

Шевченко С.В.

асистентка кафедри кримінального права і кримінології юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ПРОПОРЦІЙНОСТІ У КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ДІЯНЬ

Актуальність. Тема встановлення заборони і понесення покарання за її порушення у прямому сенсі є первинною для всього людства з початку його існування в межах концепції юдео-християнського світу. У положеннях з Книги буття дуже коротко викладено порушення першої і єдиної заборони, наданої *творцем* людині. Вищезгадані положення, на наш погляд, не могли не вплинути на роботи англійського філософа права Томаса Гоббса у частині обґрунтування виняткових повноважень вже не творця, а *законотворця*. Фундаментальною тезою Т. Гоббса є аксіома: «Поза громадянським станом – завжди війна. Звідси очевидно, що впродовж того часу, коли люди живуть без загальної влади, яка б усіх тримала у страху, вони перебувають у становищі, яке називається війною, і це війна всіх проти всіх»¹.

Таким чином, сер Гоббс наполягає на тому, що людина є, можливо, і раціональною істотою, яка може мирно взаємодіяти із іншими людьми, проте зовсім не обов'язково, що саме такий варіант поведінки буде обраний нею. Тобто за Т. Гоббсом природний стан людини якраз навпаки – «війна всіх проти всіх» (лат. *bellum omnium contra omnes*) і, знаючи це, людська свобода не може бути абсолютною, тому її необхідно у певний спосіб обмежувати, зокрема у спосіб встановлення заборон і забезпечення несення відповідальності за їх порушення. Виходячи з цього, сер Гоббс обґрунтовує,

¹ Томас Гоббс Левіафан І К.: Дух і Літера, 2000. с.153

що одного умовного дня люди усвідомили потребу існування певних базових правил, які будуть на благо всім і які будуть поширюватись також на всіх. Наприклад, заборони порушення фізичної недоторканності іншого (право на життя або «не вбивай») або власності іншого (право власності або «не кради»). Наслідком цього усвідомлення у філософії права називають укладення так званого «суспільного договору», який полягає у наступному: кожна людина і люди у своїй сукупності добровільно погоджуються на обмеження певних своїх прав і підкоряються волі правителя в обмін на захист згаданих цих прав.

На наш погляд, все вищенаведене безпосередньо пов'язане із темою нашого дослідження. Криміналізацію діянь, на наш погляд, слід розглядати виключно як *ultima ratio* повноваження сучасного законотворця. Адже кримінальне право без сумніву є найбільш репресивним інструментом в його арсеналі, з огляду на що, застосування останнього має бути обрामленим певними засадами задля того, щоб воно не стало свавільним. Під свавільним використанням, ми розуміємо, використання всупереч змісту його надання – захисту прав окремої людини і сукупності людей задля забезпечення правопорядку. Також свавільним є криміналізація у випадку, коли відповідні суспільні відносини можуть бути врегульовані менш обтяжливими інструментаріями, наприклад, цивільно або адміністративно-правовими. Сер Дж. Локк у своїй фундаментальній праці «Два трактати про правління» зазначав, що законодавець внаслідок отримання опісля укладення суспільного договору має реалізовувати легітимізовану силу «пропорційно до переступу, що слугувало б для виправлення і перестороги»². Отже, повноваження законодавця криміналізувати (аналогічно з пеналізацією, як

² Джон Локк Два трактати про правління . пер. з англ. А. Содомора. К.: Наш формат, 2020. с.159

було зазначено вище) не може бути абсолютним, як і людська свобода. Таким чином, з врахуванням тягаря його потенційних наслідків для людини у вигляді кримінальної відповідальності, цей процес обов'язково має бути змістовно наповненим засадничими ідеями, спрямованими на захист прав людини. В межах вищенаведеного слушно навести наступні рядки: «свобода людини, підпорядкованої правлінню, означає жити відповідно до чітких правил, спільних для кожного члена цієї спільноти, створених встановленою законодавчою владою. Свобода – слідувати за власною волею у всьому, чого не забороняє закон, не підлягати під постійну, непевну, несвідому судочинну владу іншої людини»³.

На наше переконання, основоположним принципом криміналізації є саме принцип пропорційності, змістовною вимогою якого є те, щоб: *по-перше*, у процесі криміналізації чітко окреслювались інтереси, які балансує законодавець (публічні і приватні) – складова балансування; *по-друге*, задля того, щоб права людини у випадку криміналізації обмежувались лише тоді, коли це крайній засіб, оскільки іншими засобами (менш обтяжливими) певний інтерес неможливо виконати – складова правообмеження. Таким чином, принцип пропорційності у криміналізації діянь є своєрідним категоричним імперативом, який змушує законодавця обґрунтовувати: чому певне діяння має бути забороненим; чому необхідна саме кримінально-правова заборона; окреслити, чи обмежуються права людини внаслідок встановлення цієї заборони і якщо так, то що виправдовує таке обмеження.

