для дорослих без дотримання вимог заборони щодо примусової праці.*
195. По-третє, виникає суперечність між положенням пропонованої Статті 60 про те, що «арешт не застосовується до осіб віком до шістнадцяти років», та безумовним дозволом у Статті 98 на призначення цього покарання до неповнолітніх. Однак цю суперечність можна розв'язати у спосіб, яким арешт визначено у Статті 101, що передбачає «тримання неповнолітнього, який на момент постановлення вироку досяг шістнадцяти років».
196. *Тому доцільно було б в прямій формі обумовити вікові обмеження в Статті 98.*
197. По-четверте, останні речення частин першої та другої запропонованої Статті 98 передбачають можливість того, щоб до неповнолітніх, визнаних винними у вчиненні злочину чи проступку, застосовувалися «додаткові покарання у вигляді штрафу та позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю». Проте видається недоцільним мати цю норму, незалежно від виду вчиненого правопорушення, і, зокрема, дозволяти застосування додаткових покарань до неповнолітніх осіб, які вчинили проступки.
198. *Таким чином, відповідні речення слід виключити.*

⁴³ Див. п. 144-146 вище.

Д. Кримінальний кодекс України: Особлива частина

199. Є низка запропонованих нових або змінених наявних правопорушень, які потребують деяких коментарів.

Статті 126, 127, 365 та 365-1. Каткування та перевищення влади

200. Наявним елементам правопорушення, описаного Статтею 127, і запропонованим змінам до статей 126 і 365 бракує специфічних особливостей, потрібних для дотримання положень Статті 4.1 разом зі Статтею 1.1 Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження і покарання,⁴⁴ а також прецедентної практики Європейського суду,⁴⁵ які вимагають криміналізації всіх елементів катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поведження і покарання.

201. Крім того, наявність трьох різних положень, що стосуються взятих Україною зобов'язань, може спричинити неузгодженість у підходах до кримінального переслідування у схожих випадках жорстокого поведження.

202. *Отже, ці елементи слід переформулювати в єдине всеосяжне положення.*

203. До того ж, покарання, передбачені запропонованими Статтями 126 і 365, видаються надмірно м'якими.⁴⁶ Крім того, не пропонуються положення, які встановлювали б обтяжу вальні обставини (наприклад, вчинення службовою особою, або завдання тяжких тілесних ушкоджень, або такі, що спричинили смерть), що потребували б ще суворіших покарань.⁴⁷

204. До того ж, відсутні положення, що кваліфікують як правопорушення та встановлюють покарання у разі, якщо службові особи не дозволяють Уповноваженому з прав людини, депутатам Верховної Ради та учасникам Національного превентивного механізму інспектувати місця несвободи

⁴⁴ Див. п. 8 ч. III Зауваження загального порядку № 2 (Імплементация статті 2 державами-членами) до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження і покарання: «Держави-сторони повинні визнати катування злочином, що карається у відповідності до їхнього кримінального законодавства за наявності, як мінімум, ознак катування, визначених у Статті 1 Конвенції, та у відповідності до вимог Статті 4» (курсив наш).

⁴⁵ Див., наприклад, рішення у справі «Мюмюн проти Болгарії», № 67258/13, 3 листопада 2015 р.

⁴⁶ Див., наприклад, § 72 рішення у справі «Валеріу та Ніколае Рошка проти Молдови», № 41704/02, 20 жовтня 2009 р.

⁴⁷ Порівняйте з уточненням у частині другій статті 126 про те, що вчинення забороненого діяння «у зв'язку з виконанням... службового, професійного або громадського обов'язку» становить обтяжу вальну обставину.

відповідно до зобов'язань за Факультативним протоколом до Конвенції проти катувань.

205. *Таким чином, існує потреба в перегляді зазначених вище положень для вирішення цих проблем.*

Стаття 128-1. Порушення правил тримання домашніх тварин

206. Нова Стаття 128, здається, обіймає проміжне місце між звичайним кримінальним правопорушенням і новим типом правопорушення – проступками. Однак із частини другої досить неясно, про що саме йдеться в посиланні в обтяженому положенні на діяння, вчинене «щодо неповнолітнього або щодо вагітної жінки».

207. *Отже, існує потреба в чіткішому формулюванні цього положення.*

Стаття 142. Незаконне проведення дослідів над людиною

208. Окремі елементи, що становлять цей пропонований злочин, чітко не зазначені, а є лише констатація того, що проведення трьох типів дослідів мусить бути незаконним. Було б доречно навести додаткові елементи цього злочину, дотримуючись «взірців», наприклад, із запропонованої частини другої Статті 143 та (або) частини першої Статті 145.

209. Крім того, покарання, передбачені частинами першою та другою, виглядають непропорційно м'якими.

210. *Таким чином, існує потреба в деталізації елементів пропонованого злочину та в перегляді достатності пропонованого покарання за його вчинення.*

Стаття 154. Примушування до вступу в статевий зв'язок

211. Посилання на «статевий зв'язок природним або неприродним способом» у частині першій Статті 154 так само могло би становити посилання на «будь-який статевий зв'язок», щоб уникнути непотрібних дебатів щодо того, чи є конкретне діяння «природне» або «неприродне», особливо з огляду на те, що ця різниця не суттєва для покарання, що може бути призначене.

212. До того ж, покарання, передбачені обома частинами цього положення, здаються необґрунтовано м'якими й можуть суперечити Статті 3 Європейської конвенції.⁴⁸

213. *Отже, існує потреба у внесенні змін до цього положення з огляду на ці проблеми.*

⁴⁸ Див., наприклад, рішення у справі «Оккалі проти Туреччини», № 52067/99, 17 жовтня 2006 р., «Гефрен проти Німеччини» [ВП], № 22978/05, 1 червня 2010 р. і «Аустріяну проти Румунії», № 16117/02, 12 лютого 2013 р.

Стаття 161. Порушення рівноправності людини залежно від расової, національної належності або релігійних переконань

214. Заголовок цього положення більш вузький, ніж усі охоплені цим положенням порушення рівноправності.

215. Бракує точності в тому, що саме розуміється під «тяжкими наслідками», зазначеними у частині третій.

216. *Отже, існує потреба у перегляді цього положення з огляду на ці проблеми.*

Стаття 173. Грубе порушення угоди про працю

217. Бракує визначеності щодо того, що саме може вважатися «грубим порушенням угоди про працю», крім «незаконного звільнення». Ці поняття можуть вже бути визначені в цивільному законодавстві, але неясно, чи підхід, якого дотримуються в ньому, автоматично визначатиме, як саме слід застосовувати це положення.

218. *Таким чином, потрібно забезпечити, щоб зміст цих двох понять був ясний на практиці, або детальніше розкрити їх у цьому положенні.*

Стаття 175. Невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат

219. Елементу «безпідставна невивплата заробітної плати» бракує точності, і він більше схожий на поняття із цивільного законодавства (і може залишатися таким, якщо детальне уточнення елементів цього кримінального правопорушення неможливе).

220. *Таким чином, потрібно забезпечити, щоб сенс «безпідставної невивплати» був ясний на практиці, або детальніше розкрити таке поняття в цьому положенні.*

Стаття 182. Порушення недоторканності приватного життя

221. Чинне положення, як виглядає, передбачає загальний захист приватного життя (як приватних даних, так і конфіденційної/закритої інформації). Натомість, запропонована редакція передбачатиме захист лише щодо стеження чи фізичного переслідування. Крім того, термін «систематичне» по відношенню до стеження є неясним.

222. *Було б доречніше зберегти чинну Статтю 182 і додати іншу Статтю, яка передбачала б чітку заборону як «справжнього», так і електронного сталкінгу (переслідування).*

Стаття 192. Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою

223. Оскільки одна з ознак злочину пов'язана з «відсутністю ознак шахрайства», незрозуміло, як само інша ознака має становити «обман».

224. *Отже, існує потреба в чіткішому визначенні меж цього правопорушення.*

Статті 245 і 246. Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу, незаконна порубка лісу

225. Формулювання пропонованих положень справляє враження можливого порушення заборони на притягнення до кримінальної відповідальності двічі за те саме діяння через те, що елемент «пошкодження лісових масивів» у частині першій Статті 245, очевидно, також охоплює «незаконну порубку» в частині першій Статті 246.

226. *Таким чином, існує потреба у перегляді цих двох положень, щоб упевнитися, що їхнє формулювання дійсно вимагає утворення двох окремих правопорушень.*

Стаття 255-1. Створення організованої групи або участь у ній

227. У частині першій після слова «злочинів» слід вставити фразу «передбачених цим Кодексом», щоб задовольнити принципи юридичної визначеності та законності.

Стаття 258-3. Створення терористичної групи чи терористичної організації

228. Змінити наявне положення в Статті 258-3 Кримінального кодексу не пропонується, і, отже, її формулювання не враховує деякі важливі й актуальні нові моменти, що відображені в Додатковому протоколі 2015 року до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму,⁴⁹ зокрема, стосовно іноземних бойовиків-терористів.⁵⁰

229. *Таким чином, слід розглянути можливість розширення цього положення з огляду на положення Додаткового протоколу.*

Стаття 294. Масові заворушення

230. Зміст цього пропонованого положення дещо схожий із тим, що міститься в положеннях про хуліганство у пропонованих Статтях 296 і 563, отже, існує ризик дублювання і, таким чином, притягнення до кримінальної відповідальності двічі за те саме діяння.⁵¹

⁴⁹ CETS № 217. Україна підписала 28 жовтня 2015 року, але ще не ратифікувала.

⁵⁰ Особливо в статтях 3 (Навчання тероризму), 4 (Поїздки за кордон з метою тероризму) і 6 (Організація або інше сприяння поїздкам за кордон з метою тероризму). Див. також Резолюцію Ради Безпеки ООН 2178 (2014) від 24 вересня 2014 р.

⁵¹ Обговорюється далі. Див. пункти 233-239 і 247-252.

231. Крім того, формулювання першої частини справляє враження, що суворі відповідальність передбачається і в разі, якщо масові заворушення виникають під час законних демонстрацій без жодних намірів і зусиль для цього.

232. *Потрібно, отже, з'ясувати, чи такі побоювання обґрунтовані, і, якщо це так, усунути їх через перегляд цього положення.*

Стаття 296. Хуліганство

233. Пропоноване правопорушення проблематичне з низки міркувань.

234. По-перше, відсутність чіткості в наведеному в частині першій описі порушення громадського порядку в тому, що неясно, чи посилення на «тривале і вперте знущання над особою, яка перебуває у безпорадному стані, або над дитиною, вагітною жінкою чи особою похилого віку» стосується знущання з інвалідності особи чи якихось інших характеристик.

235. По-друге, елемент, що стосується «іншого винятково цинічного прояву безсоромності в публічному місці», здається, становить аналогію закону і як такий суперечить принципу законності у сфері кримінального судочинства й принципу правової визначеності.⁵² Він також не враховує здійснення права на свободу вираження поглядів за Статтею 10 Європейської конвенції.

236. По-третє, елемент, пов'язаний із «тривалим (понад годину) порушенням спокою людей чи нормальної роботи підприємства, установи чи організації», не враховує права на свободу вираження поглядів, гарантованого Статтею 10 Європейської конвенції, а також права на свободу зібрань згідно зі Статтею 11.⁵³

237. По-четверте, визначення та розмежування покарань відповідно до частини першої виглядає занадто непропорційним: з одного боку, призначають грошовий штраф, а з другого – досить суворі покарання у вигляді позбавлення волі.

238. Нарешті, причинно-наслідковий зв'язок у частині другій між забороненими діями й встановленими покараннями неясний і, ймовірно, непропорційний, оскільки відсутня вимога щодо загрози безпеці руху залізничного, морського, річкового, повітряного або громадського транспорту, отже принципу крайнього заходу не дотримано.

⁵² Щодо «якості закону» див. також рішення № 3-4-1-3-97 Судової колегії конституційного нагляду Верховного суду Естонії від 6 жовтня 1997 р. стосовно елементів адміністративних правопорушень. Див. також §§ 38-42 і 49-55 рішення у справі «Швидка проти України» № 17888/12, 30 жовтня 2014 р.

