



### Вячеслав Туляков

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
професор кафедри кримінального права  
Національного університету “Одеська юридична академія”  
(Одеса, Україна)  
професор-дослідник Інституту Європейського  
та міжнародного кримінального права університету  
Кастілья Ла Манчі  
(Сьюдад-Реал, Іспанія)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2716-7244>  
Researcher ID: H-6892-2018  
tuliakov@onua.edu.ua

УДК 34.341.4; 343

## АПРОКСИМАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ (МЕТОДОЛОГІЯ ПИТАННЯ)

АНОТАЦІЯ. Ухвалюючи рішення щодо підтримання кандидатури України до вступу в Європейський Союз (ЄС), Європейська комісія звернула увагу на необхідність подальшого розвитку системи правосуддя та захисту фундаментальних прав людини законодавства України відповідно до правоположень ЄС у сфері юстиції, свободи та безпеки (*Justice, Freedom and Security*). Суттєва роль у цьому належить розвитку кримінального законодавства України зі спрямованістю останнього на захист фундаментальних прав і свобод та безпеки громадянина.

Поруч із цим у практиці апроксимації національного кримінального законодавства до права ЄС існує значна кількість проблем, які визвано певною новизною тематики, недостатністю досвіду та різницею правових культур.

Мета статті – на основі вивчення сучасної європейської літератури у галузі проблематики кримінальної політики розглянути основні методологічні проблеми піднесення національного кримінального законодавства України до *aquis* з урахуванням відповідності засобів національного кримінально-правового впливу консолідованому визначенню рівня злочинності та рівня віктимності у державі та положень супранационального права ЄС.

Розглянуто базовий алгоритм відпрацювання апроксимації: аналіз чинного законодавства ЄС, практики Європейського суду справедливості, директив Європейської комісії, процедур притягнення до відповідальності за порушення чи недотримання законодавства ЄС, проєктів директив Європейської комісії з приводу кримінальної політики (матеріальний, процедурний, процесуальний, пенітенціарний і превентивний аспекти), чи пов'язаних із ними.

Окрему увагу присвячено вивченню судової практики Європейського суду справедливості та відповідності кримінальної політики України концепту домінанти захисту прав та безпеки людини, а не держави, загальним принципам криміналі-

зації та пеналізації Європейського кримінального законодавства. Законність і субсидіарність у контексті *ultima ratio*, доцільність і пропорційність є суттєвими, якщо не основними елементами процедури піднесення до *aquis* з урахуванням примату прав людини та прав потерпілих від злочину. Звідси рівність, юридична визначеність, пропорційність, передбачуваність, субсидіарність, законність як принципи кримінального права та соціально-правові підґрунтя кримінальної політики повинні розглядатися виключно у векторі примата прав людини та безпеки жертв кримінального правопорушення, компліментарності примусу та гідного поводження, компенсації, реституції та реабілітації, сатисфакції, гарантій неповторення спричинення шкоди жертвам кримінальних правопорушень з урахуванням суспільних інтересів і вимог чемної профілактики правопорушень, суспільної та державної безпеки.

Моделі апроксимації, засновані на приматі виключної ієрархічності *aquis* перед приписами національного законодавства, чи моделі використання гармонізації окремих договірних зобов'язань за кожним договором, рамковою угодою чи директивою, не завжди спрацьовують. За даними європейських дослідників, існує третій, безпековий підхід, за яким держава, задля тимчасового забезпечення особистої та державної безпеки, у змозі завдяки більш ретельному контролю з боку громадянського суспільства та себе самої, встановлювати більш жорсткі обмежувальні заходи, ніж передбачені європейським законодавством. Проте належний шлях вибирати Україні.

Ключові слова: апроксимація; кримінальне право ЄС; кримінальне право України; криміналізація; пеналізація; права людини; безпека людини та держави.

Серед багатьох соціальних завдань, які стоять перед Україною на шляху до Європейської спільноти, одним із найбільш значущих є охорона прав, свобод та законних інтересів держави, соціальних груп, громадян та людей від злочинних посягань. Приймаючи рішення щодо підтримання кандидатури України до вступу в Європейський Союз (далі – ЄС). Європейська комісія звернула увагу на необхідність подальшого напряму розвитку системи правосуддя та захисту фундаментальних прав людини законодавства України відповідно до правоположень ЄС у сфері юстиції, свободи та безпеки (*Justice, Freedom and Security*). Суттєва роль у цьому належить розвитку кримінального законодавства України зі спрямованістю останнього на першочерговий захист фундаментальних прав і свобод та безпеки громадянина.