Стан дослідження. Дослідження окремих принципів кримінального права ставали об'єктом розвідок як вітчизняних вчених, серед яких, Ю.В. Баулін, В.А. Гацелюк, С.В. Гізімчук, П.В. Демчук, О.О. Дудоров,

³ Джон Локк Два трактати про правління . пер. з англ. А. Содомора. К.: Наш формат, 2020. с.169]

М.Я. Кондра, О.О. Книженко, В.О. Навроцький, Ю.С. Резнік, О.В. Степаненко, М.І. Хавронюк, С.В. Хилюк, В.В. Шаблистий, так і зарубіжних, з-поміж яких, Е. Ешворс, К. Дейвіс, Д.І. Дєдов, Д. Гусак, Г. Джонс, Н.А. Лопашенко, Р.Дж. Сінгер, С. Сплавніч, Б. Шлінк, Н. Яреборг, Л. Янг та інші. Станом на сьогодні у вітчизняній кримінально-правовій доктрині єдиними комплексними дослідженнями принципів кримінального права є дисертаційне дослідження В.А. Гацелюка «Реалізація принципів кримінального права України: проблеми»⁴ і дві монографії, на його основі, а також дисертація Олійник О.С. «Принципи кримінального права». Окрім того, аналіз сучасних доктринальних кримінально-правових напрацювань у царині принципу пропорційності дає нам підстави стверджувати, що останній досліджувався виключно в рамках теорії пеналізації, зокрема співмірності призначеного покарання тяжкості злочину, обставин його вчинення та особи, яка його вчинила⁵. Також принцип пропорційності частково досліджувався у межах розвідок, присвячених темі надмірності кримінально-правової заборони⁶. Інші аспекти проблематики залишились поза увагою авторів, зокрема криміналізація діянь, а сам принцип пропорційності ніколи не ставав об'єктом окремого спеціального дослідження у вітчизняній доктрині кримінального права. Враховуючи все

⁴ Гацелюк В.А. Реализация принципов уголовного права Украины: проблемы и перспективы. Луганск: РИО ЛАВД, 2003. 152 с.

⁵ Берзін П.С. Кримінальне права України. Загальна частина: підручник: у 3-х т. Т. 1. Загальні засади. К.: ВД «Дакор», 2018. с.151; Книженко О.О. Теоретичні засади встановлення санкцій у кримінальному праві: дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.08. Харківський національний університет внутрішніх справ. Харків, 2012. с.118; Коржанський М.Й. Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна. Курс лекцій. Київ: Атіка, 2001. с.78-86

⁶ Балобанова Д.О. Теорія криміналізації: автореферат дисертації кандидата юридичних наук: спеціальність 12.00.08. Одеська національна юридична академія. Одеса, 2007. с.12; Туляков В.О. Моральна адекватність кримінально-правової заборони. Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр.; МОН України, ОНЮА. Одеса : Фенікс, 2008. № 44. с.257

вищевикладене, тема дослідження є більш ніж актуальною – як для подальшого розвитку тематики принципів у кримінальному праві, так теорії криміналізації діянь.

Виклад основного матеріалу дослідження. Криміналізація діяння – це процес і результат⁷ віднесення певного діяння до категорії кримінально-протиправного та кримінально-караного. Принципу пропорційності у криміналізації діянь притаманна двоїста природа⁸: балансування і правообмеження. Ці дві складові пропорційності є взаємодоповнюваними сторонами однієї медалі, кожна з яких має врівноважувати іншу для того, щоб принцип пропорційності у криміналізації був реалізований.

У принципі пропорційності в аспекті балансування пріоритетним є захист публічного блага, натомість у аспекті правообмеження – приватного, зокрема забезпечення встановлення лише пропорційних обмежень прав людини. З огляду на це, вірним видається твердження, що у межах принципу пропорційності як балансування законодавча перевага надається захисту публічного інтересу (суспільства як сукупності індивідів і держави), а у правообмеженні – приватного (інтересу окремої людини).