⁵³ Щодо захисту свободи вираження поглядів у справах про хуліганство див. рішення у справі «Чолаков проти Болгарії», № 20147/06, 1 жовтня 2013 р., особливо §§ 27–36.

239. *Таким чином, існує необхідність у перегляді цього положення, зважаючи на ці питання.*

Стаття 370. Провокація підкупу

240. Пропонована частина друга Примітки, що буде додана до цієї Статті, зокрема «проведення в порядку, передбаченому законом, перевірки на добросовісність особи – суб'єкта відповідальності за корупційні злочини», як виглядає, дозволить занадто широке виправдання дій державних службовців. Так, це дозволить систематичні провокування, практично без обмежувальних правил і без чіткого зв'язку з правилами кримінального процесу. Як наслідок, не можна буде оцінити відповідність Статті 6 Європейської конвенції.

241. *Буде доцільним не зберігати цю частину пропонованої Примітки.*

Стаття 375. Постановлення (ухвалення) суддею незаконного або необґрунтованого судового рішення

242. Покарання суддів за навмисні дії, пов'язані з виконанням їхніх функцій, такі як отримання хабарів, не обов'язково суперечить вимозі незалежності за Статтею 6 Європейської конвенції. У той же час потрібно брати до уваги настанови, що впливають із Рекомендації Ради Європи «Судді: незалежність, ефективність і обов'язки» (Рекомендація CM/Rec(2010)12) та Великої хартії суддів, прийнятої Консультативною радою європейських прокурорів у 2010 році⁵⁴. Проте Примітка, що пояснює істотні правопорушення в частинах першій та другій постановлення незаконного або необґрунтованого судового рішення ніяк не запобігає тому, щоб формулювання цих правопорушень не суперечили гарантії незалежності, закріпленій у Статті 6, оскільки ці формулювання є настільки широкими, що відповідальність може наставати в разі простої незгоди щодо того, як правильно застосовувати закон. Потенційно будь-який суддя, рішення якого було скасоване або істотно змінене судом апеляційної інстанції, може бути обвинувачений у вчиненні цих правопорушень.

243. Проте доступність та застосування передбачених законодавством засобів правового захисту є основними відповідними засобами правового захисту, а також тими засобами правового захисту, що стосуються верховенства права, які пов'язані з будь-якими неточностями у законодавстві (предметні або процесуальні) або фактами скоєння суддями вчинків у процесі винесення рішень⁵⁵.

⁵⁴ Див. також Додаток II до цього Висновку: Огляд відповідних європейських стандартів та практик щодо криміналізації неправомірного ухвалення судових рішень або перевищення влади суддями, підготовлено в межах проекту РЄ «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні».

⁵⁵ У тому числі тих, що передбачаються статтею 13 Європейської конвенції.

244. Крім цього, пропонуване встановлення відповідальності за недбале ставлення суддею до своїх обов'язків також становитиме загрозу незалежності судової гілки влади. З огляду на те, що трапляються судові помилки, більш доречними заходами, ніж ризик позбавлення волі, також були б навчання та дисциплінарний процес.
245. Крім того, інколи існує можливість визначення спеціального кримінального злочину, що стосується перевищення влади суддею. Утім, потрібно чітко визначити його складові, які повинні ґрунтуватися на вищих правових цінностях, зокрема, гарантії переходу від диктатури до демократії, яка також включатиме в себе гарантію захисту суддівської незалежності⁵⁶. Наприклад, стаття 339 Кримінального уложення Німеччини чітко визначає злочин, що полягає у спотворенні відправлення правосуддя, як тип «вчинення посадовою особою кримінального злочину», а його окремі положення визначені дуже вузько : «[...] проведення або розгляд правового питання спотворює відправлення правосуддя на користь або шкоду сторони [...]».
246. Проте, оскільки чинне аналогічне положення у статті 375 Кримінального кодексу вже і так визначене як традиційний кримінальний злочин, до того ж, воно є суперечливим з точки зору поваги до суддівської незалежності відповідно до статті 6 Європейської конвенції, такий аргумент «переходу» може видатися незастосовним. За цих обставин з метою забезпечення беззаперечної поваги концепції суддівської незалежності варто не вносити зміни до визначення цього злочину, а виключати це положення, крім того, необхідно посилатися на загальні кримінальні злочини, що стосуються порушення службових обов'язків.
247. У будь-якому випадку, існує невелика ймовірність того, що пропонувані зміни до статті 375 зменшать корупційні ризики або збільшать рівень виявлення та переслідування фактів корупції. Більш ймовірно, що це положення буде застосовуватися не проти корупціонерів, а проти незалежних суддів, що боротимуться з новими формами кримінальних злочинів та недосконалим законодавством. Ризик дестабілізації судової системи⁵⁷ у контексті глобальних змін, передбачених Законопроектом, значним чином підвищить ризик настання вищевикладених проблем.

⁵⁶ Див., наприклад: рішення Конституційного суду Чехії, № 1993/12/21 - Pl. ÚS 19/93, 21 грудня 1993 року, рішення Федерального конституційного суду Федеративної Республіки Німеччина, BVerfG, 21 січня 1953 року - 1 BvR 520/52, а також рішення Федерального конституційного суду Федеративної Республіки Німеччина, BVerfG, 17 грудня 1953 року - 1 BvR 335/51

⁵⁷ Див., наприклад, рішення у справах «Кінські проти Чехії», № 42856/06, 9 лютого 2012 року, пункти 86-99 і 113-115, «Совтрансавто-Холдинг» проти України», № 48553/99, 25 липня 2002 року, пункти 80-82, а також «Івановський проти Колишньої Югославської Республіки Македонія», № 29908/11, 21 січня 2016 року, пункти 136-151.

248. Відтак, не варто ані залишати будь-яке з чинних положень, ані будь-які пропоновані зміни до них, враховуючи той факт, що інші правопорушення (особливо ті, що стосуються корупції) можуть бути розглянуті у випадку наявності беззаперечних неправомірних дій судді. Проте, якщо чинні або пропоновані положення будуть певною мірою збережені, важливо суттєво змінити їх для того, щоб повністю попередити можливе посягання на незалежність судової влади.

Стаття 382. Невиконання судового рішення

249. Підстави пропонованих змін – зокрема, вилучення частини першої та «зникнення» концепції умисності (крім випадків невиконання рішень Європейського суду) – неясні. Видається, що нове формулювання частини другої передбачає сувору відповідальність (у деяких випадках) за невиконання судових рішень та ухвал, але не очевидно, що різниця у ставленні з огляду на суд, який виніс рішення, є доречною чи необхідною.

250. *Отже, слід прояснити, на чому ґрунтуються запропоновані зміни*

Стаття 462. Домашнє насильство

251. Покарання за домашнє насильство, передбачені частинами першою і другою, непропорційно м'які у порівнянні з установленими елементами (і захищеними цінностями), а також вимогами Статті 3 Європейської конвенції⁵⁸ та статей 45 і 46 Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами.⁵⁹

252. Також потрібно уточнити, чи захист, наданий від діянь щодо «члена сім'ї», здатний охопити різні форми поведінки з боку колишнього чоловіка чи дружини, зокрема після розлучення.

253. Крім того, покарання за це правопорушення не передбачає захисту від переслідування (сталкінгу), як цього вимагає Стаття 34 Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами.

254. *Отже, існує потреба у перегляді цього положення, зважаючи на ці питання.*

⁵⁸ Див., наприклад, рішення у справі «Опуз проти Туреччини», № 33401/02, 9 червня 2009 р.

⁵⁹ Перша з них вимагає «покарання ефективними, пропорційними та переконливими санкціями за вчинення правопорушень, установлених відповідно до цієї Конвенції, з урахуванням ступеня їхньої тяжкості», а друга – «можливості врахування таких обставин, якщо вони вже не є частиною складових елементів правопорушення, згідно з відповідними положеннями національного законодавства як обтяжуючі обставини під час визначення вироку за правопорушення, установлені відповідно до цієї Конвенції».

Стаття 470.Порушення права на безоплатну медичну допомогу

255. Справжня підстава відповідальності за частиною другою цього положення, тобто, за незаконне скорочення мережі державних чи комунальних закладів охорони здоров'я, залишається незрозумілою. Звичайно, таке положення може спричинити утримання від будь-якої реорганізації таких закладів, незважаючи на те, що це може робити їх ефективнішими.

256. *Необхідно роз'яснити, яким має бути сфера охоплення цього правопорушення.*

Стаття 561. Порушення порядку організації й проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій

257. Запропоноване застосування покарань за правопорушення за цим положенням має бути сумісне з правом на свободу вираження поглядів та свободу зібрань відповідно до статей 10 і 11 Європейської конвенції,⁶⁰ які не обов'язково вимагають дотримання формальних вимог щодо проведення зборів тощо.⁶¹

258. Крім того, частина перша проблематична в тому, що її елементи, як видається, передбачають сувору відповідальність, і між ними та законними інтересами, що потребують захисту, відсутній причинно-наслідковий зв'язок; таким чином, не ставиться вимога до того, щоб збори, які супроводжувалися порушенням громадського порядку, були належним чином заборонені, або щоб особа, до якої застосовується Стаття, брала участь у таких порушеннях.

259. Крім того, неясно, чи елементи цього правопорушення включають до себе протести в судах⁶² або заворушення під час судового розгляду, які краще було б розглядати в рамках більш м'яких положень про неповагу до суду.

260. До того ж, незрозуміло, чи друге порушення – за яке, відповідно до частини другої, може бути призначене суворіше покарання – має статися на тому ж самому (забороненому) заході, що, принаймні в деяких випадках, може виявитися надмірним.

261. У разі, якщо діяння, повторно вчинене на тих самих зборах тощо, не охоплюється частиною другою, також відсутня ясність щодо того, чи існує будь-який строк, в межах якого має статися таке повторне діяння. За відсутності

⁶⁰Див. рішення у справі «Чолаков проти Болгарії», № 20147/06, 1 жовтня 2013 р., особливо §§ 27–36, і §§ 36–42 рішення у справі «Швидка проти України» № 17888/12, 30 жовтня 2014 р.

⁶¹Див., наприклад, §§ 34-46 рішення у справі «Єва Мольнар проти Угорщини», № 10346/05, 7 жовтня 2008 р.

⁶²Див. окремі незначні орієнтири в цьому контексті: § 64 рішення у справі «Какабадзе та інші проти Грузії», № 1484/07, 2 жовтня 2012 р.

такого строку, підвищена криміналізація неодноразових діянь може тривати нескінченно, що суперечило би принципам законності та пропорційності.

262. *Отже, існує потреба у перегляді цього положення, зважаючи на ці питання.*

Стаття 563. Дрібне хуліганство

263. Це запропоноване положення, здається, охоплює сферу класичних питань громадського правопорядку – грубе порушення громадського порядку або спокою, – і встановлені елементи цього правопорушення в основному узгоджуються з принципом законності.

264. Однак формулювання пункту 3 частини першої настільки широке, що, за відсутності вимоги щодо навмисного порушення порядку під час кіносеансу або театральної вистави, будь-яка гучний звук голосу (навіть сміх тощо) може трактуватися як дрібне хуліганство.

265. До того ж, застосування покарання за це правопорушення має чітко оцінюватися з огляду на право на свободу вираження поглядів, встановлене Статтею 10 Європейської конвенції. Це особливо стосується пункту 4 про образливе чіпляння тощо, але може бути актуальне й для застосування будь-яких інших елементів.

266. Крім того, відсутня ясність щодо елемента «утискає їхню волю» в пункті 4, що суперечить принципам правової визначеності та законності в матеріальному кримінальному праві.

267. Нарешті, незрозумілий зв'язок цього положення з основним (загальним) правопорушенням у вигляді хуліганства в новій Статті 296, включно з питанням, чому за проступком у вигляді дрібного хуліганства не йде основний (загальний) проступок у вигляді хуліганства.

268. *Таким чином, існує потреба в перегляді цього положення з огляду на ці питання.*

Правопорушення, пов'язані з розпиванням спиртних напоїв

269. Проступки, відповідальність за які має бути встановлена Статтями 565 та 566 – розпивання спиртних напоїв у громадських місцях та на виробництві – не є правопорушеннями в жодній європейській державі. Безумовно, запровадження обох правопорушень ґрунтується на занепокоєнні потенційною суспільною небезпечністю, але відповідні аспекти такої поведінки можуть бути покарані в межах проступку дрібного хуліганства (Стаття 563).