Заважаючи на значну кількість праць у цьому напрямі, які було оприлюднено в останні роки Ю. Бауліним, В. Борисовим, О. Ведерниковим, Н. Гуторовою, О. Житним, А. Музикою, В. Навроцьким, М. Пановим, Ю. Пономаренко, М. Хавронюком та іншими, у практиці апроксимації національного кримінального законодавства до права ЄС існує значна кількість проблем, які визвано певною новизною тематики, недостатністю досвіду, різницею правових культур, зміною векторів розвитку кримінального законодавства та публічного права загалом.

Мета дослідження полягає у спробі на основі вивчення сучасної європейської літератури у галузі проблематики кримінальної політики роз-

глянути основні методологічні проблеми піднесення національного кримінального законодавства України до *aquis* з урахуванням відповідності засобів національного кримінально-правового впливу консолідованому визначенню рівня злочинності та рівня віктимності у державі та положень супранационального права ЄС.

Аксіоматично, що глобалізація та фрагментація законодавства в контексті визначення суверенітетів та *ultima ratio* є гомеостатичними процесами, що формують баланс кримінально-правового реагування сьогодення.

О. Гуртовенко писав:

Кримінально-правовим балансом (кримінально-правовою збалансованістю) є оптимальне співвідношення між складниками кримінального права (внутрішній кримінально-правовий баланс), між сутностями, які є спільними для кримінального права і сфер людської життєдіяльності, відмінних від кримінального права (перехресний кримінально-правовий баланс), і між відмінними від кримінального права складниками суспільства і кримінальним правом (зовнішній кримінально-правовий баланс)<sup>1</sup>.

Для цілей нашого дослідження під балансом кримінально-правового реагування ми розуміємо відповідність засобів кримінально-правового впливу консолідованому визначенню рівня злочинності та рівня віктимності у державі з урахуванням положень міжнародного права (міжнародного кримінального та міжнародного гуманітарного, права прав людини, та супранационального права ЄС). Кримінальні закони є одними з механізмів забезпечення безпеки людини та держави. Кримінальна відповідальність є взаємною сукупністю кореспондуючих прав і обов'язків держави, правопорушника, жертви та третіх осіб при вчиненні кримінального правопорушення. Питання соціальної функції кримінального права у сучасних умовах набувають посиленого значення, адже зазначена функція забезпечується найгострішою силою примусу і поєднує інтереси ЄС, держави, громадянського суспільства та громадян у протидії злочинності як на національному, так і на міжнародному рівні.

Розвиток публічно-правових аспектів права притулку, прикордонної справи, імміграційної політики, умов поводження з іноземцями, боротьби з нелегальною міграцією, незаконним обігом наркотиків, міжнародним шахрайством, судовим і митним співробітництвом та кооперацією, поліцейським співробітництвом віднесено європейським законодавством до третього стовпа права ЄС, апроксимація до якого є нагальним завданням українських науковців.

<sup>1</sup> О. Гуртовенко, 'Кримінально-правова балансологія: стисла характеристика' в *Європейський вибір України, розвиток науки та національна безпека в реаліях масштабної військової агресії та глобальних викликів XXI століття: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., т 2* (Гельветика 2022) 278.

Саме про це неодноразово довелося писати<sup>2</sup>. Деякі з пропозицій було враховано, деякі чекають свого часу, деякі лишилися сенсу з розвитком законодавства та змінами векторів кримінальної політики. Але сутнісне те, що іншого шляху, ніж апроксимація, не існує. Як слушно зауважив В. Навроцький у низці своїх публічних виступів, сліпе копіювання європейських директив призведе до конфлікту у кримінально-правовому регулюванні в Україні та колапсу у піднесенні до *acquis*.

*Алгоритм відпрацювання апроксимації відомий: аналіз чинного кримінального законодавства ЄС супранаціонального рівня, практики Європейського суду справедливості, директив Європейської комісії, процедур притягнення до відповідальності за порушення чи недотримання законодавства ЄС, проєктів директив Європейської комісії з приводу кримінальної політики криміналізації та пеналізації діянь (матеріальний, процедурний, процесуальний, пенітенціарний і превентивний аспекти), загальноєвропейського законодавства некримінального профілю, що потребує додаткового захисту нормами кримінального права.*

Такий підхід до гармонізації національного кримінального права з відповідним правом ЄС з метою забезпечення послідовності та узгодженості у застосуванні кримінального права ЄС як *ultima ratio* включає:

- визначення права ЄС з урахуванням конкретних положень договорів, регламентів і директив ЄС із погляду принципу субсидіарності (рівня обов'язковості імплементації норми);
- аналіз відповідних положень національного кримінального законодавства та визначення того, як вони відповідають праву ЄС;
- оцінку рівня наближення складів злочинів та системи санкцій до права ЄС;
- визначення балансу інтересів з точки зору послідовності та узгодженості у застосуванні права ЄС з необхідністю поважати національний суверенітет держав – членів ЄС та їхнє право визначати кримінальні правопорушення і карати за них через тлумачення або імплементації правоположення<sup>3</sup>.

