УДК.343.23

НАВРОЦЬКИЙ В.А.,

д.ю.н, професор Львівського інституту внутрішніх справ

ПРИНЦИП «ПОДВІЙНОЇ КРИМІНАЛЬНОСТІ» І ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ У СПРАВАХ ТРАНСКОРДОННИХ ЗЛОЧИНІВ

Суть цього принципу в тому, що посягання, вчинене за межами держави, приводить до кримінальної відповідальності тільки в тих випадках, коли вчинені дії передбачені як злочин і за місцем здійснення, і за місцем притягнення до відповідальності. Інакше кажучи, кримінальна відповідальність за певні дії повинна бути встановлена щонайменше в двох державах.

Якщо дія не визнається злочином за місцем її вчинення, то буде несправедливим і безпідставним притягнення до відповідальності в іншій державі. Не така вже й давня історія показує, що сліпе дотримання принципу громадянства може призвести до абсурдних ситуацій. Коли, наприклад, радянський громадянин, займаючись за кордоном комерційним посередництвом або здійснюючи розрахунки в іноземній валюті вчинив дії, які заборонені були чинним законодавством СРСР, і абсолютно легальні за місцем їх здійснення.

Також не може наступати кримінальна відповідальність, якщо вчинені дії підлягають кримінальній відповідальності за місцем їх вчинення, але не визнаються злочином в державі, на території якої опісля виявилась особа. Кримінальний закон може застосовуватися лише тоді, коли порушено об'єкт кримінально-правової охорони. Якщо певні блага не охороняються законом держави, то він не може застосовуватися для захисту соціальних цінностей, які визнаються за об'єкт охорони лише за місцем вчинення дії. Тому, образно кажучи, «ображання священної корови» повинно каратися тільки там, де вчинена ця дія і де вона передбачена законом як злочин.

Універсальний характер принципу «подвійної кримінальності» ґрунтується на його значенні і походженні. За своєю суттю цей принцип являється модифікацією принципу nullum crimea, nullum poena, sine lege щодо транскордонних злочинів. Він означає не що інше, як те, що немає злочинів, нема покарань без закону, який встановлює

кримінальну протиправність дії і за місцем вчинення, і за місцем притягнення до відповідальності. Так як принцип «нема злочину, нема покарань без закону» є загальним і беззаперечним щодо будь-якого злочину, то таким же повинен визнаватися і принцип «подвійної криміналізації» щодо транскордонних злочинів.

Визнання вказаних вище положень за принцип відповідальності при вчиненні транскордонних злочинів зв'язано з досить високим рівнем розвитку права. В законодавствах європейських держав вони знайшли своє закріплення в кінці XIX століття, з того ж часу принцип «подвійної» кримінальності знайшов і своє теоретичне обґрунтування. На міждержавному рівні аналізований принцип, чи не вперше, був сформульований на Першій міжнародній конференції з уніфікації кримінального законодавства в Варшаві в 1927 р. [1].

В радянському кримінальному праві принцип «подвійної кримінальності» по суті не визнавався. Положень, які витікали з нього, не було в КК 1922, 1923-1935, 1959-1961 рр. Скоріше навпаки, формулювання, які були в кримінальному законі, виключали застосування цього принципу. Так, в ч. 1 ст. 5 Основ кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік 1958 р., проголошувалось, що громадяни СРСР, які вчинили злочин за кордоном, несуть кримінальну відповідальність за кримінальними законами, які діють в союзній республіці, на території якої вони притягнені до кримінальної відповідальності і віддані до суду. Тобто, в цій нормі підкреслювалось на застосуванні радянського кримінального закону, але нічого не говорилось про врахування в цьому законі місця вчинення злочину. А хіба із словосполучення «вчинили злочин за кордоном, можна зробити висновок, що і за кордоном за відповідні дії треба встановити кримінальну відповідальність.

Аналогічний підхід був і на території радянського кримінального права. В опублікованих працях цей принцип не називався серед принципів дії кримінального закону в просторі. При характеристиці кримінально-правової норми, яка регламентує відповідальність за злочини, вчинені за кордоном, іноді відмічалась можливість співпадання (криміналізації) встановлення відповідальності за певні дії, проте не акцентувалось, що «подвійна кримінальність» є обов'язковою умовою кримінальної відповідальності. Скоріше навпаки, панувала думка, що цей принцип взагалі не поширювався на злочини, вчинені за кордоном громадянином своєї держави.