270. *Слід обміркувати, чи є необхідним збереження цих положень, а чи розглядати таку поведінку не більше як адміністративне правопорушення.*

Стаття 618. Невиконання судового рішення

271. Формулювання цього правопорушення не прояснює, кого саме слід карати за нього, як саме має встановлюватися, що рішення не було виконане, і чи стосується це тільки повного або також і часткового виконання.

272. Водночас, хоча криміналізацію необережного невиконання рішення суду, здається, важко обґрунтувати, було б доцільніше розглядати умисне невиконання таких рішень посадовою особою як злочин, а не проступок.

273. *Таким чином, це положення слід відповідним чином переглянути.*

Стаття 623. Невиконання обмежувального (захисного) припису або непроходження корекційної програми

274. Частина перша чітко не вказує, чи правопорушення стосується невиконання остаточного (або зобов'язального) припису (в зв'язку з пропонованою новою Статтею 96-2-1).

275. До того ж, вона чітко зазначає, що стосується виконання всіх цих приписів (заходів) у повному обсязі.

276. Крім того, частинами другою і третьою не передбачене положення про більш тяжкі види правопорушень, де невиконання спричинило шкоду безпеці, гідності, організму, здоров'ю особи або поставило її життя під загрозу.

277. *Існує потреба у перегляді цього положення, зважаючи на ці питання.*

Е. Кодекс України про адміністративні правопорушення

278. Пропоновані зміни до цього Кодексу включатимуть в себе значні зміни в його змісті як щодо передбачених ним правопорушень, так і передбачених за них стягнень.

Правопорушення

279. Так, значна кількість поправок, запропонованих до цього Кодексу Законопроектом, стосуються положень, що будуть переміщені до

Кримінального кодексу, зі змінами чи без них.⁶³ Вони розглядалися в попередньому розділі цього коментаря і не будуть обговорюватися в цьому розділі.

280. Крім того, низка інших положень, що описують правопорушення, буде виключена з Кодексу про адміністративні правопорушення, що не викликає якоїсь занепокоєності з приводу дотримання європейських стандартів, оскільки відповідні правопорушення вже охоплені наявними положеннями Кримінального кодексу (або охоплюватимуться тими, що будуть змінені чи введені відповідно до запропонованих поправок).

281. Частина перша Статті 15, що передбачає відповідальність за адміністративні правопорушення військовослужбовців і відповідних осіб рядового і начальницького складів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів внутрішніх справ і Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України за дисциплінарними статутами, буде збережена.

282. Однак масштаби адміністративної відповідальності цих осіб «на загальних підставах» за порушення різних норм, правил і стандартів суттєво зменшені внаслідок перенесення правопорушень до Кримінального кодексу.⁶⁴ В результаті, загальні підстави (що слід розуміти як ті, що встановлені Кодексом про адміністративні правопорушення) будуть застосовуватися лише до обов'язків із забезпечення безпеки дорожнього руху, санітарно-гігієнічних і санітарно-протиепідемічних правил і норм.

283. *Водночас, є потреба в уточненні обсягу відповідальності за адміністративні правопорушення відповідно до дисциплінарних статутів, на відміну від відповідальності «на загальних підставах», оскільки це не очевидно із запропонованих поправок.*

Стягнення

284. Особливе значення в змінах, передбачених Законопроектом, має виключення багатьох стягнень, що на цей час можуть призначатися за адміністративні правопорушення.

⁶³ Відповідні положення (із номерами пропонованих статей Кримінального кодексу в дужках) наступні: статті 30-1(56), 31 (57), 42-1 (574), 42-2 (577), 42-3 (575), 44 (578), 51-2 (466), 53-4 (533), 85 (517), 85-1 (518), 88 (519), 88-1 (520), 88-2 (522), 90 (523), 91 (524), 106-2 (579), 122-4(455), 122-5 (552), 133 (541), 146 (595), 90 (536).

⁶⁴ Так, він більше не охоплює таке: митні правила, вчинення правопорушень, пов'язаних із корупцією, порушення тиші в громадських місцях, недозволене використання державного майна, незаконне зберігання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, невжиття заходів за окремою ухвалою суду, ухилення від виконання законних вимог прокурора, порушення законодавства про державну таємницю, порушення порядку обліку, зберігання і використання документів та інших матеріальних носіїв інформації, що містять службову інформацію.

285. Зокрема, зі Статті 32 видаляється положення, яке передбачає адміністративний арешт на строк до 15 діб,⁶⁵ що виключить можливість позбавлення волі за обставин, де гарантії, передбачені Кримінальним процесуальним кодексом, не підлягають застосуванню.
286. Крім того, будуть видалені адміністративні стягнення, передбачені Статтею 24, а також пов'язані з основними й додатковими адміністративними стягненнями, оплатне вилучення предмета, що став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення, конфіскація такого предмета та позбавлення спеціального права, наданого громадянину.⁶⁶
287. До того ж, певні стягнення – громадські роботи, виправні роботи⁶⁷ – призначатимуться тільки за правопорушення, передбачені Кримінальним кодексом.
288. Також слід зазначити й вітати виключення положень, які дозволяють конфіскувати речі й документи, що є знаряддям або безпосереднім об'єктом правопорушення, виявлені під час затримання, особистого огляду або огляду речей і тимчасове вилучення посвідчення водія.⁶⁸ Будь-які пов'язані з правопорушеннями конфіскації відтепер мають відповідати вимогам Кримінального процесуального кодексу.
289. Аналогічно, видалення Статті 266 (яка передбачає відсторонення осіб від керування транспортними засобами, річковими й маломірними суднами та огляд на стан алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або щодо перебування під впливом лікарських препаратів, що знижують їхню увагу та швидкість реакції) також приведе до вжиття таких заходів відповідно до вимог Кримінального процесуального кодексу.
290. У деяких положеннях єдина зміна зводиться лише до збільшення розмірів штрафів, що можуть накладатися за вчинені правопорушення, але, попри збільшення суми можливих штрафів удвічі чи навіть трохи більше, потенційна відповідальність, що буде виникати, як і раніше не виглядає надмірною.⁶⁹
291. Крім того, деякі зміни, що будуть вноситися до положень, які регулюють обов'язок із розгляду справ про адміністративні правопорушення, лише

⁶⁵ Окрему підставу для адміністративного арешту строком на 10 діб за неодноразове порушення правил водіння також буде виключено зі статті 121. До того ж, зі статті 32-1 виключений арешт з утриманням на гауптвахті на строк до 10 діб.

⁶⁶ Відповідно до статей 25, 28, 29 і 30.

⁶⁷ Відповідно до статей 30-1 і 31.

⁶⁸ У статтях 265 і 265-1.

⁶⁹ А саме, в статтях 46-1, 108, 116, 121 і 122-2. Однак розмір штрафів, встановлених за правопорушення, що передбачені статтею 164, зменшений, а статтями 191 і 193 – залишився без змін.

відбивають доповнення й видалення в положеннях, що вводять нові правопорушення.⁷⁰ До того ж, додаються деякі нові положення, щоб доручити цей обов'язок органам, у яких його раніше не було за Кодексом про адміністративні правопорушення.⁷¹

Процес

292. Крім того, низка пропонованих змін стосується процесуальних аспектів розгляду справ про адміністративні правопорушення.

293. Деякі з них логічно впливають з інших змін,⁷² тоді як решта становить наслідок перерозподілу обов'язків із розгляду адміністративних справ, запропонованого Законопроектом.⁷³ Отже, жодна з них не викликає проблем.

294. Це загалом стосується перегляду в Статті 262 переліку органів, правомочних здійснювати адміністративне затримання. Пункт 2 частини другої, посилається однак, на незаконне перетинання або спробу незаконного перетинання державного кордону України (що, в принципі, сумісне зі Статтею 5§(1)(f) Європейської конвенції), тоді як адміністративне правопорушення щодо цього (у Статті 204-1) має бути видалене відповідно до положень Законопроекту.

295. *Отже, потрібно уточнити, чи таке видалення є навмисне, або ж існує якась інше правопорушення, для якого передбачене адміністративне затримання, оскільки в іншому разі ці повноваження не слід залишати у Статті 262.*

296. *Остання рекомендація рівною мірою стосується і положення в Статті 263, що дозволяє адміністративне затримання за незаконне перетинання або спробу незаконного перетинання державного кордону України та пов'язані з цим питання.*

297. Однак строк адміністративного затримання для встановлення особи скорочується, а саме, з 3 діб до 48 годин. Це можна привітати, оскільки знижується ризик тримання під вартою більше, ніж це дійсно потрібно, але ця

⁷⁰ А саме, до статей 222, 222-1, 223, 228, 229, 230-1, 234-1, 234-2, 234-3, 236, 244, 244-1, 244-4, 244-13, 244-16 і 244-17.

⁷¹ А саме, статті 244-20 до 244-235.

⁷² А саме, перегляд статей 38.2, 38.3, 40.2, 258, 260, 264, 265-2, 267, 276, 277, 283, 285, 287, 288, 295, 296, 299, 301, 303 і 307 та видалення статей 259.7, 268, 290, 294 і 311-328.

⁷³ Статті 40-1, 51, 122.4, 122.2, 122.3, 127.4, 130, 139, 140.4, 154.4, 156.1, 156.3, 156.4, 160, 164.3, 164-3, 164-7, 166-21, 171-2, 172-4 до 172-9 (гл. 13-А), 172-10 до 172-20 (гл. 13-В), 173-1, 173-2, 174, 177-2, 178, 180, 181-1, 182, 185, 185-1, 185-2, 185-3, 185-4, 185-5, 185-6, 185-7, 185-9, 185-10, 185-11, 187, 195-1, 195-2, 195-3, 195-4, 195-5, 195-6, 204-1, 204-2, 206-1, 212-2, 212-6, 212-7 до 212-20 (гл. 15-А), 214, 218, 219, 221, 221-1, 246-2, 250 і 255.

норма як і раніше означає, що новий максимальний строк не слід застосовувати автоматично.⁷⁴

298. Запропоноване виключення Статті 294 приведе до видалення можливості оскарження справи про адміністративне правопорушення в судах другої ланки, але залишає можливість оскарження в суді першої інстанції.
299. Збереження останньої можливості має важливе значення, оскільки Європейська конвенція вимагає, щоб кримінальну відповідальність встановлював суд першої інстанції, або ж має надаватися можливість оскарження будь-якого рішення, ухваленого щодо цього адміністративним органом, у судовій установі, що забезпечує гарантії за Статтею 6 Конвенції.⁷⁵
300. Водночас, вилучення права на подальше оскарження не обов'язково становить проблему, оскільки право на оскарження згідно зі Статтею 2 Протоколу № 7 до Європейської конвенції, якого Україна мусить дотримуватися,⁷⁶ не поширюється на незначні правопорушення, і відсутність позбавлення волі як покарання становить важливий чинник у визначенні того, наскільки значне є правопорушення.⁷⁷ Вилучення можливості накладати адміністративний арешт на строк до 15 діб за передбачені Кодексом правопорушення стає, таким чином, одним з важливих міркувань, що свідчить на користь сумісності з вимогами Статті 2 Протоколу № 7 видалення Статті 294.
301. Законопроект також приведе до видалення статей у Главі 24-1, що стосується перегляду постанови по справі про адміністративне правопорушення у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом.
302. *Попри те, що положення цієї Глави, як видається, дублюють положення Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»,⁷⁸ потрібно уточнити, що передбачені законом механізми як і раніше застосовуються до постанов у справах про адміністративні правопорушення. Це важливо, оскільки не можна виключати, що постанова у справі про адміністративне правопорушення, винесена відповідно до Кодексу про адміністративні правопорушення в редакції Законопроекту, призведе до визнання Європейським судом порушення Європейської конвенції.*

⁷⁴ Див., наприклад, рішення у справі «Васильєва проти Данії» (Vasileva v. Denmark), № 52792/99, 25 вересня 2003 р.

⁷⁵ Рішення у справі «Озтюрк проти Німеччини», № 8544/79, 21 лютого 1984 р.

⁷⁶ Після ратифікації 11 вересня 1997 року, Протокол набув чинності для України 1 грудня 1997 року.