Ця методологія покликана забезпечити прозорість, партисипативність та ефективність процесу апроксимації *acquis* у сфері матеріального кримінального права. Гармонізуючи кримінальне законодавство держав-членів, ЄС прагне забезпечити послідовності, узгодженості та

<sup>2</sup> В Туляков, 'Апроксимація у кримінальному законодавстві' (2009) 47 Актуальні проблеми держави і права 7–11; В Туляков, 'Acquis communautaire та кримінально-правові розвідки: шляхи піднесення до ідеалу' Українська кримінальна юстиція в умовах війни: матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції (ЛьвДУВС 2022) 237–42; В Туляков, 'Субсидіарність криміналізації у європейському праві' Кримінальна юстиція в Україні: реалії та перспективи: матеріали конференції (ЛДУВС 2022) 96–101.

<sup>3</sup> Opinion of Mr Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer delivered on 12 September 2006. *Advocaten voor de Wereld VZW v Leden van de Ministerraad*. Case C-303/05 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CC0303>> (accessed: 26.02.2023).

ефективності у застосуванні права ЄС при протидії злочинності на всій території союзу. Так, Лісабонський договір у ст. “69 В” (ст. 83.1 консолідованої версії Договору про функціонування Європейського Союзу) проголошує, що

Європейський Парламент та Рада можуть, за допомогою директиви, прийнятої відповідно до звичайної законодавчої процедури, встановити мінімальні правила щодо визначення кримінальних правопорушень і санкцій у галузі особливо тяжких злочинів із транскордонними характеристиками, що виникають внаслідок характеру чи наслідків таких правопорушень або особливої потреби в боротьбі з ними на загальних засадах<sup>4</sup>.

Ці сфери злочинності такі: тероризм, торгівля людьми та сексуальна експлуатація жінок і дітей, незаконний обіг наркотиків, незаконний обіг зброї, торгівля людьми, відмивання грошей, корупція, підробка засобів оплати, комп'ютерна злочинність та організована злочинність<sup>5</sup>.

На жаль, як показало життя, на шляху апроксимації виникають окремі проблеми.

По-перше, руйнування нормативної усталеності кримінально-правових інститутів – розмивання сфери кримінально-правового регулювання. Апроксимаційні проблеми набувають додаткових труднощів у зв'язку з політикою примату прав людини при розв'язанні протиріч між публічно-правовими приписами та статусом особистості. Концепція досить проста: публічне право ЄС демонструє перехід до різноманітної системи адміністративних і дисциплінарних практик, яка по суті лише частково заснована на приматі прав людини. Задля швидкості реагування на відповідні порушення, кримінально-правове регулювання у питанні державної легітимації певних заборон замінюється поширенням адміністративних практик. Зрозуміло, що кримінально-правовий захист основоположних прав і свобод відкриває менші перспективи для зловживання владою (відсутність права на оскарження, права на юридичну допомогу у більшості дисциплінарних та адміністративних проваджень, широкі можливості для зловживання правом тощо). З цієї причини у сучасних демократичних суспільствах система кримінального правосуддя відображає контроль девіацій у максимально допустимий бюджетом спо-

<sup>4</sup> Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007. Document 12007L/TXT <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT>> (accessed: 26.02.2023); Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12016E%2FTXT>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>5</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens / Action Plan implementing the Stockholm Programme <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2010:0171:FIN>> (accessed: 26.02.2023).

*сіб за умов використання принципу доцільності та пропорційності примусу.*

Пов'язані з кримінальним правом у вигляді узгодження санкцій за особливо тяжкі злочини практики розповсюджуються серед усієї системи норм публічного права. Це не є виключно відповідною рисою постмодерністської ідеології. Цьому передували розвиток зловживань владою та корупційних практик, порушень прав людини, дисфункції інститутів влади, зловживання каральними та дисциплінарними практиками, суспільне (глобальне) нехтування легітимністю у значній частині країн світу. До речі, це використовують імперська, з одного боку, та постколоніальна ідеологія окремих країн – з другого. При конфлікті доцільності та законності, як у русько-китайських імперіальних симулякрах із загарбницькою ідеологією ХІХ ст., так і у сучасних плюралістичних демократіях, спрацьовує доцільність. Ідеологія захисту основних людських цінностей у сучасних умовах заміщує (додає) юридичній рівності риси доцільності. Суспільство-в'язниця, “розпиляючи” владу між різними суб'єктами, поширює дисциплінарні практики застосування сили та примусу, які не обмежені процедурами судового захисту. Демократичне суспільство теж застосовує такі ж практики, але не у такому обсязі, та й під парасолькою можливого судового захисту. Поруч із цим відома практика незаконного позбавлення волі на території інших юрисдикцій<sup>6</sup>, застосування досудового ув'язнення як заходу фільтрації<sup>7</sup>, зловживання штучним наданням привілеїв та імунітетів при притягненні до кримінальної відповідальності (латентні штучні ситуації)<sup>8</sup>, нормативне порушення принципу рівності при призначенні покарання військово-службовцям та службовим особам, тощо<sup>9</sup>.