Одним з перших такий підхід обґрунтував в літературі Н.Д.Шаргородський в 1948 р. Критикуючи позицію, згідно якої при конкуренції законів місця вчинення злочину і суду персонального (ма-

буть, мається на увазі закон місця притягнення до кримінальної відповідальності на основі принципу громадянства) повинен застосовуватися більш м'який закон, цей вчений доказував, що радянське право не може виходити із таких положень. Дії, які суперечать соціалістичному правопорядку, можуть в буржуазному суспільстві виявитися такими, за які не несуть кримінальної відповідальності, або ця відповідальність надто незначна. І далі М.Д. Шаргородський сформулював положення, яке опісля стало основою для відповідного рішення цього питання в курсах і підручниках з кримінального права, статтях і монографіях – радянський громадянин повинен бути представником нової соціалістичної моралі, і його дії треба оцінювати за радянським правом, яке може і повинне висувати, в ряді випадків, підвищені ті чи інші вимоги [2].

Так, в курсі кримінального права, який підготовлений Інститутом держави і права АН СРСР, вказувалось, що радянський громадянин повинен виконувати радянські закони, де б він не перебував – в СРСР чи за кордоном, і він несе кримінальну відповідальність перед радянським судом і за радянськими кримінальними законами незалежно від того, де вчинено дії, які радянським законом розглядаються як злочин. [3] При цьому підкреслювалось, що не має значення, визнаються ці дії злочинами в тій країні, де вони вчинені. [4] Тобто, така позиція значила заперечення принципу «подвійної кримінальності», була щодо цього принципу ще більше нетерпимою, ніж це випливало з чинних на той період кримінально-правових норм.

Чинне кримінальне законодавство України не має чітких вказівок щодо необхідності дотримуватися цього принципу. В статтях КК України, в яких регламентується відповідальність за злочини, які вчинені за межами України (ст.ст. 7-9), прямо не передбачено, що відповідні дії одночасно повинні визнаватися злочином і в державі, на території якої вони вчинені. В українській же теорії кримінального права з цього приводу були висловлені різні думки. Так, Ю.В.Баулін вважає, що систематичні і логічні тлумачення ст. 7 КК свідчать, що дії КК України за принципом громадянства можливі лише за умови подвійної протиправності, тобто, якщо дії вчинені за межами України визнаються злочином і за КК України, і за кримінальним кодексом іноземної держави. [5]

Зустрічаються і позиції, за суттю, ідентичні тим, які існували раніше, тобто заперечуючи необхідність керуватися цим принципом. Так, в одному із сучасних підручників з Загальної частини кримінального права України, вказується, що особи громадяни України або без громадянства, але такі, які постійно проживають в Україні, які вчини-

ли злочин за межами України, несуть відповідальність за нього за українськими законами незалежно від того, чи є злочином така дія в тій країні, де вона була вчинена. [6]

Незважаючи на авторитетність видань, де викладена така позиція, погодитись з нею важко з міркувань наведених вище. Додамо до них те, що «подвійна кримінальність» передбачена цілою низкою міжнародно-правових актів. Зокрема, численні угоди про правову допомогу передбачають як одну із підстав для відмови про надання правової допомоги те, що дії, які передбачені дорученням, за законодавством країни, до якої звернений запит, не є злочином. [7]

Принцип «подвійної кримінальності» закріплений як один з фундаментальних і в цілій низці міжнародних угод, учасником яких є і Україна: Конвенція про правову допомогу і правові відношення в цивільних, сімейних і кримінальних справах (Мінська конвенція від 22 січня 1993 р.) [8]. Європейська конвенція про передавання кримінальних справ (ратифікована Україною 22 вересня 1995 р.) [9].

Треба відмітити, що необхідність застосування «подвійної кримінальності» прямо передбачена кримінальними кодексами ряду країн, які ухвалені за останні роки. Наприклад, ст. 12.1 КК РФ, ст. 6.1 КК Республіки Білорусь, прямо передбачають, що відповідальність за злочини, вчинені за межами цієї держави, наступає за цим кодексом, якщо вчинені дії є злочинним в державі, на території якої вони здійснені [10]. Таке, безумовно, вірне рішення, заслуговує на те, щоб бути сприйнятим і КК України.

