

2.6. Подолання міжгалузевої колізії, зумовленої відношенням тотожності певного складу злочину з певним складом адміністративного правопорушення

Як уже говорилося вище, найчастіше випадки колізії мають місце між певними складами злочинів з одного боку та відповідними їм складами адміністративних правопорушень.

Випадки, коли одне й те саме діяння передбачене в КК як злочин і у КУпАП, або іншому законі, що встановлює адміністративну відповідальність, як адміністративне правопорушення не єдина, але, мабуть, найбільш гостра проблема з тих, що постають у відмежуванні складів злочинів від складів адміністративних правопорушень в ході кримінально-правової кваліфікації. Співвідношення рівнозначності (тотожності) складу злочину і складу адміністративного правопорушення, що є передумовою колізії кримінально-правових норм, має місце тоді, коли диспозиції відповідних статей КК і КУпАП збігаються текстуально, або, хоч і не збігаються текстуально, але є тотожними за змістом. Щодо останнього маються на увазі ті випадки, коли в диспозиціях відповідних статей КК України та КУпАП використані різні терміни, які, однак, позначають одне й те саме поняття. Наприклад, склади правопорушень, передбачені ст. 213 КК України «Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом» та ст. 164¹⁰ КУпАП «Порушення законодавства, що регулює здійснення операцій з металобрухтом», якою КУпАП було доповнено на підставі Закону України № 2114-III від 16 листопада 2000 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо операцій з металобрухтом». Приклади збігу усіх ознак складу злочину і складу адміністративного правопорушення, передбачених у інших законах, крім КУпАП, що передбачають адміністративну відповідальність, у 21 парі чи групі правопорушень, навів М.І. Хавронюк

[586]

Прикладом же абсолютного текстуального збігу був склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 310 КК України «Посів або вирощування снотворного маку чи конопель» в її первісній редакції і склад адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 106² КУпАП «Незаконні посів і вирощування снотворного маку чи конопель». Полягало це в тому, що в період з прийняття чинного КК України і до внесення змін до ст. 310 КК України Законом України від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» № 270-VI (270-17) диспозиції ч. 1 ст. 310 КК і ст. 106

2

КУпАП були сформульовані абсолютно однаково.

Такі випадки повного збігу складу злочину та складу адміністративного правопорушення за усіма ознаками характерні не лише для законодавства України. Російські дослідники звертають увагу, що у законодавстві РФ є випадки, коли за один і той самий вид поведінки, зокрема виготовлення з метою використання державних нагород, передбачається і кримінальна, і адміністративна відповідальність^[587].

Співвідношення тотожності між складом злочину та складом адміністративного правопорушення, має місце й тоді, коли об'єктивна сторона вчиненого діяння одночасно передбачена адміністративно-правовою нормою і кримінально-правовою нормою про замах на злочин з матеріальним складом; а також коли повністю збігаються ознаки співучасті у певному злочині і складу адміністративного правопорушення.

Має місце ситуація міжгалузевої колізії кримінально-правової та адміністративно-правової норм, коли сукупність одних і тих самих ознак утворює склад адміністративного правопорушення, й водночас той самий набір ознак формує склад злочину. В такій ситуації — ситуації колізії — потрібно змінювати закон. Наприклад, Законом України від 18 травня 2004 р. та Законом України від 3 квітня 2003 р. були виключені із КК відповідно: ст. 331 «Незаконне перетинання державного кордону» та ст. 230 «Порушення антимонопольного законодавства». Подолання міжгалузевої колізії можливе не лише шляхом декриміналізації відповідних діянь, як у наведених вище прикладах, а й їх криміналізації. Так, Законом України від 23 лютого 2006 р. із КУпАП були виключені ст. ст. 186² і 186⁴, що означає остаточну, на цей раз дійсну, криміналізацію діянь, передбачених тепер у ч. 8 ст. 158 КК (в редакції Закону України від 23 лютого 2006 р.). Виключення ст. ст. 186² і 186⁴ КУпАП означає, що відповідні діяння уже не вважаються адміністративними правопорушеннями, а тому, за умови, що вони передбачені у КК, немає формальних перешкод кваліфікувати їх як злочинні. Це й стало остаточною — дійсною кримінально-правовою заборонаю відповідних діянь. Не вдаючись у оцінку доцільності криміналізації цих діянь, можна констатувати, що проблема колізії в цьому випадку вирішена.