Вочевидь це пов'язане із ситуаціями крайньої необхідності та виправдовується потребами у державній безпеці. Існують протиріччя між потребою європейської спільноти, окремої держави у безпеці, доцільністю застосування примусових заходів, зловживаннями правом і вла-

<sup>6</sup> Al Nashiri v. Romania, App 33234/12. ECHR. 31 May 2018 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183685>> (accessed: 26.02.2023); Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland, App 7511/13. ECHR. 24 July 2014 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146047>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>7</sup> Інструкція про порядок превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, та особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції, затверджена Наказом Міністерства внутрішніх справ України, Генеральної прокуратури України, Служби безпеки України від 26 серпня 2014 р. № 872/88/537 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1038-14#Text>> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>8</sup> 2020 Country Reports on Human Rights Practices: Ukraine <<https://www.state.gov/reports/2020-country-reports-on-human-rights-practices/ukraine>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>9</sup> Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці: Закон України від 8 грудня 2022 р. № 8271 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2839-20#Text>> (дата звернення: 26.02.2023); Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1698-18#Text>> (дата звернення: 26.02.2023).



дою та міжнародно визнаними стандартами прав людини. У справі *Big Brothers Watch and others vs UK* Європейський суд з прав людини встановив необхідність узгодження із Конвенцією режиму таємного спостереження, включаючи масове перехоплення зв'язку та обмін розвідданими при суспільній значущості розробки прецедентного права та адаптованого тесту оцінки доцільності у світлі важливих відмінностей між цілеспрямованим перехопленням індивідуальної інформації та масовим перехопленням останньої<sup>10</sup>. Звідси для підтримання оптимального балансу кримінально-правового регулювання законність і нормативна визначеність *ultima ratio* кореспондують субсидіарності прямого запозичення чи апроксимації супранаціональних правових приписів. Доцільність кримінально-правової заборони повинна відповідати пропорційності застосування засобів впливу потребам суспільної значущості обмеження прав громадян.

*Отже, законність і субсидіарність, доцільність і пропорційність є суттєвими, якщо не основними елементами процедури піднесення до aquis.*

По-друге, виникає моральний ліміт доцільності та адекватності кримінально-правової заборони, тобто ідея, як і наскільки характеристики окремих кримінально-правових норм та інститутів інтерпретуються суспільством у власному праворозумінні, або наскільки сама доктрина та чинне законодавство відповідають ступеню розвитку й інформаційної корекції (зомбування) наративів суспільства та його морально-психологічному стану. *Негативна динаміка правопорушення та його моральна дозволеність для суб'єктів відповідальності роблять неефективною будь-яку кримінальну заборону.* В остаточному вигляді може йтися про розповсюдженість злочинної поведінки як такої, що дозволяється більшістю суспільства, та веде до тотального колапсу інститутів влади та громадянського суспільства, заміни державних інститутів кримінальними. Відомий жарт минулого, коли несплата податків населенням стає національним видом спорту. Цікавим є інший приклад праворозуміння: відкритість і необхідність декларування прибутків усіма громадянами Данії та Норвегії, починаючи з XIII ст., призвели до мінімізації корупції у цих країнах без створення додаткових структур “з боротьби з боротьбою” та нехтування принципами кримінального права.

На шляху до апроксимації *aquis* у національне кримінальне законодавство окремим блоком є вивчення практики Європейського суду справедливості у контексті співвідношення законності, субсидіарності, доцільності та пропорційності. Ми вже мали ознайомитися з цим у справах стосовно розблокування коштів, які були заарештовані в окремих осіб

<sup>10</sup> *Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*. Apps 58170/13, 62322/14, 24960/15. ECHR. 25 May 2021 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210077>> (accessed: 26.02.2023).

після 2014 р.<sup>11</sup>. Передусім Генеральний суд ЄС, застосовуючи принципи прецедентного права до осіб, які перебувають під санкціями, виходить із того, що судова влада ЄС повинна перевіряти законність усіх актів ЄС у світлі дотримання основоположних прав. У зв'язку з цим, хоча Рада ЄС може засновувати прийняття або продовження обмежувальних заходів на рішенні третьої держави, вона повинна сама перевірити, чи були дотримані, зокрема, права на захист і право на ефективний судовий захист на момент прийняття рішення<sup>12</sup>.