Під час реалізації принципу пропорційності у криміналізації як принципу балансування законодавцю необхідно окреслити: у чому конкретно полягає публічний інтерес держави, суспільства у криміналізації

⁷ *Бытко Ю.И.* Криминализация как важнейшая составляющая уголовном политики. Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2016. № 6 (113). с.91; *Дудоров О.О.* Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2017. с.51; *Дудоров О.О., Хавронюк М.І.* Кримінальне право: навчальний посібник. Київ: Ваіте, 2014. с.127

⁸ *Коэн-Элия М.* Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни / М. Коэн-Элия, И. Порат. // Сравнительное Конституционное обозрение. 2011. №3. с.61-63; *Тоцький Б.А.* Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові. Часопис Київського університету права. 2013. № 3. с.70; *Погребняк С.П.* Принцип пропорційності у судовій діяльності. Філософія права і загальна теорія права. 2012. № 2. с.50-51

певного діяння і визначити приватний інтерес людини, який підлягатиме обмеженню. Визначені інтереси в подальшому і мають збалансовуватись законодавцем у процесі прийняття рішення про криміналізацію. Результати балансування значною мірою залежать від того, що власне ставиться на чашу зважування. Слід зауважити, що якщо з визначенням приватного інтересу переважно не виникає труднощів, адже його необхідно сформулювати опираючись на певне конкретне право людини, то з визначенням публічного – навпаки. І поняття прав, і поняття свобод людини попри певну абстрактну наповненість є, здебільшого, окресленими у матеріальному праві: від міжнародно-правових актів, як-от, Загальної декларації прав людини, ЄКПЛ, до вітчизняних нормативно-правових актів (від відповідної Конституції до галузевих законів). Використовуючи судове та доктринальне тлумачення, можна з'ясувати зміст таких прав людини (права на приватність, права на свободу думки совісті та релігії і т.д.). Враховуючи це, доволі простим видається змога визначення законодавцем приватного інтересу та його чіткого окреслення у процесі зважування: назву певного права людини, його змісту, який або визначений у певному матеріальному законі, або ж може бути з'ясований за допомогою застосування різних видів тлумачення.

З вищезгаданого твердження існують винятки, які полягають у тому, що зміст окремих прав людини, наприклад, репродуктивних, є малоокресленим як у матеріальному праві, так і в судовому чи доктринальному тлумаченні. Причиною такого стану речей є те, що згадані вище права можуть бути відносно новосформованими. Але все ж сьогодні розуміння змісту навіть таких прав активно розробляються під час судового

тлумачення відповідних судів: від КС України, ФРН до ВС США⁹, ЄСПЛ¹⁰ та інших.

Щодо ідентифікації публічного інтересу, то, очевидно, що не існує в природі жодного переліку прав держави чи суспільства. Проте окреслення того, що могло би становити публічний інтерес, може міститись у преамбулі певного закону чи його загальних положеннях, у яких законодавець має можливість визначити певні концептуальні положення. Наприклад, відповідно до п.10 ч.1 ст.1 Закону України «Про національну безпеку України» національні інтереси України - життєво важливі інтереси людини, суспільства і держави, реалізація яких забезпечує державний суверенітет України, її прогресивний демократичний розвиток, а також безпечні умови життєдіяльності і добробут її громадян.

Слід зауважити, що публічний інтерес не може визначатись як щось надміру абстрактне, оскільки обмеження прав людини шляхом криміналізації певного діяння не може обґрунтовуватись з підстав необхідності захисту якогось антропоморфного блага. З огляду на це публічний інтерес держави має бути чітко визначеним, адже в іншому випадку законодавець мав би відмовитись від наміру криміналізації. Окрім того, аналогічна вимога застосовна до випадків, коли ідентифікації певного публічного інтересу кореспондує також обов'язок виконання певних позитивних зобов'язань самою ж державою. До прикладу, у випадку

⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 [Електронний ресурс] // US Supreme Court. Volume 410. 1973. Режим доступу до ресурсу: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>.

¹⁰ *Case of A, B and C v. Ireland* (Application no. 25579/05) [Електронний ресурс]. Режим доступу до ресурсу:

[https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:\[%22A%20B%20C%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-102332%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:[%22A%20B%20C%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-102332%22]}); *Case of Tysiac v. Poland* (Application no. 5410/03) [Електронний ресурс]. Режим доступу до ресурсу: [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:\[%22Tysiac%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-79812%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:[%22Tysiac%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-79812%22]})

криміналізації абортів такими позитивними обов'язками можуть бути: створення мережі дитбудинків, забезпечення допомоги одинокій матері чи батьку і так далі. Реалізація згаданого вище підходу унеможливить необґрунтований правовий популізм, патерналізм і моралізм, оскільки відносини у системі координат людина та держава мають будуватись за принципом дороги із двостороннім рухом: правам людини слідують її обов'язки; повноваженню держави обмежувати права людини – виконання нею позитивних і негативних зобов'язань; винятковому повноваженню держави криміналізації – виконання негативного обов'язку утриматись від встановлення кримінально-правової заборони за винятків випадків *ultima ratio*.