⁷⁷ Див., наприклад, рішення у справах «Зайцев проти Латвії», № 65022/01, 31 липня 2007 р., пункти 24 і 25, і «Лучанінова проти України», № 16347/02, 9 червня 2011 р., пункт 72

⁷⁸ Ухвалений 23 лютого 2006 р.

Ф. Кримінальний процесуальний кодекс України

303. Проектом Закону пропонується внести одинадцять поправок до положень Кримінального процесуального кодексу.

304. Вони загалом спрямовані на забезпечення відповідності між формулюваннями цих положень і змінами до концепції та термінології в Кримінальному кодексі (а також деякими доповненнями й вилученнями в Кримінальному процесуальному кодексі),⁷⁹ що наберуть чинності в разі ухвалення проекту Закону. Ці зміни самі по собі не проблематичні.

305. Однак дві поправки потребують уваги.

Пункт 1 частини другої Статті 183, частина сьома Статті 194 і частина друга Статті 208

306. Ці положення стосуються розміру штрафу за правопорушення, яке:
(а) дозволяє застосувати запобіжний захід у вигляді тримання під вартою,
(б) дозволяє застосувати запобіжний захід лише у вигляді застави або тримання під вартою,
(в) дозволяє уповноваженій службовій особі без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за окремих обмежених обставин.⁸⁰ Проект Закону замінює наявний штраф у розмірі «понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян» за відповідні правопорушення на «штраф у розмірі понад 51 штрафну ставку».

307. Це, здається, досить істотно розширює коло обставин, за яких можливе тримання під вартою або затримання без ухвали слідчого судді осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, оскільки передбачається значне зниження порогу для таких дій, з огляду на те, що один неоподатковуваний мінімум доходів для цілей підрахунку штрафів становить 17 гривень⁸¹.

308. Це викликане тим, що, зважаючи на інші зміни, запропоновані Законопроектом,⁸² відповідним штрафом стає будь-який штраф понад 3000

⁷⁹ А саме, включення або виключення правопорушень, перелічених у статті 216, з метою визначення їхнього розподілу за конкретними категоріями слідчих, які здійснюють досудове розслідування. Ці зміни не є проблематичні.

⁸⁰ А саме, виключно якщо «підозрюваний, обвинувачений не виконав обов'язки, покладені на нього при застосуванні іншого, раніше обраного запобіжного заходу, або не виконав у встановленому порядку вимог щодо внесення коштів як застави та надання документа, що це підтверджує».

⁸¹ П.5, Глава 1, Розділ XX (Перехідні положення) Податкового кодексу України.

⁸² Згідно з положеннями частини 2-1 статті 53, яка пропонується в проекті закону, «розмір штрафної ставки становить дві розрахункові одиниці, визначені цим Кодексом», а згідно з пунктом 10 Примітки до

гривень, що значне менше за суму наявного штрафу в 51 000 гривень (17×3000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян).

309. Зниження порогу для затримання без ухвали слідчого судді може виглядати як таке, що створює серйозний ризик того, що втручання до свободи особи може й не бути дійсно викликане потребою в застосуванні кримінального законодавства, а мати довільний характер і, отже, суперечити Статті 5§(1) Європейської конвенції.⁸³ Однак цей ризик в принципі не повинен виникати, якщо дотримуватися вимоги про те, що відповідна особа також мала не виконати обов'язки, покладені на неї під час застосування іншого, раніше обраного запобіжного заходу, або не виконати у встановленому порядку вимоги щодо внесення коштів як застави та надання документа, що це підтверджує.
310. *А втім, було б доцільно забезпечити, щоб посадові особи, які відповідають за затримання зазначених осіб, були обізнані про ризик, пов'язаний з відсутністю потреби в такому затриманні, й проводили ретельну перевірку відповідних осіб на предмет невиконання вищезазначених обов'язків або вимоги.*⁸⁴
311. Ці зміни не впливають на загальні правила, що регулюють запобіжні заходи та затримання особи, у Главі 18 Кримінального процесуального кодексу, і, зокрема, мету й підстави застосування запобіжних заходів у Статті 177.
312. Однак, звичайно, є ризик того, що запропоноване обмеження запобіжних заходів, які можуть застосовуватися за вчинення відповідних правопорушень, лише заставою чи триманням під вартою спричинить таке втручання до свободи особи, яке не обов'язково потрібне для цілей застосування кримінального законодавства. Звичайно, Європейський суд може дійти такого висновку в справах, де тримання під вартою було обране як запобіжний захід у випадках, коли заставу неможливо надати, але інші запобіжні заходи, зокрема особисте зобов'язання чи особиста порука, могли би бути достатніми, щоб належним чином зняти усі обґрунтовані побоювання з приводу можливої поведінки підозрюваної особи (такі як втеча або погрози свідкам).
313. Цей ризик невинуватого обмеження волі вже може існувати в поточній версії частини сьомої Статті 194 в тому сенсі, що вона виключає деякі види запобіжних заходів, які могли б бути придатні в певних справах. Проте цей ризик очевидно посилюється внаслідок розширення кола охоплених правопорушень через пропонувану зміну до сум штрафів, за яких запобіжні заходи мають обмежуватися заставою чи триманням під вартою.

Розділу III «Кримінальне правопорушення, його види та стадії» Кримінального кодексу, «одна розрахункова одиниця дорівнює 30 гривням».

⁸³Порівняйте з рішенням у справі «Вітольд Літва проти Польщі», № 26629/95, 4 квітня 2000 р.

⁸⁴Порівняйте з рішенням у справі «Степуляк проти Молдови», № 8207/06, 6 листопада 2007 р.

314. Звичайно, немає заперечень проти введення положення, що лише допускає можливість застосування тримання під вартою як запобіжного заходу до осіб, підозрюваних у вчиненні відповідних правопорушень.

315. Однак, як видається, не існує жодної нагальної потреби обмежувати заставою чи триманням під вартою запобіжні заходи за правопорушення, щодо яких встановлені порівняно скромні штрафи. Фактично, таке обмеження неминуче перешкоджатиме відповідному суду у визначенні того, чи існують відповідні та достатні підстави для втручання до свободи, й тому, в принципі, воно несумісне зі Статтею 5§(3) Європейської конвенції.⁸⁵

316. *За таких обставин було б недоцільно вносити пропоновану поправку до частини сьомої Статті 194, і, насправді, слід розглянути питання щодо потреби в збереженні цього положення в будь-якій формі.*

Стаття 477

317. Пропоновані зміни до трьох пунктів цього положення передбачають доповнення й виключення в переліку правопорушень, провадження за якими можуть бути розпочаті слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого.

318. Виключення й доповнення відповідають пропонованим поправкам до положень Кримінального кодексу і в цілому не виглядають проблематичними, оскільки отримані в результаті списки правопорушень, як правило, не містять тих, за якими слідувало б розпочинати провадження без потреби у конкретній вимозі з боку потерпілого. Це пояснюється тим, що більшість із них не здатні істотно порушувати ті чи інші права людини.

319. Однак, як видається, це не стосується чотирьох правопорушень, що вже передбачені Кодексом, зокрема, Статтями 459 (примушування до вступу в статевий зв'язок), 467 (перешкоджання здійсненню релігійного обряду), 468 (порушення недоторканності приватного життя) та 489 (погроза знищення чи пошкодження майна),⁸⁶ а також цілком нового правопорушення, що вводиться частиною другою Статті 126 (мордування за обтяжувальних обставин), попри виключення, зробленого для останнього правопорушення у разі, якщо такі дії вчинені групою осіб.

320. Вчинення цих правопорушень неминуче включає поведінку, яка здатна порушати заборону катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання, право на повагу до приватного життя, право на

⁸⁵ Див. рішення у справі «Бузаджі проти Республіки Молдова» [ВП], № 23755/07, 5 липня 2016 р.

⁸⁶ Хоча вони й замінюють поточні статті 154, 180, 182 і 194.1 Кримінального кодексу.

свободу думки, совісті та віросповідання й право на захист майна за Статтями 3, 8 і 9 Європейської конвенції та Статтею 1 Протоколу № 1 до Конвенції.

321. Усі ці положення тягнуть за собою певні позитивні зобов'язання, зокрема стосовно того, що для відповідних справ мають передбачаються кримінальні покарання, які застосовують у разі порушення відповідних прав.⁸⁷
322. Крім того, Європейський суд визнав, що в деяких справах порушення прав людини можуть потребувати кримінального розслідування і переслідування навіть попри відсутність скарг. Це особливо актуально там, де порушення права серйозне, а небезпека для відповідного права має постійний характер.⁸⁸
323. *За цих обставин видається недоцільним включати ці правопорушення до переліку тих правопорушень, провадження за якими можуть бути розпочаті слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого, і, отже, до запропонованого переліку слід внести відповідні зміни.*

Г. Кримінально-виконавчий кодекс України

324. Законопроект пропонує внести вісім поправок до положень Кримінально-виконавчого кодексу. Вони загалом спрямовані на забезпечення відповідності між формулюваннями цих положень і змінами до концепції та термінології в Кримінальному кодексі (а також деякими вилученнями з нього), що наберуть чинності в разі ухвалення проекту Закону.
325. Єдина інша зміна стосується Глави 10, що передбачає виконання покарання у виді службових обмежень для військовослужбовців, засуджених за правопорушення. Пропоновані зміни по суті повторюють наявне положення з тією лише різницею, що завдання з виконання покарання у виді службових обмежень покладається на командира (начальника) військової частини, а не командира військової бази, установи чи організації, де проходить службу засуджений військовослужбовець. Ця зміна (яка не впливає на зобов'язання з приводу здійснення) не з тих, що може породжувати будь-які сумніви щодо відповідності європейським стандартам.

⁸⁷ Див., наприклад, рішення у справах «Абдюлсамет Яман проти Туреччини», № 32446/96, 2 листопада 2004 р., «97 членів Глданської громади релігійної організації “Свідки Єгови” та четверо інших заявників проти Грузії», № 71156/01, 3 травня 2007 р., «Хрїстови проти Болгарії», № 42697/05, 11 жовтня 2011 р., і «Сьодерман проти Швеції» [ВП], № 5786/08, 12 листопада 2013 р.

⁸⁸ Див., наприклад, рішення у справі «Опуз проти Туреччини» (Opuz v. Turkey), № 33401/02, 9 червня 2009 р. (стосовно домашнього насильства).

Н. Висновок

326. Наведені вище зауваження обов'язково зосереджувались на проблемних питаннях, а конкретні пропозиції та рекомендації були сформульовані й виділені курсивом в тексті. Однак їхня наявність не применшує важливості реформи, запропонованої Законопроектом, і вельми позитивного характеру змін, що стануть результатом цієї реформи. Зокрема, об'єднання під категорією проступків у Кримінальному кодексі багато чого з того, що раніше охоплювалося Кодексом про адміністративні правопорушення, має забезпечити здійснення провадження у цих справах відповідно до вимог Кримінального процесуального кодексу і, отже, Європейської конвенції. До того ж, пропонується реформа решти положень Кодексу про адміністративні правопорушення дозволить усунути багато небажаних моментів. Водночас, слід ретельно продумати, чи всі адміністративні правопорушення, що запропоновано перенести до Кримінального кодексу, потрібно відображати в Кримінальному кодексі та регулювати Кримінальним процесуальним кодексом. Особливого значення в цьому контексті набуває збільшення робочого навантаження суддів, прокурорів та слідчих, спричинене такими змінами. Треба також обмірковувати перекласифікування деяких наявних кримінальних правопорушень на проступки.

327. Складність впровадження такої значної реформи неминує породжує проблеми під час виконання, і саме на них зосереджувався цей коментар. Деякі зауваження стосуються законодавчої техніки, а окремі їхні аспекти – загального підходу до законодавства, і не слід очікувати, що це зміниться. Однак ці моменти були висвітлені, оскільки певні роздуми про корисність такого підходу можуть виявитися доцільними. Більшість зауважень щодо техніки має конкретніший характер і стосується чіткості, послідовності та внутрішньої узгодженості змін, що вноситимуться до положень Кодексів запропонованими поправками. Такі недоліки у формулюваннях мають вирішальне значення для ефективності реформи й забезпечення верховенства права.