Попри все, законотворча та судова практика ЄС йде шляхом усунення недоліків публічно-правового регулювання на кшталт заміни політичними санкціями усталених механізмів кримінально-правового регулювання, чи коректив кримінально-правових профілактичних норм, що порушують принцип рівності та фундаментальні права людини. Базуючись на інформації щодо недотримання права на захист та справедливий суд підсанкційних осіб, імплементація Регламенту (ЄС) № 208/2014 щодо обмежувальних заходів, спрямованих проти певних фізичних, юридичних осіб та органів у зв'язку з ситуацією в Україні була проведена в контексті ліквідації встановлених обмежувальних заходів, які, до речі, раніше рішеннями Ради ЄС були пролонговані декілька разів<sup>13</sup>.

У листопаді 2022 р. у рішенні Європейського суду справедливості у справі за позовом Люксембургу щодо законності публічного доступу до реєстрів бенефіціарних власників, який передбачений директивами ЄС щодо протидії відмиванню коштів Суд ЄС постановив, що надання публічного доступу до ідентифікаційних і персональних даних бенефіціарних власників *порушуватиме право на повагу до приватного та сімейного життя, а також право на захист персональних даних*, які закріплені, відповідно, у статтях 7 та 8 Хартії Європейського Союзу про захист прав людини та основоположних свобод<sup>14</sup>. Таким чином, Директива 2018/843 щодо використання засобів кримінального права у протидії відмиванню коштів<sup>15</sup> була визнана недійсною в тій частині, в якій вона вимагала, щоб інформація про бенефіціарних власників компаній була загальнодоступ-

<sup>11</sup> Andriy Portnov v Council of the European Union. Case T-290/14. ECJ, Judgment of the General Court (Ninth Chamber) of 26 October 2015 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62014TJ0290>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>12</sup> Mykola Yanovych Azarov v Council of the European Union. ECJ, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 19 December 2018 Case C-530/17 P <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0530>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>13</sup> Council Implementing Regulation (EU) 2022/1501 of 9 September 2022 implementing Regulation (EU) No 208/2014 concerning restrictive measures directed against certain persons, entities and bodies in view of the situation in Ukraine <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1501&qid=1662979198525>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>14</sup> WM and Sovim SA v Luxembourg Business Registers. ECJ, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 22 November 2022. Joined Cases C-37/20 and C-601/20 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0037>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>15</sup> Directive (EU) 2018/1673 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on combating money laundering by criminal law <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32018L1673>> (accessed: 26.02.2023).



ною. Відомо, що після цього рішення Суду ЄС держави ЄС почали закривати державні реєстри бенефіціарних власників компаній, що може підірвати ефективність заявлених цілей ЄС щодо запобігання відмиванню злочинних коштів, проте гарантує, що втручання у фундаментальні права буде компенсоване.

Стосовно розвитку законодавства кримінально-правового профілю, зазначимо, що сучасні дослідники проблеми загальних принципів криміналізації права ЄС розглядаються як:

- принципи визначення порогового значення криміналізації (шкода, охоронювані правові інтереси);
- принципи обґрунтування криміналізації (пропорційність, ефективність);
- принципи розподілу повноважень ЄС у сфері криміналізації (правова основа компетенції, субсидіарність);
- принципи побудови складу злочину (внутрішня субсидіарність, нормативність, ефективність доказування та притягнення до відповідальності, ретроспективна пропорційність)<sup>16</sup>.

Деякі з цих принципів нам чудово відомі, деякі пов'язані зі специфікою європейського кримінального права як права федерального рівня, деякі потребують додаткового ретельного аналізу. Так, у 2022 р. вперше за історію розвитку Європейського кримінального права, маючи прагнення легітимізувати систему кримінально-адміністративних санкцій проти РФ та РБ, Рада ЄС ухвалила рішення про розширення переліку складів європейських злочинів, включивши до нього порушення обмежувальних заходів, прийнятих ЄС. Після ухвалення цього рішення 2 грудня 2022 р. Європейська Комісія представила пропозицію щодо директиви, яка міститиме пропозиції щодо гармонізації кримінальних злочинів та покарань за порушення обмежувальних заходів ЄС. Передбачено такий перелік нових кримінальних правопорушень, які порушують санкції ЄС, а саме:

- надання коштів або економічних ресурсів у розпорядження або на користь визначеної особи, юридичної особи або органу;
- незабезпечення заморожування цих коштів;
- надання можливості в'їзду визначених санкціями осіб на територію держави-члена або їх транзиту через територію держави-члена;
- здійснення операцій з третіми країнами, які заборонені або обмежені обмежувальними заходами ЄС;

<sup>16</sup> S Buisman, 'The Future of EU Substantive Criminal Law: towards a Uniform Set of Criminalisation Principles at the EU level' [2022] 30 European journal of crime, criminal law and criminal justice 161–187.