Реалізація принципу «подвійної кримінальності» зв'язана з вирішенням питання про застосування законодавства іншої держави. З цього приводу в літературі відмічалось, що кримінальні суди, на відміну від цивільних, завжди застосовують закони своєї країни і не користуються кримінальними законами іншої країни [11]. Гадаємо, що це положення треба уточнити, оскільки рішення питань відповідальності за транскордонні злочини, врахування при цьому принципу «подвійної кримінальності» немисливе без, принаймні, врахування законодавства держави, на території якої вчинено злочин. Так, як загальновизнаний принцип non bis in idem і принцип національного суверенітету дозволяють кваліфікувати дії, що вчинені поза межами національної території, одночасно за законодавством декількох держав, то необхідно встановити співвідношення між законом держави, де особа вчинила дію, яку належить кваліфікувати за кримінально-правовими нормами, і держави, де вона притягнена до кримінальної відповідальності.

В зв'язку з цим виникає низка питань, в тім числі і щодо матеріального кримінального права.

Встановлення факту «подвійної кримінальності». Те, що дія є злочином одночасно за законодавством двох держав, тобто те, що має місце «подвійна криміналізація» вчиненого, можна стверджувати в результаті кваліфікації вчиненого. Якщо дія кваліфікується як злочин за законами і однієї, і іншої держави, то кримінальна відповідальність - подвійна, якщо ж вона кваліфікується як злочин тільки в одній державі, то такий принцип відсутній.

При порушенні кримінальної справи за злочини, які вчинені поза межами держави, виникає необхідність кваліфікувати дію, перш за все, за місцем її вчинення, тобто за законом іноземної держави. Причому зобов'язані провести таку кваліфікацію відповідні органи тієї держави, в якій особа притягається до кримінальної відповідальності. Жодна із чинних міжнародних угод не встановлює обов'язковість кримінально-правової кваліфікації, здійсненої в одній державі, для компетентних органів іншої і навіть не передбачає надання іншій стороні офіційних документів про проведену кваліфікацію. Зате такі угоди передбачають надання документів, в яких міститься описування фактичних обставин дії і текст закону, на підставі якого дія вважається злочином.Вважаємо, що надання тексту відповідного закону значить, що компетентні органи держави, в якій вчинено дії, вказують на те, що, на їх думку, вчинене повинне бути кваліфіковане саме за цим, а не за іншим законом.

Треба відмітити, що дії, які є не злочинними, а складовими іншого правопорушення (адміністративного, дисциплінарного, цивільного), не можуть бути кваліфіковані як злочин в іншій державі. Тому незрозумілим здається положення, що викладене в ст. 54.2 Угоди між Україною і Республікою Польща про правову допомогу і правові відносини у кримінальних і цивільних справах, а також в відповідних статтях аналогічних угод з іншими державами. Так, передбачено, що сторони, які домовляються, можуть подавати запит про порушення кримінальної справи (В.Н.) також в зв'язку з таким порушеннями права, які в відповідності з законодавством Договірної сторони, яка надіслала запит, є злочином, а за законодавством Договірної сторони, яка отримала запит – тільки проступком. Очевидно, в таких випадках мова може йти про порушення справи в адміністративному порядку, але ніяк не про кримінальне, бо, як уже відмічалось у вказаному Договорі, воно не передбачене законодавством відповідної держави. В таких випадках, як спеціально визначено в ст. 54.3. Договору, установи юстиції сторо-

ни, яка надіслала запит, застосовують законодавство своєї держави [12].

Таким чином, кримінально-правова кваліфікація дії, вчиненої за кордоном, передбачає звернення до законодавства як держави, в якій воно було вчинено, так і до законодавства місця притягнення до відповідальності. Тому є підстави признати слушною викладену в літературі думку, що підставою кримінальної відповідальності в подібних випадках визнається присутність складу злочину, передбаченого як вітчизняним, так і зарубіжним законодавством. [13]. Інакше, без посилання на законодавство іншої держави, а також на відповідну частину ст. 7, 8 КК України, неможливо і застосування національних кримінально – правових норм.