328. Крім того, в багатьох випадках перенесення правопорушень до Кримінального кодексу не відповідає тим чи іншим аспектам засадничих принципів системи кримінального правосуддя, особливо в тому, що стосується індивідуалізації відповідальності та дотримання пропорційності. У деяких положеннях, особливо тих, що стосуються домашнього насильства і катувань, формулювання і (або) встановлені ними покарання не задовольняють вимогам європейських та міжнародних стандартів. З іншого боку, застосування певних покарань, а саме, виправних робіт і громадських робіт, не відповідає європейським стандартам. Далі, деякі запропоновані положення потребують підвищення точності формулювань, з тим щоб унеможливити будь-яке свавілля під час їхнього застосування. До того ж, надання пояснень до деяких

запропонованих змін і доповнень могло б усунути враження, що в них є проблеми.

329. Нарешті, було б дуже бажано ще до ухвалення Законопроекту ретельно зважити, чи мета гуманізації, з одного боку, і потреба в забезпеченні ефективного відправлення правосуддя, з другого боку, будуть повністю досягнуті, а також забезпечити докладний перегляд та всебічне обговорення з усіма зацікавленими сторонами щодо того, чи були достатньо розглянуті і належно враховані правові, адміністративні, організаційні й фінансові наслідки пропонованої реформи. Врахування цих наслідків також потребує не менш ніж одного року між прийняттям цих положень у Законі та моментом набуття ними чинності.
330. Жодне з проблемних питань не є непереборне, і було б нечемно припускати, що їхня наявність зводить нанівець значення пропонованої реформи. Поряд із тим, ефективне вирішення цих питань сприятиме реформі й гарантуватиме досягнення цілі, пов'язаної з впровадженням європейських стандартів, більш задовільним чином.

ДОДАТОК І.

Короткий зміст рекомендацій

1. Загальні рекомендації:

а) Системні правила, яких необхідно дотримуватися

- Точно описати елементи проступків, відповідно до стандартів, що впливають з концепції кримінальної відповідальності.
- Уникати дублювання між проступками та іншими кримінальними правопорушеннями відповідно до заборони на повторне притягнення до кримінальної відповідальності, що встановлена пунктом 1 Статті 4 Протоколу № 7 до Європейської конвенції з прав людини та принципу законності матеріального кримінального права.

б) Перенесення певних правопорушень з Кодексу України про адміністративні правопорушення до Кримінального кодексу України

- Уточнити засади, на підставі яких адміністративні правопорушення будуть або перекласифіковані на проступки, або залишені у Кодексі про адміністративні правопорушення.
- Проаналізувати деякі правопорушення, які пропонується перекласифікувати, у контексті принципів пропорційності, гуманності і ultima ratio («крайнього заходу»).

в) Перекласифікація правопорушень зі злочинів на проступки

- Переглянути питання щодо доцільності зміни статусу деяких видів правопорушень, зокрема, тих, які спрямовані проти заборони жорстокого поводження, свободи засобів масової інформації, належного відправлення правосуддя, протидії корупції тощо.

г) Законотворча техніка

- Виключити або переформулювати положення, які не додають жодного юридичного змісту, а лише відсилають до інших положень, повторюють зміст інших положень або містять очевидні твердження, які взагалі не мають практичної цінності, в тому числі спостереження теоретичного характеру.
- Змінити порядок деяких положень для забезпечення їхньої загальної узгодженості.
- Перенести положення, суть яких не стосується матеріального кримінального права, у більш відповідні закони.
- Прояснити і якомога більше спростити мову, що використовується в Законопроекті, оскільки складність використаних формулювань іноді робить неможливим визначення того, що мається на меті певними положеннями.

е) Практичні завдання

- Переглянути, чи були достатньою мірою розглянуті усі наслідки пропонованої реформи, оскільки це перенесення означає, що процедури, передбачені в Кримінальному процесуальному кодексі, стануть повністю застосовними. В той час, як розширення гарантій заслуговує на високу оцінку, необхідно брати до уваги ресурси, потрібні для забезпечення дотримання цих вищих стандартів на практиці, включаючи навантаження на органи розслідування, прокуратуру і суддів, а також функціонування системи правової допомоги.
- Створити значно спрощену нормативно-правову базу для розслідування можливих проступків, які будуть враховувати права захисту.
- Зазначити, що положення Законопроекту набудуть чинності через один рік після їхнього прийняття.

2. Рекомендації до конкретних положень Законопроекту

С. Кримінальний кодекс України. Загальна частина	
Стаття	Рекомендація
2. Підстава кримінальної відповідальності	<p>Розробити детальнішим чином концепцію вини, так, щоб вона відповідала класичній концепції вини як психологічного суб'єктивного ставлення особи до самого <i>діяння</i>, а не до <i>шкідливості</i> діяння та його наслідків. Оскільки ця класична концепція відображена і у Статті 24 Кримінального кодексу, таким чином буде також усунено внутрішню неузгодженість.</p> <p>Більш чітко визначити та обґрунтувати законодавчий вибір між концепціями винуватості та суспільної небезпечності, застосовуючи її в усьому Кодексі.</p> <p>Встановити визначення кримінальних правопорушень (а не концепцію кримінальної відповідальності).</p> <p>Встановити недопущення застосування принципів аналогії права та аналогії закону, включно з переглядом того, чи варто прописувати в цьому положенні позицію щодо аналогії в межах Кримінального кодексу.</p>
2-1. Принцип законності та принцип юридичної визначеності	<p>Не давати визначення обом принципам в одному положенні.</p> <p>Дати визначення принципу законності як визначення в законі злочину та покарання і дати йому чіткіше формулювання, наприклад, спираючись на Статтю 7 Європейської конвенції.</p> <p>Надати пріоритет принципу юридичної визначеності, оскільки він обов'язково включає визначення злочину і покарання в законі – що є ключовим моментом принципу законності, – але на додачу до цього вимагає усталеного та узгодженого законодавства.</p> <p>Змінити положення про те, що «Приписи закону про кримінальну відповідальність повинні визначати кримінально каране діяння в чітких і ясних виразах і не підлягають розширювальному тлумаченню», оскільки необхідність чіткого формулювання є не принципом, а рекомендацією законодавчому органу, більше того, з урахуванням принципів пропорційності та законності, а також стандартів у галузі прав людини, доцільним було б дозволити в деяких випадках</p>

	розширювальне тлумачення, якщо це приводить до розширення положень, які створюють підстави для декриміналізації/скасування покарання/обрання більш м'якого виду покарання тощо.
2-3. Принцип вини	Виключити це положення, оскільки воно стосується не принципу вини, а презумпції невинуватості, яка є частиною не матеріального кримінального права а, як правило, кримінально-процесуального законодавства.
2-4. Принцип справедливості	Змінити назву цієї статті, щоб відобразити її зміст – її перша частина описує принцип пропорційності, а друга має справу з концепцією заборони повторного притягнення до кримінальної відповідальності. Перенести текст, що стосується заборони повторного притягнення до кримінальної відповідальності, до Кримінального процесуального кодексу.
2-6. Принцип особистого характеру кримінальної відповідальності	<p>Переглянути необхідність збереження цього положення, оскільки текст залишається незрозумілим (покарання розглянуто як частина кримінальної відповідальності; у положенні зазначається, хто несе відповідальність, а не за що особа не може бути притягнута до відповідальності) і дублює інші статті (зокрема, частину першу Статті 2).</p> <p>Якщо положення буде збережене, необхідно змінити його так, щоб зазначити, що фізична особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності тільки за кримінальні правопорушення, які вона скоїла умисно або з необережності. Або, якщо намір полягав у тому, щоб повторити частину другу Статті 61 Конституції України¹⁸⁹, слід переписати це формулювання у Законопроекті і, можливо, додати прямі заборони, що стосуються суворої відповідальності, колективної відповідальності та відповідальності батьків за діяння своїх дітей.</p>
2-7. Принцип гуманізму	<p>Змінити назву положення на «Цілі покарань» або щось подібне, оскільки формулювання змішує цілі покарання з принципом кримінального права.</p> <p>Виключити першу частину положення («Кримінальний кодекс України забезпечує охорону людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки як найвищої соціальної цінності»), оскільки це є звичайна настанова для законодавця, яка не має відношення до питань матеріального кримінального права.</p> <p>Переосмислити ієрархію встановлених цінностей і відповідним чином змінити другу частину цього положення.</p> <p>Переглянути положення Кримінального кодексу таким чином, щоб вони стосувалися усіх основних питань щодо покарань, можливо, досягти цього потрібно шляхом виключення цілей покарання із загальних принципів.</p>
2-8. Принцип невідворотності кримінальної відповідальності	Виключити це положення, оскільки воно містить не окремий принцип, а встановлює практичний наслідок принципу законності, що може спричинити ризики плутанини і неоднакової судової практики.
4. Дія закону про кримінальну	Розширити запропоновану переглянуту частину третю таким чином, щоб у ній зазначалось, у який момент більш складна форма

⁸⁹ «Юридична відповідальність особи має індивідуальний характер»

відповідальність в часі	кримінального правопорушення вважається вчиненою (наприклад, коли виникає результат діяння, як це передбачено відповідним положенням в Особливій частині, коли кримінальний вчинок, що триває, припиняється тощо).
Примітка до Розділу III	
Пункт 1 Значна шкода	<p>Більш чітко розрізнити визначення злочинів та проступків.</p> <p>Усунути неузгодженість між поняттям «шкода», що пов'язане з наслідками правопорушення і обставинами, перерахованими у тому ж самому положенні, яке описує вчинки, які можуть в результаті завдати шкоди, а не шкоду як результат.</p> <p>Включити у зв'язку зі «значною шкодою» ті права і свободи людини, що згадані в угодах, які були ратифіковані Україною, на додаток до тих, які мають конституційний статус.</p> <p>Усунути циклічність у фразі «значна матеріальна/майнова шкода», в якій повторені обидва слова «значна» і «шкода».</p> <p>Переглянути питання про необхідність збереження поняття «дві особи» в підпункті 1 у словосполученні «одній, двом або більше особам».</p>
Пункт 2 Тяжкі наслідки	<p>Усунути неузгодженість щодо результатів/вчинків (див. коментар до п. 1 Примітки) відносно «наслідків» у визначенні терміну «тяжкі наслідки» у цьому пункті.</p> <p>Усунути циклічність стосовно великої та особливо великої матеріальної (майнової) шкоди.</p>
Пункт 3 Особливо тяжкі наслідки	<p>Усунути неузгодженість щодо результатів/вчинків (див. коментарі до пп. 1-2 Примітки) відносно «наслідків» у визначенні терміну «особливо тяжкі наслідки» у цьому пункті.</p> <p>Переглянути необхідність двох окремих формулювань: «тяжкі наслідки» і «особливо тяжкі наслідки».</p> <p>Уточнити поняття «зрив виконання бойового завдання» (не усі зриви усіх завдань можна оцінити аналогічним чином).</p> <p>Ввести чітке розрізнення між заподіянням інфекційного захворювання, яке є «невиліковним» та такого, що є смертельним (перше є тяжким наслідком, друге – особливо тяжким наслідком).</p>
Пункт 4. Велика матеріальна/майнова шкода Пункт 5. Значний розмір.	Виключити повторення у визначеннях.
Пункт 6. Особливо велика матеріальна/майнова шкода Пункт 7. Особливо великий розмір.	Виключити повторення у визначеннях.