торгівля товарами або послугами, імпорт, експорт, продаж, купівля, передача, транзит або транспортування яких заборонено або обмежено; здійснення фінансової діяльності, яка заборонена або обмежена; або надання інших послуг, які заборонені або обмежені, таких як юридичні консультаційні послуги, трастові послуги та послуги з податкового консультування<sup>17</sup>.

Криміналізовані діяння охоплюватимуть також обхід обмежувальних заходів ЄС: це означає обхід або спробу обходу обмежувальних заходів через приховування коштів або приховування того факту, що особа є кінцевим власником коштів.

Встановлено також загальні базові стандарти щодо штрафних санкцій: залежно від правопорушення, фізична особа може бути покарана максимальним покаранням у вигляді позбавлення волі на строк не менше п'яти років; компанії можуть бути покарані штрафом у розмірі не менше 5 % від загального світового обороту юридичної особи (компанії) за фінансовий рік, що передував ухваленню рішення про накладення штрафних санкцій. Цей проект директиви має бути обговорений та ухвалений Радою ЄС та Європейським Парламентом<sup>18</sup>.

Загальні міркування більшості європейських криміналістів щодо пеналізації та системи санкцій пов'язані з ідеологією рівності кримінально-правового впливу на території ЄС для того, щоб злочинці не могли уникати відповідальності у країнах, де така відповідальність не була встановлена, чи була суттєво пом'якшена, з огляду на національні традиції<sup>19</sup>.

*Традиційна формула, запроваджена Європейським судом справедливості, вимагає від держав-членів вжиття "ефективних, пропорційних та стримуючих санкцій" і часто називається "мінімальною тріадою"*<sup>20</sup>.

Проект Європейської ініціативи з кримінальної політики (ЕСПІ) демонструє, що розумна гармонізація санкцій повинна переважно базуватися на системі відносної порівняності та внутрішньої узгодженості кожної національної моделі, одночасно надаючи ЄС можливість класифікувати гармонізовані правопорушення за заздалегідь визначеною кількістю категорій. Ключова ідея так званого "нового підходу" полягає

<sup>17</sup> Sanctions: Council adds the violation of restrictive measures to the list of EU crimes (Council of the EU Press release, 28 November 2022) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/11/28/sanctions-council-adds-the-violation-of-restrictive-measures-to-the-list-of-eu-crimes>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>18</sup> Ukraine: The Commission proposes rules on freezing and confiscating assets of oligarchs violating restrictive measures and of criminals (25 May 2022) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_22\\_3264](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_3264)> (accessed: 26.02.2023).

<sup>19</sup> Green paper on the approximation, mutual recognition and enforcement of criminal sanctions in the European Union <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52004DC0334>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>20</sup> Commission of the European Communities v Hellenic Republic. ECJ, Judgment of the Court of 21 September 1989, case 68/88 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:61988CJ0068>> (accessed: 26.02.2023).

у прагненні до зближення національних систем призначення та виконання покарання через визначення категорій правопорушень. Зокрема, наднаціональний інструмент не запроваджуватиме конкретного покарання за конкретне правопорушення, а натомість класифікуватиме конкретні правопорушення у заздалегідь визначеному переліку, відповідно до їхньої тяжкості, а держави-члени матимуть право на власний розсуд визначати “діапазон покарань”, які мають застосовуватися до кожного класу правопорушень. Саме така методологія використана у новому проєкті Кримінального кодексу України<sup>21</sup>. У такий спосіб вважається, що можна досягти справжнього балансу інтересів: *ЄС може визначати ступінь тяжкості гармонізованих правопорушень, класифікуючи їх за категоріями, а держави-члени лише “наповнюють” ці категорії санкціями, звичними для їхніх національних систем, забезпечуючи таким чином узгодженість власного правопорядку*<sup>22</sup>.

Існують і певні протиріччя, пов’язані із системою дисбалансів економічного розвитку та культури відбування покарання в окремих країнах. Як справедливо зазначив К. Зумпулакис:

З точки зору наближення кримінальних покарань, умови утримання під вартою також є вирішальною змінною. Простіше кажучи, незважаючи на те, що тривалість вироку може бути однаковою в кількісному вираженні, виконання вироку і пов’язані з ним страждання ув’язнення надзвичайно залежать від умов утримання під вартою. Припущення тут просте: відбування п’яти років позбавлення волі в установі, яка поважає основні права і гарантує високі стандарти, суттєво відрізняється від відбування тих самих років в установі, яка не забезпечує справедливих та прийнятних умов тримання під вартою. У цьому сенсі зближення кримінальних санкцій в ЄС, а особливо зближення санкцій, які передбачають позбавлення волі, зупиняється за воротами в’язниці<sup>23</sup>.