При цьому, основною нормативною підставою кваліфікації є національне законодавство. Слідчі, прокурори і судді, які розглядають справу про дії, вчинені за кордоном, є самостійними в їх оцінці за національним законодавством. Перед ними стоїть завдання не віднайти норму КК, яка відповідає нормі законодавства зарубіжної держави, а оцінити фактичні обставини справи з погляду свого законодавства і кваліфікувати вчинене за ним.

Для констатації «подвійної кримінальності» досить встановити лише те, що скоєне передбачене як злочин в обох державах. Співпадання ж інших ознак – назва злочину, текстів диспозицій, розділів, в яких передбачені відповідні статті, зовсім не потрібне. В літературі справедливо відмічається, що в таких випадках не обов'язковим є співпадання всіх елементів складу злочину і санкцій. Має значення тільки факт кримінальної відповідальності за дії в обох державах [14].

Класифікація кримінально-протиправних дій і «подвійна кримінальність». Законодавство України і, звичайно, всіх пострадянських держав дає підставу ділити всі правопорушення на злочини і незлочини. В той же час в багатьох державах виділяють таку категорію правопорушень як кримінальний проступок. В зв'язку з цим виникає питання про те, чи можна вчинення такої дії кореспондувати злочину, який передбачено КК України.

В теорії є різні підходи до рішення цього питання. Один з них в тому, що вчинення кримінального злочину за кордоном не дає підстав для притягнення в іншій державі до кримінальної відповідальності. Так, ще Н.С. Таганцев вказував, що інакше довелось би допустити відповідальність наших підданих і за всі малозначні дії, які вчинені ними за кордоном, хоч би ці дії і були поліцейського характеру [15]. Аналізуючи сучасні йому закони, цей вчений відмічав, що кримінальну відповідальність за злочини, вчинені за кордоном, несуть тоді, коли

він відноситься до категорії «найважливіших», причому така важливість (ступінь тяжкості) повинна визначатися за законом держави, де особа притягується до кримінальної відповідальності [16]. Звідси випливає, що при вирішенні питання про відповідальність за транскордонні злочини треба враховувати і порівнювати ступінь тяжкості злочинів.

Інша позиція ґрунтується на тому, що віднесення дії, вчиненої за кордоном, до певної категорії, ступеня тяжкості злочину, не грає вирішальної ролі при притягненні до кримінальної відповідальності в іншій державі. І, здається, справа тут зовсім не в складності практичного плану, відсутності критеріїв для порівняння ступеня тяжкості посягань, які передбачені законами різних держав. Складності правозастосування можуть бути аргументами, які належить враховувати в ході правоутворення, а не застосування правових норм. Головне ж в тому, що ступінь тяжкості – це довільна характеристика злочину, його зовнішня риса. Визначається вона часто на підставі суб'єктивної оцінки тих чи інших посягань, враховуються при цьому дуже різні критерії.

Віднесення правопорушень до категорії злочинів здійснюється на підставі більш-менш об'єктивних показників, які в більшості держав і стосовно більшості дій співпадають. Не випадково, кримінальні закони будь-якої держави визнають за злочин посягання на життя, здоров'я, власність, встановлюючи відповідальність за, так звані, загальнокримінальні злочини. Неспівпадання кола, віднесених до категорії злочинів, посягань політичного, економічного, військового чи іншого характеру, як раз і є підставою для здійснення і дії принципу «подвійної кримінальності». Кримінальний проступок не перестає бути різновидом порушень вимог кримінального закону, незалежно від того, як він називається, до якої категорії віднесений законодавцем. Якщо в країні, де особа притягається до кримінальної відповідальності, дія визнається злочином, то це свідчить про досить високий ступінь її суспільної небезпеки. На підставі викладеного, пропонується при визначенні «подвійної кримінальності» від ступеня тяжкості злочинів абстрагуватися і те, чи віднесені вони до злочинів, чи до кримінальних проступків (але не адміністративних чи інших правопорушень) не враховувати.

Колізії між кримінальними законами різних держав. Загальновідомо, що положення кримінального законодавства різних держав різняться між собою, нерідко досить істотно. Існування «подвійної кримінальності» може супроводжуватися різним вирішенням питань про давність кримінальної відповідальності, про обставини, які виключають злочинність дії, кваліфіковані і привілейовані склади злочинів і

т.д. В зв'язку з цим виникає питання про значення таких різниць між законом місця вчинення злочину і держави, в якій особа притягається до кримінальної відповідальності.