Пункт 10. Одна розрахункова одиниця дорівнює 30 гривням	Виключити це положення, оскільки різні положення передбачають конкретні розрахункові одиниці, і це може створити непотрібне ускладнення; крім того, вартість гривні може змінюватися.
11. Поняття кримінального правопорушення та його види	Переглянути порядок розміщення положень: частина друга повинна передувати тій, яка стоїть перед нею – частині 1-1 – оскільки положення, яке стосується поняття кримінального правопорушення, має передувати тому, в якому йдеться про види правопорушень. Уточнити останню частину цієї статті, оскільки мова, що використовується у ній, занадто складна.
11-1.1. Поняття кримінального проступку (проступку)	Перенести поняття «протиправний» і «шкідливий» із частини першої Статті 11-1 до загального визначення кримінальних правопорушень, залишивши при цьому у конкретніших визначеннях злочинів і проступків тільки риси, що відрізняють їх як види правопорушень. Виключити з визначень обох видів правопорушень згадку про їх вчинення «суб'єктом кримінального правопорушення». Уточнити поняття шкоди: обумовити, коли саме вона є значною, замість того, щоб посилатися на те, чого вона не включає; об'єднати частини першу і другу, утворюючи одне визначення; уточнити питання шкоди для «держави», зазначеної у частині першій. Депеналізувати – у значенні виключення покарання за проступки у вигляді арешту – більшість нових проступків, які не охоплюють ситуації значної шкоди, оскільки це було б пропорційним та гуманним ⁹⁰ .
12-1. Кримінально-правова кваліфікація та її принципи	Виключити теоретичні визначення (частина 1). Забезпечити відсутність повторень між частинами другою, п'ятою – сьомою. Забезпечити узгодження положень з іншими частинами Законопроекту (зокрема, пункт 1 частини п'ятої посилається на аспекти принципу законності та принципу особистого характеру відповідальності без необхідності на це, а частина шоста суперечить принципам індивідуальної відповідальності і пропорційності). Виключити положення частини п'ятої, що стосуються заборони повторного притягнення до відповідальності, оскільки це кримінально-процесуальний принцип, а не принцип кримінально-правової кваліфікації, навіть більше, його формулювання суперечить поняттю ідеальної сукупності правопорушень. Виключити частину сьому («Якщо нормативно-правовий акт іншої галузі законодавства прямо дозволяє вчинення певного діяння, то за таке діяння не може наставати кримінальна відповідальність»), як таку, що є некоректним і потенційно небезпечним правовим твердженням.
12-2. Правила	Виключити цю статтю, оскільки її положення або повторюють

⁹⁰ Проте навіть якби покарання у вигляді ув'язнення не було передбачене за всі чи більшу частину проступків у Законопроекті, вони все одно потрапляли б під поняття кримінального обвинувачення в цілях статті 6§(1) Європейської конвенції: «Відносна несерйозність покарання, що може бути застосоване, [...] не може позбавити правопорушення притаманної йому кримінальної природи », Озтюрк проти Німеччини (*Öztürk v. Germany*), №. 8544/79, 21 лютого 1984 р., п. 54.

кримінально-правової кваліфікації при конкуренції загальної і спеціальної норм та конкуренції цілого і частини	попередні положення, або містять очевидні зауваження теоретичного характеру.
12-3. Правила кримінально-правової кваліфікації при конкуренції двох спеціальних норм	Виключити цю статтю, оскільки вона стосується малоймовірних гіпотез і суперечить принципу визначення злочину в законі.
12-4. Спеціальні правила кримінально-правової кваліфікації	Виключити цю статтю, як таку, що містить правила кваліфікації та тлумачення закону, які не можна регулювати на законодавчому рівні; відповідні правові питання охоплені Статтею 70.
13. Закінчене та незакінчене кримінальні правопорушення	Додати положення про те, що правопорушник несе кримінальну відповідальність, якщо готування або замах на вчинення одного проступку будуть кваліфіковані окремо як інший, що відрізняється за типом і є закінченим проступком.
18. Суб'єкт кримінального правопорушення	Виключити положення про те, що «спеціальним суб'єктом кримінального правопорушення є фізична осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, кримінальне правопорушення, суб'єктом якого може бути лише певна особа», як очевидне твердження.
25. Необережність та її види	Переглянути положення щодо необхідності проявляти обережність, щоб зазначити, що така необхідність повинна бути обумовлена вимогами законодавства. Виключити поняття інтересів третіх осіб у частині четвертій, оскільки це положення несе в собі ризик порушення принципів законності, правової визначеності та верховенства права.
27. Види співучасників	Змінити визначення організатора, підбурювача та пособника у частинах третій, четвертій і п'ятій таким чином, щоб вони стосувалися виключно злочинів.
28. Вчинення кримінального правопорушення групою осіб, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою або злочинною організацією	Виключити слово «безпосередньо» із запропонованої частини четвертої, оскільки в організованій злочинності злочини нерідко скоюють «опосередковано».
33. Сукупність кримінальних правопорушень	Переглянути необхідність збереження другого речення частини першої, оскільки воно впливає з положень, пов'язаних із судимістю, реабілітацією і звільненням від відповідальності.
49. Звільнення від	Переглянути необхідність збереження правила продовження строку

кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності	давності в результаті вчинення іншого злочину (пропонована частина третя).
56. Громадські роботи	Включити до цієї статті максимальний термін, протягом якого повинні бути виконані різні вироки, якими призначено покарання у вигляді громадських робіт, оскільки залишення визначення загальної тривалості на розсуд судів без законодавчо встановлених максимальних термінів є відхиленням від вимог Статті 7 Європейської конвенції і може привести до порушення Мінімальних стандартних правилах ООН від 1990 року для міри покарання, не пов'язаної з позбавленням волі (Токійські правила) ⁹¹ , а також забезпечити те, що вона застосовується із врахуванням заборони принципу примусової праці.
57. Виправні роботи	Забезпечити, що таке покарання, якщо воно буде збережене, буде застосовуватись із врахуванням заборони принципу примусової праці.
58. Службові обмеження	Виключити розділення покарання по ступенях, оскільки це створює непотрібні ускладнення і обмежує судовий розсуд в процесі індивідуалізації покарань, а також створює ризики нестабільної і несправедливої судової практики.
59. Конфіскація майна	Виключити повтори між останнім реченням пропонованої частини другої Статті 59 та пунктами 1-3 тієї ж частини.
60. Арешт	Виключити розділення покарання по ступенях (див. коментар до Статті 58). Внести зміни до частини третьої, зважаючи, що вислів «як правило» є недостатньо ясным і може створити плутанину і ризики для однаковості судової практики.
63. Позбавлення волі на певний строк	Включити слово «виняткові» (випадки) по відношенню до застосування позбавлення волі до особи, яка вчинила нетяжкий злочин і не має попередніх судимостей, якщо правопорушення має насильницький характер або вчинене з корисливих мотивів, або за інших безпосередньо передбачених законом обставин – для того, щоб уніфікувати положення з аналогічними положеннями (наприклад, частини четвертої Статті 60) і привести положення у відповідність з метою Законопроекту про заохочення застосування покарань, пов'язаних із позбавленням волі, лише в якості «крайнього» заходу.
65. Загальні засади призначення покарання	Перейменувати статтю, щоб вона відповідала своєму змісту, оскільки вона стосується радше правил індивідуалізації покарання, ніж засад. Виключити або змінити положення, що містять тільки посилання на інші положення (частини третя й четверта), є непотрібними (пункт 2 частини першої становить аспект принципу законності, а не правило/засаду індивідуалізації), такими, що можуть заплутати (частина п'ята створює невизначеність щодо того, яким має бути покарання у разі угоди про примирення або про визнання винуватості), або і такими й такими водночас (третє речення пропонованої частини другої суперечить Статтям 51 і 98, що містять перелік покарань і

⁹¹ Стаття 2 (6): «Заходи, що не пов'язані з позбавленням волі, повинні використовуватися відповідно до принципу мінімального втручання».

	визначають, що штрафи мають бути найменш серйозним покаранням, і є радше аналітичним зауваженням, аніж положенням закону).
66. Обставини, які пом'якшують покарання	<p>Змінити поняття, що сформульовані занадто вузько: саме відшкодування збитків може бути сформульоване дещо ширше, щоб також включити випадки, коли правопорушник надав достатні гарантії майбутньої виплати.</p> <p>Виключити вимогу добровільності відшкодування збитків з пункту 2 частини першої.</p> <p>Уточнити положення про вік правопорушника (також провести розмежування між пом'якшувальною обставиною і підставою для обмеження відповідальності) і вчинення правопорушення вагітною жінкою (чи релевантний цей факт за його наявності на момент вчинення правопорушення, або на момент винесення вироку відповідній правопорушниці, чи в обох випадках).</p> <p>Уточнити підставу визнання певної поведінки «жорстоким поведженням» в пункті 7 частини першої.</p>
70. Призначення покарання за сукупністю кримінальних правопорушень (сукупністю злочинів або сукупністю злочинів і проступків)	<p>Внести зміни до статті, передбачивши окремі режими для сукупності злочинів і сукупності злочинів та проступків відповідно.</p> <p>Усунути положення частини другої, що дозволяє судам призначати остаточне сукупне покарання в межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині, у випадках, коли принаймні один зі злочинів є умисний тяжкий або особливо тяжкий, з огляду на різницю в кримінальному й кримінологічному характері, крім того, це може мотивувати правопорушника до вчинення нових злочинів. Це положення можна замінити можливістю перевищувати сукупне покарання, але не суму окремих покарань за сукупності правопорушень, із вимогою обґрунтування такого покарання. Інакше, судовий розсуд може призвести до порушень принципу пропорційності та Статті 3 Європейської конвенції.</p>
74. Звільнення від покарання та його відбування	<p>Усунути обмеження сфери застосування пропонованої частині четвертої Статті 74 нетяжкими злочинами, оскільки така зміна призведе до більш суворого становище, відтак, вона не узгоджується з метою гуманізації Кримінального кодексу.</p> <p>Переглянути вилучення всіх корупційних злочинів зі сфери застосування цього положення, оскільки це може підірвати можливість укладення угод про визнання винуватості і потенційно несумісне з Протоколом № 12 до Європейської конвенції.</p>
75. Звільнення від відбування покарання з випробуванням	<p>Переглянути збереження пропонованої вимоги у частині першій Статті 75 про те, що особа має визнати свою вину, щоб скористатися можливістю звільнення від відбування покарання з випробуванням, оскільки ця вимога створює ризики формального визнання вини, суперечить суті судової оцінки, яка не повинна спиратись на формальні факти, не пов'язані з характером правопорушення і ризиком рецидиву з боку правопорушника, а так само праву особи мовчати чи заявляти про свою невинуватість, і все ж таки мати можливість скористатися з того, що вчинене правопорушення не створює потреби в реальному відбуванні покарання.</p> <p>Переглянути виключення всіх корупційних злочинів зі сфери дії цього положення (див. коментар стосовно Статті 74).</p>

80. Звільнення від відбування ув'язнення через закінчення строку давності виконання обвинувального вироку	<p>Прояснити причини, що лежать в основі частини четвертої Статті 80, яка передбачає, що перебіг строку давності переривається, якщо до закінчення строків, зазначених у частинах першій та третій цієї Статті, засуджений вчинить новий злочин.</p> <p>Усунути виключення всіх корупційних злочинів зі сфери дії цього положення (див. коментар стосовно Статті 74).</p>
86. Амністія	<p>Розглянути можливість видалення положення частини четвертої, яке обмежує сферу застосування амністії у випадках корупційних злочинів, оскільки цей підхід створює ризики для юридичної визначеності, законності і рівності перед законом, тобто процесуальних гарантій Протоколу 12 до Європейської конвенції.</p>
91. Зняття судимості	<p>Прояснити необхідність збереження пропонованого пункту 1 частини першої, оскільки його зміст викладений у наявній частині 2.</p>
96-2-1. Обмежувальний (захисний) припис щодо особи, яка вчинила домашнє насильство	<p>Перенести ці положення до більш відповідних законів, оскільки в них йдеться про процесуальні питання адміністративно-правового або цивільно-правового характеру.</p>
96-2-2. Позбавлення батьківських прав та відібрання дитини	<p>Див. коментар до Статті 96-2-1.</p>
97. Звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру	<p>Усунути пропоновані зміни, оскільки вони передбачають суворіші обмеження на звільнення неповнолітніх від кримінальної відповідальності, ніж поточна версія.</p> <p>Скасувати кримінальну відповідальність для неповнолітніх за проступки.</p>
98. Види покарань	<p>Усунути можливість накладати штрафи на неповнолітніх, оскільки це порушує Рекомендацію Комітету міністрів Ради Європи CM/Rec(2008)11 щодо європейських правил стосовно неповнолітніх правопорушників, які підлягають призначенню санкцій чи заходів, і Рекомендацію Комітету міністрів Ради Європи CM/Rec(2003)20 про нові методи боротьби зі злочинністю неповнолітніх та ролі правосуддя у справах неповнолітніх.</p> <p>Усунути суперечність між положенням пропонованої Статті 60 про те, що «арешт не застосовується до осіб віком до шістнадцяти років», та дозволом у Статті 98 на призначення цього покарання до неповнолітніх, який не містить уточнень, шляхом встановлення чітких вікових обмежень у Статті 98.</p> <p>Усунути можливість застосування додаткових покарань у вигляді штрафу та позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю (частини перша і друга) як необґрунтовану.</p>