Законодавчі приписи, що стосуються колізійного правила, суперечливі. Так відповідно до ч. 2 ст. 9 КУпАП, «адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою відповідно до чинного законодавства кримінальної відповідальності». А в ч. 2 ст. 11 КК України сказано: «Не є злочином дія чи бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки...». Одним з критеріїв малозначності у кримінально-правовій літературі називають ту обставину, що відповідне діяння передбачено в КУпАП. Також не зрозумілим залишається й те, що ж таке характер діяння, про який ідеться у ч. 2 ст. 9

КУпАП, і як він визначається.

Неоднозначність законодавчих приписів зумовлює неоднозначність тлумачення закону. Перш за все, органом, який відповідно до ст. 147 Конституції України дає офіційне тлумачення Конституції та законів України. Свої правові позиції з приводу правил кваліфікації у разі колізії між різними нормативно-правовими актами Конституційний Суд України транслиував не раз. У рішенні № 4-зп від 3 жовтня 1997 р. сказано: «Конкретна сфера суспільних відносин не може бути водночас врегульована однопредметними нормативними правовими актами однакової сили, які за змістом суперечать один одному. Звичайною є практика, коли наступний у часі акт містить пряме застереження щодо повного або часткового скасування попереднього. Загальноновизнаним є й те, що з прийняттям нового акта, якщо інше не передбачено самим цим актом, автоматично скасовується однопредметний акт, який діяв у часі раніше»^[588]. Таким чином, Конституційний Суд України констатував неправомірність існування проявів колізії у законодавстві. Проте, таке засудження колізії висловлене лише щодо її існування між різними нормативно-правовими актами. Стосується воно лише «однопредметних нормативно-правових актів». Орган конституційного контролю не уточнив, що означає словосполучення «однопредметні нормативно-правові акти». Можна лише припустити, що це означає: акти з однаковим предметом правового регулювання, тобто ті, що належать до однієї галузі законодавства. Чи поширюється визнане Конституційним Судом України правило про «темпоральний пріоритет» *lex posteriori* і автоматичне скасування його прийняттям колізуючого *legi apriori* з іншої галузі законодавства з аналізованої правової позиції органу конституційного контролю не зрозуміло.

У рішенні ж № 5-рп Конституційний Суд України вказав: «Згідно з правовою позицією Конституційного Суду України конкретна сфера суспільних відносин не може бути водночас врегульована однопредметними нормативними правовими актами однакової сили, які за змістом суперечать один одному (абзац п'ятий пункту 3 мотивувальної частини Рішення від 3 жовтня 1997 року № 4-зп). Виходячи з наведеного Конституційний Суд України вважає, що невідповідність окремих положень спеціального закону положенням кодексу не може бути усунена шляхом застосування правила, за яким з прийняттям нового нормативно-правового акта автоматично призупиняє дію акт (його окремі положення), який був чинним у часі раніше»^[589]. Таким чином правова позиція Конституційного Суду України, закріплена в аналізованому рішенні, полягає у запереченні, як правомірності існування темпоральної конкуренції, так і пріоритету акту, прийнятого пізніше, над актом однакової юридичної сили, прийнятим раніше. Проте, орган конституційного контролю веде мову про суперечність між прийнятим раніше кодифікованим нормативно-правовим актом і спеціальним законом. Знову ж таки роз'яснення, дане Конституційним Судом України не вносить ясності щодо ситуацій, коли існує колізія між правовими приписами різних кодексів.

Як ця ситуація невизначеності відображається на стані судової практики, а значить, на долі конкретних людей можна проілюструвати таким прикладом. Так, «*постановою Локачинського районного суду Волинської області від 15 травня 2002 р. провадження у кримінальній справі за обвинуваченням П. за ч. 1 ст. 213 КК закрито на підставі п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК і зобов'язано Локачинський РВ УМВС України в зазначеній області порушити адміністративне провадження у зв'язку з наявністю в діях П. правопорушення, відповідальність за яке передбачена ст. 164*

10

КпАП

»

[590]

Проте, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України визнала, що кримінальну справу за обвинуваченням П. за ч. 1 ст. 213 КК було закрито на підставі п. 2 ст. 6 КПК України не обґрунтовано, оскільки суд, на думку колегії, неправильно застосував чинне законодавство. Мотивував своє рішення суд касаційної інстанції, посилаючись на положення ч. 2 ст. 9 КУпАП, а також на те, що ч. 1 ст. 213 КК України передбачено кримінальну відповідальність за вчинене П. діяння. Таким чином, суд касаційної інстанції проігнорував принцип кримінально-правової кваліфікації: «усі сумніви тлумачаться на користь особи, дії якої кваліфікуються», оскільки за те саме діяння на той час було встановлено й адміністративну відповідальність у ст. 164¹⁰ КУпАП.