Таким чином, і складова балансування, і правообмеження принципу пропорційності у криміналізації діянь має кінцевою метою визначити яким чином можна досягнути справедливого балансу між публічним та приватним інтересом і знайти справедливе правове регулювання суспільних відносин. Значною мірою принцип пропорційності у криміналізації є втіленням стародавньої аристотелівської ідеї про те, що справедливе завжди десь посередині. Вірним видається підхід до процесу законотворення загалом і процесу криміналізації у найбільшій мірі як до процесу, який має бути об'єктом відкритого дискурсу у суспільстві (серед фахівців і не фахівців у галузі права). Проте вищезгадане має бути додатком до того, що законодавець самостійно проходить процес саморецензування (формування бази аргументів та контраргументів на користь і супроти криміналізації діяння), бо в іншому випадку цей процес буде лише політично заангажованим. Тільки такий підхід, на наш погляд, дозволить у перспективі підвищити якість творення кримінально-правової норми, оскільки

доводиться констатувати, що хаотична кримінально-правова політика¹¹ і надмірна криміналізація є сьогодні негативним трендом у кримінальному праві.

Якщо мислити категоріями утилітаризму, то законодавець має обов'язок аргументувати, який кінцевий наслідок криміналізації певного діяння виправдовує його криміналізацію, якщо внаслідок цього обмежуються певні права людини. Таким чином, принцип пропорційності як балансування вимагає, насамперед, обґрунтування необхідності криміналізації діяння (англ. *justification, reasoning*). Згідно тлумачного словника поняття «*reasoning*» (укр. обґрунтування) походить від слова «*reason*» (укр. розум) та визначається як «використання рацію, в особливості: робити висновки за допомогою рацію». Отже, державне втручання у права людини у формі криміналізації не може відбуватись без його належного аргументування. Як мета – захист певного публічного блага, так і засіб для її досягнення – криміналізація діяння, повинні мати в своїй основі раціональні підстави, тобто мають бути пропорційними.

Як вже було окреслено попередньо, спершу принцип пропорційності у криміналізації діянь реалізується саме як ідея балансування, а вже опісля ідентифікації публічного та приватного інтересу – як правообмеження. Позаяк, історично ідея балансування була створена для обґрунтування необхідності захисту певного публічного інтересу, в тому числі

¹¹ Демчук П. Надмірний динамізм кримінального закону: огляд проблеми в контексті дотримання принципу законності // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XXVII звітної науково-практичної конференції (5 - 6 лютого 2021 р.) у 2-ох ч. Ч.2. Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2021. С. 133; Марін О.К. Сучасні тенденції розвитку кримінального законодавства України // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XXVII звітної науково-практичної конференції (5 - 6 лютого 2021 р.) у 2-ох ч. Ч.2. Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2021. С. 152

кримінально-правовими засобами. Правообмеження як складова принципу пропорційності у криміналізації діянь реалізується у криміналізації діянь з метою встановити розумне співвідношення між легітимним обмеженням прав людини, яке буде наслідком криміналізації, і легітимною метою, яку необхідно досягти, застосовуючи таке обмеження, зокрема захист охоронюваних законом благ та інтересів, реагування на небезпечні прояви людської поведінки і т.д.

Таким чином, якщо балансування у принципі пропорційності встановлює зовнішні вимоги до процесу криміналізації: ідентифікувати, об'єктивувати та обґрунтувати назовні потребу у криміналізації; то правобмеження встановлює внутрішні (змістовні) вимоги до законодавця у процесі криміналізації – розглядаючи криміналізацію як спосіб обмеження прав людини треба брати до уваги гідність, яка притаманна всім людям. З огляду на вищесказане цілком погоджуємось із твердженням про те, що «підпорядкування будь-якому правовому положенню, навіть якщо воно є авторитарним декретом влади, – це справа особистого морального рішення... моральна автономія чи незалежність свідомості громадянина є внутрішньою характеристикою будь-якого права...та послуху взагалі»¹². Кримінально-правова заборона має видаватись справедливою у найбільш широкому розумінні цього поняття кожному члену суспільства як раціональній істоті аби бути легітимізованою у суспільстві як сукупності людей. Адже якщо щодо оцінки певної поведінки відсутнє однозначне ставлення у суспільстві, зокрема схвальне чи несхвальне, і за умови, що це доволі поширена поведінка, то у таких випадках складно буде забезпечити у правозастосовчій сфері притягнення до кримінальної відповідальності