99. Штраф	Усунути можливість накладати штрафи на неповнолітніх, особливо положення про неповнолітніх правопорушників без самостійного доходу або одержувачів соціальних пільг (частина друга), оскільки ці кошти не належать засудженій дитині і накладення штрафу, швидше за все, створить умови для того, щоб неповнолітній продовжував свою злочинну поведінку задля виживання. Видалити положення у пропонованих частинах третій і четвертій Статті 99 про заміну грошового покарання іншими покараннями, оскільки це може спричинити негативний виправний вплив на дітей, які не мають трудового досвіду.
100-1. Виправні роботи	Усунути цей вид покарання, як для неповнолітніх, так і для дорослих, оскільки він суперечить європейським і міжнародним стандартам, зокрема пункту Статті 4§(3) Європейської конвенції (див. коментар до Статті 57).
D. Кримінальний кодекс України. Особлива частина	
Стаття	Рекомендації
126. Мордування 127. Катування 365. Перевищення влади 370-1. Застосування службовою особою нелюдських, жорстоких чи таких, що принижують гідність, видів поведінки і покарання	Переглянути визначені елементи правопорушень, щоб забезпечити конкретні моменти, необхідні для дотримання положень Статті 4.1 разом зі Статтею 1.1 Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведінки і покарання, а також практики Європейського суду. Розглянути можливість переформулювати цих елементів в єдине всеосяжне положення. Переглянути покарання, пропоновані Статтями 126 і 365, оскільки вони видаються надмірно м'якими; передбачити положення, які встановлювали б обтяжуючі обставини, що вимагали б іще суворіших покарань. Додати положення, що кваліфікують як правопорушення та встановлюють покарання у разі, якщо службові особи не дозволяють Уповноваженому Верховної Ради з прав людини, народним депутатам Верховної Ради та учасникам Національного превентивного механізму інспектувати місця несвободи відповідно до зобов'язань за Факультативним протоколом до Конвенції проти катувань.
128-1. Порушення правил тримання домашніх тварин	Роз'яснити, про що саме йдеться в посиланні на діяння, вчинене «щодо неповнолітнього або щодо вагітної жінки».
142. Незаконне проведення дослідів над людиною	Розписати елементи цього пропонованого злочину (замість просто констатації того, що проведення трьох типів дослідів мусить бути незаконним). Переглянути достатність пропонованих покарань за його вчинення, оскільки вони виглядають непропорційно м'якими.
154. Примушування до вступу в статевий зв'язок	Передбачити посилання на «будь-який статевий зв'язок» замість «статевий зв'язок природним або неприродним способом». Переглянути покарання, передбачені обома частинами цього положення, оскільки вони здаються необґрунтовано м'якими й можуть суперечити Статті 3 Європейської конвенції.
161. Порушення	Переформулювати назву цього положення, щоб відобразити усі

рівноправності людини залежно від расової, національної належності або релігійних переконань	охоплені цим положенням порушення рівноправності. Дати більш детальний опис «тяжким наслідкам», зазначеними у частині третій.
173. Грубе порушення угоди про працю	Забезпечити, щоб сенс «грубого порушення угоди про працю», і «незаконного звільнення» був ясний на практиці, або детальніше розкрити ці поняття в цьому положенні.
175. Невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат	Забезпечити, щоб сенс «безпідставної невикплати» був ясний на практиці, або детальніше розкрити таке поняття в цьому положенні.
182. Порушення недоторканості приватного життя	Залишити чинну статтю 182 і додати додаткову статтю з чіткою заборонаю переслідування (сталкінгу) - як «реального», так і кіберпереслідування.
192. Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою	Чітко визначити сферу цього правопорушення, оскільки одна з ознак злочину пов'язана з «відсутністю ознак шахрайства», незрозуміло, як само інша ознака має становити «обман».
245. Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу 246. Незаконна порубка лісу	Переглянути ці два положення та усунути можливе дублювання: формулювання пропонуваного положення справляє враження можливого порушення заборони на притягнення до кримінальної відповідальності двічі за те саме діяння через те, що елемент «пошкодження лісових масивів» у частині першій Статті 245, очевидно, також охоплює «незаконну порубку» в частині першій Статті 246.
255-1. Створення організованої групи або участь у ній	Вставити фразу «передбачених цим Кодексом» у частині першій після слова «злочинів», щоб задовольнити принципи юридичної визначеності та законності.
258-3. Створення терористичної групи чи терористичної організації	Розглянути можливість розширення сфери цього положення з огляду на положення Додаткового протоколу 2015 року до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму, зокрема, стосовно іноземних бойовиків-терористів.
294. Масові заворушення	Переглянути зміст цього пропонуваного положення щодо хуліганства для уникнення ризику дублювання і притягнення до кримінальної відповідальності двічі за те саме діяння через подібність до положень пропонуваного Статей 296 і 563. Переглянути формулювання першої частини, оскільки воно справляє враження, що сувора відповідальність передбачається і в разі, якщо масові заворушення виникають під час законних демонстрацій без жодних намірів і зусиль для цього.
296. Хуліганство	Переглянути пропонуване формулювання таким чином, щоб надати чітке визначення термінам «порушення громадського порядку» та «інший винятково цинічний прояв безсоромності в публічному місці». Узгодити визначення останнього зі Статтею 10 Європейської

	<p>конвенції, а визначення «тривалого (понад годину) порушення спокою людей чи нормальної роботи підприємства, установи чи організації» – зі Статтями 10 і 11 Конвенції.</p> <p>Забезпечити пропорційність визначення і розмежування покарань, тобто, грошового штрафу, з одного боку, і досить суворих покарань у вигляді позбавлення волі, з іншого.</p> <p>Усунути неточність і можливий брак пропорційності у причинно-наслідковому зв'язку між деякими з установлених дій у частині другій і встановленими покараннями, так, щоб було дотримано принцип ultima ratio (крайнього заходу).</p>
370. Провокація підкупу	<p>Видалити частину запропонованої Примітки до Статті 370 щодо «проведення в порядку, передбаченому законом, перевірки на добросовісність особи – суб'єкта відповідальності за корупційні злочини», оскільки вона передбачає занадто широке виправдання дій службових осіб. Існує ризик системної провокації, практично без обмежувальних правил і чіткого взаємозв'язку з кримінальними процесуальними нормами, що створює ризики недотримання Статті 6 Конвенції.</p>
375. Постановлення (ухвалення) суддею незаконного або необґрунтованого судового рішення	<p>Не варто залишати ані будь-яке з чинних положень, ані будь-які запропоновані зміни до них, враховуючи те, що інші правопорушення (особливо ті, що стосуються корупції) можуть бути розглянуті у випадку наявності беззаперечних неправомірних дій судді.</p> <p>Якщо чинні або запропоновані положення будуть певною мірою збережені, важливо значно змінити їх для того, щоб повністю попередити можливе посягання на незалежність судової влади.</p>
382. Невиконання судового рішення	<p>Роз'яснити підстави для цього положення, зокрема, видалення частини першої і «зникнення» поняття «умисності», крім як по відношенню до рішень Європейського суду.</p>
384. Завідомо неправдиве показання 385. Відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків	<p>Переглянути доцільність перекласифікації цих правопорушень на проступки, оскільки це спричиняє ризик підриву ефективності відправлення правосуддя.</p>
462. Домашнє насильство	<p>Переглянути це положення, щоб змінити непропорційно м'які покарання, передбачені частинами першою і другою, у порівнянні з установленими елементами (і захищеними цінностями), а також вимогами Статті 3 Європейської конвенції та статей 45 і 46 Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами.</p> <p>Також потрібно уточнити, чи захист, наданий від діянь щодо «члена сім'ї», здатний охопити різні форми поведінки з боку колишнього чоловіка чи дружини, зокрема після розлучення.</p> <p>Також передбачити захист від переслідування (сталкінгу).</p>
464. Перешкоджання	<p>Переглянути доцільність перекласифікації цих правопорушень як</p>

законній професійній діяльності журналістів або об'єднань громадян	проступків, з урахуванням захисту свободи ЗМІ.
470. Порухення права на безоплатну медичну допомогу	Роз'яснити підстави для відповідальності у частині другій цього положення, а саме, за незаконне скорочення мережі державних чи комунальних закладів охорони здоров'я.
561. Порухення порядку організації й проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій	Переглянути це положення, оскільки воно проблематичне через низку причин. По-перше, відповідно до статей 10 і 11 Європейської конвенції, не обов'язково вимагається дотримання формальних вимог щодо проведення зборів тощо. По-друге, у частині першій не зазначена вимога, щоб збори, які супроводжувалися порушенням громадського порядку, були належним чином заборонені, або щоб особа, яку буде притягнуто до відповідальності, брала участь у таких порушеннях. По-третє, неясно, чи елементи цього правопорушення включають до себе протести в судах або заворушення під час судового розгляду, які краще було б розглядати в рамках більш м'яких положень про неповагу до суду. До того ж, незрозуміло, чи друге порушення – за яке, відповідно до частини другої, може бути призначене суворіше покарання – має статися на тому ж самому (забороненому) заході, що, принаймні в деяких випадках, може виявитися надмірним. У разі, якщо діяння, повторно вчинене на тих самих зборах тощо, не охоплюється частиною другою, також відсутня ясність щодо того, чи існує будь-який строк, в межах якого має статися таке повторне діяння. За відсутності такого строку, підвищена криміналізація неодноразових діянь може тривати нескінченно, що суперечило би принципам законності та пропорційності.
563. Дрібне хуліганство	Переглянути це положення, оскільки пункт 3 частини першої виписаний настільки широко, що будь-який гучний звук голосу (навіть сміх тощо) може трактуватися як дрібне хуліганство. Забезпечити застосування покарання за це правопорушення без порушення права на свободу вираження поглядів, встановлене Статтею 10 Європейської конвенції. Роз'яснити елемент «утискає їхню волю» в пункті 4, оскільки він суперечить принципам правової визначеності та законності в матеріальному кримінальному праві. Роз'яснити зв'язок цього положення з основним (загальним) правопорушенням у вигляді хуліганства в новій Статті 296.
565. Розпивання спиртних напоїв у громадських місцях або поява в громадських місцях у стані алкогольного чи наркотичного сп'яніння 566. Розпивання пива, алкогольних,	Переглянути необхідність збереження цих положень або трактування такої поведінки лише як адміністративного правопорушення, оскільки проступки, які будуть визначені цим положенням, не вважаються правопорушеннями в усіх європейських юрисдикціях.