Безпека держави у сучасних умовах залежить від її політичного вектору розвитку, ідеології суспільства, абсолютизації прав людини та встановлення гармонічної (пропорційної та законної) відповідальності за їх порушення. Апроксимацію рекомендованих *acquis communautaire* кримінальних правопорушень з урахуванням судової практики ЄС, законопроектних праць і процедур відповідальності за невиконання

<sup>21</sup> Кримінальний кодекс України: контрольний текст проєкту (станом на 30.01.2023 року) <<https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/01/30/proyekt-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny-standom-na-30-01-2023.pdf>> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>22</sup> Helmut Satzger, ‘The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union: A New Approach’ (2019) 2 *Eucrim* 115. DOI: <https://doi.org/10.30709/eucrim-2019-007>.

<sup>23</sup> Konstantinos Zoumpoulakis, ‘Approximation of criminal sanctions in the European Union: A wild goose chase?’ [2022] 13 *New Journal of European Criminal Law* 333–45. <https://doi.org/10.1177/20322844221119732>; Green paper on the approximation, mutual recognition and enforcement of criminal sanctions in the European Union (n 19).

приписів *acquis*, справа нелегка. Більше десятка директив прямо пов'язані із реалізацією відповідальності у напрямі узгодженості криміналізації та пеналізації діянь із загальноєвропейськими стандартами, значна кількість документів присвячена питанню захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень, що потребують конкретного однакового вирішення у матеріальному та процесуальному праві окремих європейських країн.

Існують окремі питання у галузі регуляції ЄС питань міграційної кризи, диджиталізації, захисту природного середовища, досягнення принципів сталого розвитку, гендерної рівності, права на приватність, що прямо корелюють із кримінальним правом. Нагальним для ЄС стає розгляд питань криміналізації економічних зловживань у так званих “ланцюгах постачання”, коли бізнес держав ЄС і транснаціональних корпорацій використовує аутсорсинг та експлуатацію праці у країнах, що перебувають на низькому економічному рівні розвитку.

На думку директора інституту Європейського та міжнародного кримінального права А. Ніето, основними перешкодами на шляху піднесення до *acquis* із точки зору правової визначеності та передбачуваності у кримінально-правовій площині, безумовно, будуть виступати юрисдикційні конфлікти. Моделі криміналізації, засновані на приматі ієрархічності *acquis* та національного законодавства, чи на моделі окремих договірних зобов'язань за кожною директивою, не завжди спрацювують. Існує третій, безпековий підхід, за яким держава задля забезпечення особистої та державної безпеки, у змозі завдяки більш ретельному контролю з боку громадянського суспільства та себе самої, встановлювати більш жорсткі обмежувальні заходи, ніж передбачені європейським законодавством<sup>24</sup>. Проте належний шлях вибрати нам самим.

Висновки. Піднесення до європейського кримінального законодавства включає імплементацію Україною положень європейських кримінально-правових норм, обов'язкових для імплементації за ст. 83 (1) Лісабонського договору, апроксимацію рекомендованих *acquis communautaire* кримінальних правопорушень з урахуванням судової практики ЄС, законопроектних робіт та процедур відповідальності за невиконання приписів *acquis*.

Рівність, юридична визначеність, пропорційність, передбачуваність, субсидіарність, законність як принципи кримінального права та соціально-правові підґрунтя кримінальної політики повинні розглядатися виключно у векторі примата прав людини та безпеки жертви кримінального правопорушення, компліментарності примусу та гідного поведження, компенсації, реституції та реабілітації, сатисфакції, та гарантій непо-

<sup>24</sup> Adán Nieto Martín, *Global Criminal Law. Postnational Criminal Justice in the Twenty-First Century* (Palgrave Macmillan Cham 2022) 102–3.

вторення спричинення шкоди жертвам кримінальних правопорушень з урахуванням суспільних інтересів і вимог чемної профілактики правопорушень, суспільної та державної безпеки.

Цей перелік умов повинен кореспондувати відповідній політиці держави. І саме у конфлікті політично визначеної доцільності зловживання владою та кримінальним правом повинна вигравати абсолютна законність і права людини.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Adán Nieto Martín, *Global Criminal Law. Postnational Criminal Justice in the Twenty-First Century* (Palgrave Macmillan Cham 2022) (in English).