Неправильна кваліфікація у конкретному випадку — це не найгірше, що є у наведеній справі. Витяг з цієї ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України оприлюднений у Віснику Верховного Суду України і як повчання підпорядкованим судам у квітесенції цієї публікації сказано: «*Постанову суду про закриття кримінальної справи скасовано, а справу направлено на новий судовий розгляд в іншому складі суду, оскільки адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені Кодексом України про адміністративні правопорушення настає, якщо вони за своїм характером відповідно до закону не тягнуть кримінальної відповідальності*

».

Правова невизначеність провокувала порушення принципу законності, коли юридично тотожні прояви девіантної поведінки отримували різну кримінально-правову кваліфікацію у різних судах. В одних випадках діяння, вчинене в кількості меншій, ніж 500 рослин, кваліфікувалось як злочин^[591]. В інших — як адміністративне правопорушення^[592].

Так, незаконні посів і вирощування громадянином Ж. 5 окремих рослин коноплі було кваліфіковане місцевим судом Залізничного району м. Львова у вирокі від 7 грудня 2006 р. як злочин, передбачений ч. 1 ст. 310 КК України^[593]. А незаконні посів і вирощування громадянином С. 47 рослин коноплі з самостійним коренем було кваліфіковано місцевим судом Попільнянського району Хмельницької області за ч. 1 ст. 310 КК

[594]

Наведене ілюструє, що проблема відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень обумовлена, насамперед, недоліками закону^[595]. Вона існувала і в період дії КК України 1960 р. Ті самі негативні прояви мали місце і на момент вступу в силу КК України 2001 р. Розвиток Особливої частини чинного КК України після вступу його в силу, перманентне її «вдосконалення» з постійною періодичністю породжує колізії між нововведеннями, як з боку КУпАП, так і з боку КК України. Існуючі колізії потрібно вирішувати, перш за все, в ході вдосконалення законодавства. На те, що проблема відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень має бути вирішена передусім в законодавчому порядку звертають увагу у кримінально-правовій літературі. М.І. Мельник з цього приводу писав: «... проблема криміналізації діяння, за допомогою якої здійснюється відмежування злочинного від незлочинного, полягає у правильному відображенні в законі сутності такого діяння. Якщо сутність діяння визначена законодавцем правильно, можна говорити про те, що діяння криміналізовано (чи, навпаки, некриміналізовано) обґрунтовано і відмежування злочинного від незлочинного здійснено правильно. Якщо така сутність визначена неправильно, то має місце помилкове відмежування на законодавчому рівні злочинного від незлочинного з усіма соціальними, правовими та іншими наслідками, які з цього випливають»

[596]

. В.О. Навроцький сформулював положення, на яких повинно базуватись законодавство, для того, щоб забезпечити чітке співвідношення злочину і проступку, кримінальної і адміністративної відповідальності, покарання і стягнення

[597]

Історія українського законотворення знає спроби законодавчого закріплення колізійного правила. На розгляд Верховної Ради був внесений проект Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення і Кримінального кодексу України», в якому запропоновано нову редакцію ч. 2 ст. 9 КУпАП та ч. 2 ст. 11 КК України. Зокрема, ч. 2 ст. 9 Кодексу України про адміністративні правопорушення пропонувалось викласти у такій редакції: «Якщо дія чи бездіяльність, передбачені статтею Особливої частини цього Кодексу, і дія чи бездіяльність, передбачені статтею Особливої частини Кримінального кодексу України, співпадають, відповідальність настає за цим Кодексом».

Цей проект був прийнятий Верховною Радою України 19 січня 2006 р., але відхилений Президентом України. Безумовно, закріплення у законі норми, якою встановлене правило подолання міжгалузевої колізії в законі, як відомо^[598], неминучого супутника законодавчої діяльності, як діяльності суб'єктивної, є необхідним. Тому проект отримав підтримку у кримінально-правовій літературі^[599]

Оскільки, проблема законодавчого закріплення колізійного правила залишається відкритою, зважаючи на її незгасаючу актуальність, окремо потрібно зупинитися на прийнятому Верховною Радою України 19 січня 2006 р. законі, про проект якого уже згадувалося вище. У теорії права вважається, що навіть у тих випадках, коли відмінні законодавчі акти не можуть бути використані, їх критичне вивчення може виявитися безспірно корисним для вдосконалення діючого законодавства^[600]. Цей документ, хоч і є правовим, викликає зауваження з таких міркувань:

1) пропонувані редакції ч. 2 ст. 9 КУпАП та ч. 3 ст. 11 КК сформульовані так, що дають підстави для висновку про схвальне ставлення законодавця до ситуації, коли одне і те саме діяння передбачене законами, які встановлюють за нього принципово різні види відповідальності. Це спосіб усувати наслідки негативу, існуючого в законі. Думаю, що йти треба іншим шляхом — не допускати колізії в праві, а виявлені випадки — усувати. Зокрема, виключити із КК статті, що передбачають відповідальність за діяння, які явно не є суспільно небезпечними;

2) дає підстави вносити зміни у КК України шляхом доповнення КУпАП новими статтями, що текстуально або змістовно відтворюють статті КК. Наукова громадськість уже

звернула увагу на таку небезпеку, що може призвести до порушення стабільності кримінального закону^[601]. Постулатом у кримінальному праві було положення про те, що зміни у кримінальний закон вносяться лише кримінальним законом.

3) із тексту запропонованих змін і доповнень випливає, що відповідальність за Кодексом України про адміністративні правопорушення настає, як у разі колізії кримінально-правової та адміністративно-правової норм, так і разі конкуренції між ними;

4) терміни «дія» і «бездіяльність» у кримінальному праві позначають види лише однієї ознаки складу злочину — суспільно небезпечного діяння. Незважаючи на те, що право на існування таких формулювань визнається у кримінально-правовій літературі^[602], все ж ясності і чіткості законодавчим конструкціям вони не додають, особливо, коли ці конструкції потрібно відрізнити одна від одної. Формально виходить, для того, щоб діяло зазначене у запропонованих редакціях нормативних приписів правило, збіг інших ознак складу злочину і складу іншого правопорушення не є обов'язковим.

Таким чином в одному проекті порушено кілька принципів кримінального права. Не викликає сумніву необхідність існування у законі правила подолання колізії в праві, яке базується на конституційному принципі: «Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь». Але прийняття нового закону повинно усувати проблеми, а не додавати їх. Тому у формулюванні такого правила повинні бути дотримані певні вимоги, спрямовані на покращення, а не ускладнення правового регулювання колізійних ситуацій.

По-перше, у самому тексті закону має бути вказівка на те, що адміністративно-правова норма має пріоритет лише у разі колізії між адміністративно-правовою та кримінально-правовою нормами. Крім того зло треба називати тим, чим воно є. Відповідні формулювання могли б починатись, наприклад, так: «У випадку колізії, тобто...».

По-друге, також у тексті закону, зокрема КУпАП, має бути встановлена заборона включати до нього статті, що текстуально або за змістом збігаються зі статтями КК, тобто передбачають всі ознаки одного й того самого діяння.

По-третє, має йтися про збіг усіх ознак складу злочину і складу адміністративного

правопорушення, а не лише дії чи бездіяльності.

Але ж, певні ситуації в теорії і на практиці потрібно вирішувати з точки зору існуючого законодавства. При цьому потрібно зважати на те, що становище особи, діяння якої оцінюється, не повинно погіршитися через нечіткість, суперечливість нормативно-правових актів різних галузей законодавства. Вважаючи, що юристу не варто наділяти закон тими якостями, яких у нього може і не бути — а саме логічної єдності і послідовності, визнаючи, що справжня законодавча воля може містити суперечності, відомий дослідник законодавчої техніки П.І. Люблінській, пропонував долати суперечності закону шляхом тлумачення — обходу дії однієї з норм. Одна з норм, незважаючи на її збереження в кодексі, визнається ніби не існуючою (позбавленою реального змісту), як відмерла клітина, що зберігається в живому організмі, — писав учений^[603].

У кримінально-правовій літературі немає однастайності щодо шляхів подолання колізії між кримінально-правовою та адміністративно-правовою нормами. Запропоноване Н.Ф. Кузнецовою правило подолання колізії кримінально-правових норм і норм інших галузей права не вносить ясності. З одного боку, вона стверджувала, що конкуренцію норм і складів не слід плутати з колізією^[604]. Далі ж у тексті писала, що у разі колізії норм Кримінального кодексу, з одного боку, і норм Кодексу РСФСР про адміністративні правопорушення, Митного, Податкового, Бюджетного та інших кодексів — з другого, пріоритет за спеціальними нормами згідно з предметом галузевого регулювання, з чого напрошується висновок про те, що Н.Ф. Кузнецова ототожнювала явища колізії і конкуренції правових норм. Криміноутворюючі ознаки, — далі вказувала авторка, складають сферу регламентації кримінальним законом

[605]

. Інші рекомендації різних авторів щодо способів подолання такої колізії є полярними. Наприклад, Н.О. Гуророва вважає, що «у випадках, коли одне й те ж саме правопорушення згідно закону тягне за собою як кримінальну, так і адміністративну відповідальність рішення має прийматись виключно на користь останньої». Підставою для такого висновку стало переконання ученої, що «з метою чіткого розмежування злочинів та адміністративних правопорушень ч. 2 ст. 9 Кодексу про адміністративні правопорушення... містить норму, згідно якої «...»»