Традиційний підхід до вирішення цього питання базується на тому, що кримінальний закон діє лише на території своєї держави, а поза нею не поширюється; суди можуть застосовувати закони тільки своєї держави, неможливим є симбіоз положень, утворених з норм різних законодавств. Виходячи з цього, в випадку колізій між кримінальними законами, треба керуватися тільки нормами країни, в якій особа притягається до кримінальної відповідальності. З цього приводу Н.С. Таганцев писав, що всі умови, які визначають осудність, злочинність або караність даної дії, як, наприклад, вплив віку, глухонімоти, поняття крайньої необхідності, оборони, посягання, видів співучасті, давності і т.д. визначаються на підставі наших, а не іноземних законів: причому і практично неможливо зобов'язати наш суд керуватися загальною частиною різноманітних європейських кодексів з усіма даними в ній роз'ясненнями науки і практики [17].

Така позиція, звичайно, має право на існування. Вона бездоганна з формально-юридичного погляду, але не можна не звернути увагу на її слабкі місця.

По-перше, вона непослідовна, якщо співставити її з рішенням основного питання про «подвійну кримінальність». Якщо надається значення самому факту встановлення кримінальної відповідальності в іншій державі, то треба робити і наступні кроки – враховувати інші умови кримінальної відповідальності, що встановлені законом місця здійснення злочину. Якщо не настає відповідальність в зв'язку з тим, що дія не передбачена як злочин за місцем його вчинення, то вона не повинна наставати і якщо закон місця вчинення передбачає для цього перешкоди або не може бути більш суворою, ніж за місцем вчинення дії.

По-друге, притягнення до кримінальної відповідальності не за місцем вчинення злочину, а в іншій державі є не загальним правилом, а винятком територіального принципу дії кримінального закону в просторі. Така відповідальність може бути і при заочному засудженні, або коли особа, з тих чи інших причин, виявилась поза місцем здійснення злочину, або ж при видачі злочинця іншій державі. Мабуть, відповідальність, яка є винятком (якої, нерідко, можна і взагалі уникнути), не повинна бути більш суворою, ніж тоді, коли вона визначена загальним правилом. При видачі особи з можливими «гіршими» правовими наслідками, ніж за місцем вчинення дії, порушується її право зазнати тільки таких мір покарання, які передбачені законом місця вчинення

злочину. Можливість більш суворої відповідальності і іншій державі може слугувати підставою для відмови в видачі або для надання права притулку, що в свою чергу є передумовою погіршання міждержавних стосунків.

По-третє, при вчиненні злочину в співучасті можливо, що одні співучасники понесуть відповідальність за місцем вчинення злочину, а інші – в державі, громадянами якої вони є, чи проти волі якої вчинили посягання. В такому випадку застосування щодо них неоднакових умов відповідальності є несправедливим, таким, що «розриває» правові наслідки вчиненого злочину у співучасті.

По-четверте, наявність різних умов відповідальності суперечить тенденції до уніфікації кримінального законодавства, яка на сьогодні є досить чіткою, хоч і не виявилась в кримінальному законодавстві суверенних держав. Проте, врахування (при розгляді конкретних справ про транскордонні злочини) правила про рішення сумнівів на користь обвинуваченого, буде допомагати уніфікації відповідальності, хай і не на нормативному рівні, а фактично.

І, по-п'яте, чинні міжнародні угоди про протидію злочинності твердо стоять на позиції, що закон місця вчинення злочину, до певної міри, обмежує дію закону держави, на території якої особа була притягнена до кримінальної відповідальності. Маються на увазі положення про видачу злочинця при закінченні строків давності порушення кримінальної справи; про те, що покарання за злочин не повинне бути більшим за встановлене за місцем його вчинення; що наявність обставин, які виключають злочинність дії, повинні враховуватися і в іншій державі.

Все сказане вище дозволяє зробити висновок, що застосування кримінального закону іншої держави не повинне погіршувати стан особи в порівнянні з тим, яке встановлене законом місця вчинення дії. В випадку колізій між КК різних держав мають силу ті положення, які є більш сприятливими, пільговими для особи, щодо якої застосовується закон. Таким чином, положення закону однієї держави обмежують застосування закону іншої держави.