¹² Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права / пер. з англ. Р. Семків. Київ, Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2008. с.108

або ж на це будуть потрібні значні ресурси. Тому законодавцю слід також проаналізувати, яким чином криміналізація вплине на ті чи інші правовідносини з точки зору правозастосування. До прикладу, судові справи, які стосуються криміналізації одностатевих сексуальних відносин (Lawrence v. Texas, Dudgeon v. the United Kingdom), штучного переривання вагітності (Roe v Wade, Case of Tysięc v. Poland, Case of P.P. v. Poland, Case of A, B and C v. Ireland) та інші наочно демонструють, що задля того, аби кримінально-правова норма-заборона була ефективною, остання має бути пропорційною і, як наслідок, справедливою. Позаяк у випадках недотримання стандартів доказування у кримінальному процесі або належної правової процедури настає наслідок у вигляді визнання невиконання державою позитивних зобов'язань щодо забезпечення реалізації певних прав і декларування використання криміналізації як *prima ratio*.

Ідею правообмеження, як вже зауважували попередньо, було створено з протилежною від ідеї балансування метою – захистити приватний інтерес, зокрема свободу кожної окремої людини від надмірного втручання. З огляду на це з реалізацією у процесі криміналізації правообмеження законодавець оцінює безпосередньо саму пропорційність криміналізації як результату: чи обмеження права людини є належним, необхідним, розумним.

Належність позначає вимогу для законодавця обрання засобу, який застосовний до досягнення визначеної мети. Екстраполюючи цю складову на процес криміналізації, то остання має бути придатною для досягнення мети. Окрім того, мета законодавця має бути бути легітимною. В цій частині застосовні усі перестроги, що були окреслені у попередньому підпункті щодо складнощів визначення публічного інтересу і потреби

тлумачення преамбули нормативно-правових актів задля окреслення легітимності мети, яку переслідує законодавець. Слід зазначити, що на відміну від тлумачення ЄСПЛ, поняття «закон» у вітчизняній системі права розуміється вужче через приналежність до континентальної системи права.

Необхідність є вимогою до законодавця обрання засобу, який є найменш обтяжливим для прав людини в порівнянні з іншими (правовими) альтернативами. Оскільки криміналізація діяння є винятковим та виключним повноваженням законодавця, яке за своїм змістом є найбільш обтяжливим для прав людини, то такий засіб має застосовуватись лише тоді, коли інші є неефективними. Криміналізація не повинна бути *premium remedium*, а має бути власне лише *ultima ratio*. Окрім того, вищезгадана вимога включає в себе іманентно тезу про те, що ціль не виправдовує будь-які засоби. Також в цій частині треба зазначити, що диференціація кримінальної відповідальності в залежності від умислу також відображає ідею пропорційності правового регулювання.

Розумність є вимогою до законодавця, щоб було досягнуто розумне співвідношення між причиною, метою та обсягом правового регулювання. Підсумовуючи все вищесказане, законодавець, на наш погляд, вирішуючи питання криміналізації, має застосовувати наступний алгоритм задля реалізації принципу пропорційності:

- визначити, яка мета встановлення кримінально-правової заборони;
- встановити, чи є така мета легітимною;
- визначити, на чиї та які інтереси та права вплине встановлення кримінально-правової заборони;
- встановити поняття публічного та приватного інтересу у криміналізації діяння, які можуть обмежуватись внаслідок криміналізації та які законодавцю власне і потрібно збалансувати;

– визначити, чи має держава які-небудь позитивні зобов'язання щодо забезпечення вищезгаданого публічного інтересу, права людини;

– проаналізувати, який вид правового регулювання доцільно обрати задля забезпечення відповідного інтересу, права людини, зокрема: здійснити аналіз від найменш обтяжливого засобу, якими є цивільно-, адміністративно-правове регулювання до кримінального-правового у формі криміналізації крізь призму переваг та недоліків кожного, затрат ресурсів та впливу на відповідні суспільні відносини;

– проаналізувати зміст діяння (*mala prohibita, mala in se*), щодо якого законодавець розглядає питання доцільності встановлення кримінально-правової заборони;

– обґрунтувати, чому конкретна криміналізація діяння є власне *ultimum remedium* законодавця і чому інші менш обтяжливі засоби незастосовні;

– перевірити, чи криміналізація обмежує ті права людини, які не є абсолютними, та чи вона посягає на зміст самих прав;

– перевірити, чи встановлена кримінально-правова норма-заборона сформульована згідно вимог законодавчої техніки.