#### *Journal articles*

2. Buisman S, 'The Future of EU Substantive Criminal Law: towards a Uniform Set of Criminalisation Principles at the EU level' (2022) 30 *European journal of crime, criminal law and criminal justice* 161–87 (in English).
3. Satzger H, 'The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union: A New Approach' (2019) 2 *Eucrim* 115. DOI: <https://doi.org/10.30709/eucrim-2019-007> (in English).
4. Zoumpoulakis K, 'Approximation of criminal sanctions in the European Union: A wild goose chase?' (2022) 13 *New Journal of European Criminal Law* 333–45. <https://doi.org/10.1177/20322844221119732> (in English).
5. Tuliakov V, 'Aproksymatsiia u kryminalnomu zakonodavstvi' (2009) 47 *Aktualni problemy derzhavy i prava* 7–11 (in Ukrainian).

#### *Conference papers*

6. Hurtovenko O, 'Kryminalno-pravova balansolohiia: stysla kharakterystyka' v *Yevropeyskyi vybir Ukrainy, rozvytok nauky ta natsionalna bezpeka v realiiakh masshtabnoi viiskovoi ahresii ta hlobalnykh vyklykiv KhKhI stolittia: materialy Mizhnar.nauk.-prakt. konf., t 2* (Helvetyka 2022) 278 (in Ukrainian).
7. Tuliakov V, 'Aquis communautaire ta kryminalno-pravovi rozvidky: shliakhy pidnesennia do idealu' *Ukrainska kryminalna yustytysiiia v umovakh viiny: materialy VIII (XXI) Lvivskoho forumu kryminalnoi yustytysii* (LvDUVS 2022) 237–42 (in Ukrainian).
8. Tuliakov V, 'Subsydiarnist kryminalizatsii u yevropeiskomu pravi' v *Kryminalna yustytysiiia v Ukraini: realii ta perspektyvy: materialy konferentsii* (LDUVS 2022) 96–101 (in Ukrainian).

## APPROXIMATION OF UKRAINIAN CRIMINAL LEGISLATION TO EUROPEAN UNION LAW (METHODOLOGY OF THE ISSUE)

**ABSTRACT.** The European Commission drew attention to the need for further development of the justice system and protection of fundamental human rights in Ukrainian legislation in accordance with the EU's provisions on Justice, Freedom and Security when deciding to support Ukraine's candidacy for EU membership. A significant role in that is played by the development of Ukraine's criminal legislation with its focus on the protection of fundamental rights and freedoms and security of citizens.

At the same time, there are a significant number of problems caused by a certain novelty of the subject matter, lack of experience and difference in legal cultures in the practice of approximation of national criminal legislation to EU law. The purpose of the article is to examine, the main methodological issues of approximation of national criminal legislation of Ukraine to the EU *acquis*, taking into account the compliance of national criminal law measures with the consolidated definition of crime and victimization rate in the State and the provisions of EU supranational law, based on the study of modern European literature in the field of criminal policy issues.

The author examines the basic algorithm for working out the approximation: analysis of current EU legislation, case law of the European Court of Justice, European Commission directives, procedures for bringing to justice for violation or non-compliance with EU legislation, and draft EC Directives on criminal policy (substantive, procedural, procedural, penitentiary and preventive aspects) or related to them.

Special attention is paid to the study of the case law of the European Court of Justice and the compliance of Ukraine's criminal policy with the concept of the dominance of the protection of human rights and security, not the state, with the general principles of criminalization and penalization of European criminal law.

Legality and subsidiarity in the context of *ultima ratio*, expediency and proportionality are essential, if not the main elements of the procedure of elevation to *acquis*, taking into account the primacy of human rights and the rights of victims of crime.

Hence, equality, legal certainty, proportionality, predictability, subsidiarity, legality as principles of criminal law and socio-legal foundations of criminal policy should be considered exclusively in the vector of the primacy of human rights and safety of victims of criminal offenses, complementarity of coercion and decent treatment, compensation, restitution and rehabilitation, satisfaction, and guarantees of non-recurrence of harm to victims of criminal offenses, taking into account public interests and requirements of courteous prevention of crime.

Models of approximation based on the primacy of the exclusive hierarchy of *acquis* over the requirements of national law, or models of using the harmonization of individual contractual obligations under each treaty, framework agreement or directive, do not always work. According to European researchers, there is a third, security approach, according to which the state, in order to temporarily protect personal and state security, can, through closer control by civil society and itself, impose stricter restrictive measures than those provided for by European law. However, it is up to Ukraine to choose the right path.

**KEYWORDS:** approximation; EU criminal law; criminal law of Ukraine; criminalization; penalization; human rights; human and state security.