слабоалкогольних напоїв на виробництві	
596. Використання завідомо неправдивих офіційного документа або особливо важливого приватного документа 602. Порушення вимог фінансового контролю і декларування недостовірної інформації	Переглянути доцільність перекласифікації цих правопорушень як проступків, з урахуванням проблем з корупцією в країні, особливо щодо умисних дій відповідно до статті 602 (необережні дії може все-таки бути доцільно розглядати як проступки).
607. Перевищення службовою особою влади або службових повноважень	Переглянути доцільність перекласифікації цього правопорушення як проступку.
618. Невиконання судового рішення	Переглянути це положення, щоб роз'яснити, кого саме слід карати за нього, як саме має встановлюватися, що рішення не було виконане, і чи стосується це повного або також і часткового невиконання.
623. Невиконання обмежувального (захисного) припису або непроходження корекційної програми	Переглянути положення, оскільки в частині першій чітко не вказано, що це правопорушення стосується невиконання остаточного (або зобов'язального) припису, і що йдеться виконання всіх цих приписів (заходів) у повному обсязі. Передбачити положення в частинах другій і третій про більш тяжкі види правопорушень, де невиконання спричинило шкоду безпеці, гідності, організму, здоров'ю особи або поставило її життя під загрозу.
Додаток 2 до Кримінального кодексу України	Видалити визначення, що повторюють положення з основного тексту Кримінального кодексу (наприклад, «вбивство»), оскільки таке повторення дуже імовірно може створити плутанину, завдавши шкоду принципу законності. Видалити визначення, які впливають з основ кримінального права і більше підходять для законодавчих досліджень (наприклад, «караність», «недбалість»). Видалити повтори і неузгоджені визначення (наприклад, «викрадення майна»). Переглянути статус інших визначень, з метою їх можливого перенесення до основного тексту Кримінального кодексу.
Е. Кодекс України про адміністративні правопорушення	
Стаття	Рекомендації
15. Відповідальність	Роз'яснити сферу відповідальності за адміністративні правопорушення

військовослужбовців та інших осіб, на яких поширюється дія дисциплінарних статутів, за вчинення адміністративних правопорушень	відповідно до дисциплінарних статутів, на відміну від відповідальності «на загальних підставах», оскільки це не очевидно із запропонованих поправок.
262. Органи (посадові особи), правомочні здійснювати адміністративне затримання 263. Строки адміністративного затримання	Усунути невідповідність: адміністративне правопорушення за незаконне перетинання або спробу незаконного перетинання державного кордону України (Стаття 204-1) має бути видалене відповідно до положень Законопроекту, однак посилення на цей склад злочину збережене у пункті 2 частини другої Статті 262 і в Статті 263.
Глава 24-1 (чинна редакція). Перегляд постанови по справі про адміністративне правопорушення у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом	Роз'яснити, що положення Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (перегляд постанови по справі про адміністративне правопорушення у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань) застосовується до постанов у справах про адміністративні правопорушення.
Ф. Кримінальний процесуальний кодекс України	
Стаття	Рекомендації
194. Застосування запобіжного заходу	Переглянути необхідність збереження положення частини сьомої, що обмежує застосування запобіжних заходів. Не розширювати (як це пропонується у змінах) коло правопорушень, оскільки ризик не виправданого обмеження волі, уже наявний у поточній версії статті, очевидно посилюється.
477. Поняття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення	Усунути з переліку правопорушень, за якими провадження може бути розпочато слідчим або прокурором лише на підставі заяви потерпілого, такі правопорушення: примушування до вступу в статевий зв'язок (стаття 459 Кримінального кодексу), перешкоджання здійсненню релігійного обряду (стаття 467), порушення недоторканності приватного життя (стаття 468), погроза знищення чи пошкодження майна (стаття 489), мордування за обтяжуючих обставин (частина друга статті 126), оскільки вчинення цих правопорушень неминуче включає поведінку, яка здатна порушувати статті 3, 8 і 9, і статтю 1 Протокол № 1 Європейської конвенції. Усі ці положення тягнуть за собою певні позитивні зобов'язання. Крім того, Європейський суд

	визнав, що в деяких справах порушення прав людини можуть потребувати кримінального розслідування і обвинувачення навіть попри відсутність скарг.
--	--

ДОДАТОК II.



Підтримка впровадженню судової реформи в Україні

Огляд

відповідних європейських стандартів та практик щодо криміналізації неправомірного ухвалення судових рішень або перевищення влади судьями

I. Вступ

1. Цей документ містить огляд відповідних європейських стандартів щодо криміналізації неправомірного ухвалення судових рішень або перевищення влади судьями, а також посилання на найкращі європейські практики імплементації положень про функціональний імунітет та кримінальну підзвітність суддів у процесі виконання їхніх суддівських повноважень.

2. Огляд здійснила професор, почесний доктор наук Лорена Бахмайер Вінтер⁹² на запит Ради Європи в межах заходів проекту Ради Європи «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні», що імплементується Департаментом правосуддя та правового співробітництва Ради Європи.

II. Відповідні європейські стандарти і європейська практика

3. Рекомендація Ради Європи «Судді: незалежність, ефективність та обов'язки», Рекомендація CM/Rec(2010)12, ухвалена Комітетом міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 року, містить деякі рекомендації щодо суддівської відповідальності. І хоча її основні положення стосуються дисциплінарної відповідальності, у ній також зазначається функціональний імунітет, який повинні отримувати судді, а також сфера застосування кримінальної відповідальності. Зокрема, у пунктах 66, 67 і 68, що містяться у розділі «Відповідальність і дисциплінарні провадження», зазначається:

66. Тлумачення закону, оцінювання фактів та доказів, які здійснюють судді для вирішення справи, не повинні бути приводом для цивільної або дисциплінарної відповідальності, за винятком випадків злочинного наміру або грубої недбалості.

67. Лише держава може домагатися цивільної відповідальності судді, подавши скаргу до суду у разі, коли цей суддя повинен був присудити компенсацію.

68. Тлумачення закону, оцінювання фактів або доказів, які здійснюють судді для вирішення справи, не повинні бути приводом для кримінальної відповідальності, крім випадків злочинного наміру.

4. Вищенаведені рекомендації пояснюються у Пояснювальному меморандумі до Рекомендації (2010)12:

«66. У рекомендації зазначається, що виключно у ситуаціях, передбачених законом, особиста суспільна відповідальність судді може стати предметом розгляду тільки в результаті судових позовів держави після присудження компенсації особам, що зазнали шкоди внаслідок дій або бездіяльності судді. В окремих випадках, якщо посадова особа не дотримується власних обов'язків, відшкодування можливе лише у разі, якщо недотримання обов'язків є кримінальним правопорушенням. Держави-члени можуть прийняти рішення про власний захист за допомогою створення запобіжних схем, що стосуються грубого недбалства. У кодексах про судочинство деяких держав-членів зазначено, що відповідальність суддів буде предметом розгляду у випадку

⁹² Професор права, Мадридський університет Комплутенсе.

справ, що стосуються відмов у правосудді, або, у широкому сенсі, коли ці судді здійснюють шахрайство на будь-якій стадії судового провадження. Така відповідальність повинна бути передбачена законом, і стосовно суддів може бути винесене рішення про присудження компенсацій. Справа також може бути перепризначена іншим суддям (пункт 67 рекомендації)».

5. До створення цієї Рекомендації було ухвалено **Висновок № 3 Консультативної ради європейських суддів (КРЄС) до уваги Комітету міністрів Ради Європи щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності від 19 листопада 2002 року, у пунктах 52-54 якої зазначено, що:**

«52. Судді, які у процесі своєї діяльності на посаді вчиняють те, що за будь-яких обставин кваліфікується як кримінальне правопорушення (наприклад отримання хабара), не можуть користуватися імунітетом від звичайного кримінального процесу. Відповіді на запитання опитувальної анкети свідчать про те, що в деяких країнах навіть ті порушення суддів, за якими стоять добрі наміри, можуть розглядатися як злочини. Так, наприклад, судді у Швеції та Австрії (подібно до публічних посадовців) можуть бути покарані (наприклад штрафом) у деяких випадках крайньої необережності (наприклад за надто довге утримання у в'язниці).

53. Тим не менше, хоча в сучасній практиці не виключається повністю притягнення судді до кримінальної відповідальності за ненавмисні порушення під час здійснення службових обов'язків, КРЄС не вважає, що введення такого виду відповідальності є загалом прийнятним та не заохочує цього. Суддя не повинен діяти постійно в умовах загрози фінансових штрафів, навіть якщо й без позбавлення волі, оскільки існування такої загрози може підсвідомо впливати на винесення ним судового рішення.

54. У деяких європейських країнах стало звичним ініціювання незадоволеною стороною порушення кримінальної справи проти судді. КРЄС вважає, що у країнах, у яких кримінальне розслідування або провадження можуть розпочинатися за заявою приватної особи, повинен існувати механізм для попередження або припинення такого розслідування чи провадження проти судді у зв'язку з виконанням ним своїх службових обов'язків, якщо відсутні підстави вважати, що суддю має бути притягнуто до кримінальної відповідальності.

6. Що стосується регулювання у різних державах-членах РЄ, варто зазначити, що у більшості європейських країн окрема кримінальна відповідальність за ухвалення неправомірних судових рішень відсутня. У кримінальних кодексах деяких країн існує поняття злочину під назвою «перевищення службових повноважень», але більш поширена практика полягає у покаранні випадків перевищення службових повноважень за допомогою дисциплінарних

проваджень. Дисциплінарні санкції стосуватимуться як навмисних, так і ненавмисних покарань, та можуть призводити до звільнень з посади.

7. У законодавстві Данії чітко виключена можливість кримінального переслідування судді за його/її судові рішення, а у Кримінальному кодексі Фінляндії передбачено правопорушення «перевищення службових обов'язків», проте, якщо воно було вчинене з необережності, покарання за нього обмежується штрафом або доганою.
8. У конституціях більшості країн передбачено імунітет суддівської діяльності, але цей імунітет не охоплює дій, що є кримінальним правопорушенням. Як приклад можна згадати Конституцію Молдови, де, відповідно до пунктів 1 та 4 статті 19, судді не несуть відповідальності ані за думки, висловлені під час відправлення правосуддя, ані за ухвалені ними рішення «окрім випадків, коли вони остаточно визнаються винними за злочинне перевищення обов'язків».
9. Серед правових систем Європи одним з небагатьох виключень є Кримінально-виконавчий кодекс Іспанії, яким передбачена кримінальна відповідальність за винесення завідомо неправомірного судового рішення. Захищене законне благо не завжди є основним індивідуальним правом осіб в межах проваджень, але загальним правом є верховенство права. Кримінальне правопорушення стосується не тільки суддів, а і будь-якого державного службовця за прийняття завідомо неправомірного рішення. Мета полягає у захисті дотримання закону – спеціальному і найголовнішому обов'язку кожного державного службовця. Воно визначається як одна з форм перевищення службових обов'язків, а його тяжкість та застосування санкцій залежатиме від нанесеної шкоди.
10. Відповідно до статті 447 Кримінального кодексу Іспанії, суддя підлягає кримінальній відповідальності за кримінальні правопорушення, скоєні під час виконання власних обов'язків, зокрема, винесення завідомо неправомірного рішення є кримінальним правопорушенням. Покарання залежить від того, чи це рішення було винесене у кримінальному процесі чи ні, та чи було у ньому виконане покарання. Покарання становить від 6 місяців до 4 років ув'язнення, крім того, воно може набувати форми штрафу. В будь-якому випадку таке кримінальне правопорушення призводить до звільнення судді та заборони йому обіймати будь-які державні посади протягом терміну аж до 20 років. У процесі призупинення кримінального провадження за це покарання дисциплінарні провадження можуть продовжуватись, проте, жодного рішення до завершення кримінального провадження винесено не буде. Факти, що були встановлені як такі, що доведені у кримінальному провадженні, є зобов'язуючими для наступних дисциплінарних проваджень. Після накладення кримінальної санкції дисциплінарна відповідальність може бути накладена лише на основі іншої правової підстави (стаття 415).

11. Що стосується доведення умисності, практика суду вимагає, щоб закон, що порушується у процесі ухвалення неправомірного рішення був чітким (щоб його не можна було розтлумачити різними методами), і за умови виконання цієї умови судді повинні бути обізнані щодо того факту, що відхід від цього правила суперечить закону. Точних статистичних даних щодо кількості рішень, відповідно до яких суддя був визнаний винним за це правопорушення, не існує, проте, можна зробити припущення, що протягом року трапляється не більше двох чи трьох подібних випадків.
12. У Кримінально-виконавчому кодексі Естонії міститься інше виключення, що закріплене у статті 311, відповідно до якої винесення суддею завідомо неправомірного рішення карається позбавленням волі на строк від 5 до 10 років. Це правопорушення передбачає наявність вираженого та чіткого наміру судді винести неправомірне рішення, таким чином, скоєння такого злочину з недбалості не підпадає під дію закону.
13. Що стосується неєвропейських країн, то у законодавстві деяких латиноамериканських держав містяться положення, що передбачають покарання винесення завідомо неправомірного судового рішення («*prevaricación*»). Таке положення міститься у законодавствах більшості країн, на яких історично була встановлена влада Іспанської імперії, а відтак їхні законодавства дуже подібні до законодавства Іспанії. Станом на зараз такі кримінальні правопорушення караються в Уругваї, Аргентині, Чилі, Мексиці та Домініканській Республіці, проте, їхні законодавства вимагають наявності загального наміру встановити кримінальну відповідальність. Такі санкції, як правило, призводять до звільнення судді або державного службовця.