[606]

. Я не поділяю переконання Н.О. Гурорової щодо того, що за допомогою приписів ч. 2 ст. 9 КУпАП законодавцю вдалося чітко врегулювати сферу відмежування складів злочинів від складів адміністративно-правових норм. Відповідні міркування викладені мною у цій праці.

Непослідовну позицію демонстрував М.І. Хавронюк. Позитивно оцінивши підхід,

закладений у законопроекті, що аналізувався вище, як демократичний, на період поки законодавчого узгодження КК та іншого законодавства України про юридичну відповідальність не відбулося, запропонував у кваліфікації брати до уваги положення ч. 2 ст. 11 КК, згідно з якою не є злочином дія або бездіяльність, що хоч формально і містить ознаки будь-якого злочину, але через малозначність не становить суспільної небезпеки^[607]. Проте, оцінюючи співвідношення конкретних норм М.І. Хавронюк висловлював протилежну точку зору. «Порівняльний аналіз змісту ст. 172-2 КУпАП і статей 368-3, 368-4, 368, 364, 364-1 і 365-2 КК України у системному взаємозв'язку з положенням ч. 2 ст. 9 КУпАП, відповідно до якого «...», показує, що за наявності перелічених статей КК України можливості для застосування на практиці ст. 172-2 КУпАП не залишається»^[608]. Для підтвердження свого висновку М.І. Хавронюк посилається на п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією» № 13 від 25 травня 1998 р.^[609]

Проте, стверджувати, що у рекомендації, зафіксованій у п. 4 цієї постанови: «Якщо в діях особи, притягнутої до відповідальності на підставі Закону, будуть встановлені ознаки злочину, суддя має ухвалити постанову про закриття провадження в адміністративній справі і передачу матеріалів прокуророві для вирішення питання про притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності», виражене колізійне правило, навряд чи є підстави. Адже тут не йдеться про ситуацію, коли повністю збігаються ознаки складу злочину і складу адміністративного правопорушення.

Протилежної позиції послідовно дотримується В.О. Навроцький, який обґрунтовує, що у разі кримінально-правової та адміністративно-правової норм пріоритет у застосуванні, виходячи з принципу кримінально-правової кваліфікації: «вирішення спірних питань, неузгодженостей законодавства на користь особи, дії якої кваліфікуються», має адміністративно-правова норма^[610].

Завдяки положенням ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р.^[611], якою суди України зобов'язано застосовувати Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та практику ЄСПЛ як джерела права; ч. 1 ст. 9 Конституції України; та ч. 1, 5 ст. 3 КК України неспростовним аргументом на користь саме такого підходу є положення ст. 7 «Ніякого покарання без закону» Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.

^[612]

. та правові позиції ЄСПЛ, що містяться у його рішеннях, де застосовується ця стаття. Як дослідила С.В. Хилюк, розуміння ЄСПЛ змісту одного з компонентів правила *nulla poene sine lege — lex certa* — полягає в тому, що матеріально-правові положення про покарання повинні бути чіткими, доступними та передбачуваними. «Це означає, що людина повинна мати можливість визначити з їх тексту, яке покарання буде до неї застосоване у випадку вчинення певного діяння...». «Чіткість правових положень щодо покарання означає не

лише визначеність меж покарання, але й наявність чітких критеріїв вибору певного виду покарання»

[613]

. С.В. Хилюк навела та проаналізувала рішення ЄСПЛ, у яких за наявності колізії правових положень, яка свідчить про відсутність чіткості, та позбавляє особу можливості передбачити кримінально-правові наслідки діяння, ЄСПЛ визнав порушенням ст. 7 Конвенції призначення заявникам покарання. Наведене підтверджує, що у разі колізії, коли одне й те саме діяння передбачене у Особливій частині КК як злочин, а відповідно до нормативних актів адміністративного законодавства, як адміністративне правопорушення, кваліфікація вчиненого як злочину буде порушенням ст. 7 Конвенції. Тож, пріоритет у застосуванні має адміністративно-правова норма.