

РЕЦЕНЗІЇ


УДК 343.431(477)(094.4)(049.32)

DOI: <https://doi.org/10.32631/pb.2021.1.26>

ЯРОСЛАВ ГРИГОРОВИЧ ЛИЗОГУБ,

кандидат юридичних наук, доцент,

Харківський національний університет внутрішніх справ;

 <https://orcid.org/0000-0001-9824-0798>,

e-mail: y_h_lyzohub@yahoo.com

РЕЦЕНЗІЯ НА ПРОЄКТ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО СТАТТІ 149 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ГАРМОНІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА З ПОЛОЖЕННЯМИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА В ЧАСТИНІ РЕГУЛЮВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ТОРГІВЛЮ ЛЮДЬМИ»¹

Комітет Верховної Ради України з питань правоохоронної діяльності Листом від 12 березня 2021 р. № 04-27/03-2021/89030 за підписом голови Комітету Д. Монастирського звернувся до Харківського національного університету внутрішніх справ із проханням надати за наявності пропозиції та зауваження щодо проекту Закону України «Про внесення змін до статті 149 Кримінального кодексу України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права в частині регулювання кримінальної відповідальності за торгівлю людьми» (реєстровий номер 5134-1 від 9 березня 2021 р.), доповідачем якого є народний депутат України Олександр Анатолійович Дануца.

Відповідно до такого проекту Закону, а також Доповідної записки та Порівняльної таблиці до нього *зміни до статті 149 Кримінального кодексу України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права в частині регулювання кримінальної відповідальності за торгівлю людьми* пропонується здійснити за допомогою таких ініціатив:

1) шляхом доповнення диспозиції ч. 1 ст. 149 КК України пояснювальним сполучником, тобто дати такої самостійній зараз формі

об'єктивної сторони, як торгівля людьми, нове, принципово інше визначення (фактично дії з приводу *вербування людини, а також її переміщення, переховування, передача або одержання, вчинені з метою експлуатації, з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності потерпілого, його вразливого стану або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання згоди на його експлуатацію*, які на сьогодні є альтернативними щодо торгівлі людьми, пропонується розуміти як такі, що її утворюють);

2) шляхом вилучення зі змісту поняття «експлуатація людини», автентичне визначення якого подано в п. 1 Примітки до ст. 149, слів «примусову вагітність або примусове переривання вагітності» надати йому нового вигляду;

3) шляхом доповнення ст. 149 КК України такою обтяжуючою обставиною, як *створення загрози загибелі потерпілого*.

Здійснивши науково-юридичний аналіз пропонованих ініціатив, можемо зазначити таке.

Щодо першої ініціативи – про доповнення диспозиції ч. 1 ст. 149 КК України пояснювальним сполучником «тобто» і формулювання у зв'язку з цим, нового, принципово іншого визначення такої самостійної зараз формі об'єктивної сторони, як торгівля людьми, а саме розуміння її як *«вербування людини, а також її переміщення, переховування, передача або одержання, вчинені з метою експлуатації, з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності потерпілого, його вразливого стану або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання згоди на його експлуатацію»*. Така ініціатива, попри те що з її

¹ Проект Закону про внесення змін до статті 149 Кримінального кодексу України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права в частині регулювання кримінальної відповідальності за торгівлю людьми : від 09.03.2021 № 5134-1 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71347 (дата звернення: 17.03.2021).

допомогою здійснюється спроба наблизити зміст наявного в чинному Кримінальному кодексі визначення торгівлі людьми до того, яке зараз фігурує в міжнародних документах, ратифікованих Україною, зокрема у ст. 3 Протоколу про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, ухвалених резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 15 листопада 2000 р. № 55/25 (далі – Протокол), і ст. 4 Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16 травня 2005 р. (далі – Конвенція РЄ), навряд чи заслуговує на схвалення.

По-перше, така логіка вкрай суперечить семантичному розумінню поняття «торгівля», яке у вітчизняній літературі традиційно визначалось і визначається за допомогою саме таких складових, як купівля-продаж¹.

По-друге, розглядувана ініціатива абсолютно не враховує те, що причиною включення до поняття «торгівля людьми», вписаного у ст. 3 Протоколу й у ст. 4 Конвенції РЄ, зокрема таких слів, як *переміщення та найм*, є насамперед дещо інший зміст і походження англomовної дефініції *human trafficking*², якою фактично ілюструється торгівля людьми у зазначених документах. Остання, на відміну від вітчизняної, передбачає інші, ніж купівля та продаж, дії, являючи собою саме транспортування або контролювання людей, а також примушування їх до роботи у сфері торгівлі сексом та інших форм примусової праці (*the crime of transporting or controlling people and forcing them to work in the sex trade or other forms of forced labour*).

Ураховуючи змістову неоднаковість іншомовного та вітчизняного словосполучень, будь-які пропозиції щодо приведення останнього у відповідність до першого, а саме на цьому фактично наполягають у законопроекті,

з логіко-граматичного погляду здаватимуться як мінімум неконструктивними, а як максимум – контрпродуктивними. Поняття з одним обсягом семантичного наповнення (яким є торгівля людьми у вітчизняному сприйнятті) об'єктивно просто не може дорівнювати поняттю, що змістовно характеризує цілком інші дії (*human trafficking*). А тому спроба штучного насичення поняття торгівлі людьми явищами, які традиційно не сприймалися і не сприймаються в Україні як її складові (вербування, переміщення, переховування), з одночасним ігноруванням дій, які натомість її насправді втілюють (купівля та продаж), у практичній діяльності особи, яка застосовуватиме норму, може дійсно викликати складнощі не лише в інтерпретації об'єктивної сторони викладеного в ній суспільно небезпечного діяння, але й у самому застосуванні такої норми.

Спроби ж автора законопроекту апелювати до того, що чинне нормативно-правове регулювання відповідальності за торгівлю людьми порушує принцип правової визначеності, а Закон України «Про протидію торгівлі людьми» від 20 вересня 2011 р. № 3739-VI (далі – Закон) містить термінологічні розбіжності з приписами ч. 1 ст. 149 КК України, насправді не є достатньо обґрунтованими.

По-перше, норма кримінального закону, що визначає торгівлю людьми як форму об'єктивної сторони, частково є бланкетною, а тому для з'ясування змісту окремих понять, що її утворюють, доречно звернутись до відповідних положень спеціального законодавства, яким у цьому випадку є Закон, у ст. 1 якого торгівлею людьми детерміновано «здійснення незаконної угоди, об'єктом якої є людина». Отже, правова визначеність торгівлі людьми не така вже й відсутня, якщо не сказати навпаки.

По-друге, термінологічні розбіжності між діянням, описаним у ч. 1 ст. 149 КК України, і діянням, передбаченим у ст. 1 Закону, відсутні як такі. Інша справа, що стилістично норма КК виглядає трохи інакше. Але питання тут лише в тому, що така норма є, повторюємо, бланкетною, а тому явище, зазначене в ній, порівняно із Законом, сформульовано скорочено.

Справжня проблема насправді полягає в іншому, а саме в юридично некоректному визначенні розглядуваного поняття в самому Законі, адже, визначаючи торгівлю людьми як здійснення *незаконної угоди, об'єктом якої є людина, а так само вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини*, законодавець припустився суттєвої логічної помилки, визначивши її за допомогою дефініцій, які або змістовно поглинають одна

¹ Див., напр.: Словник української мови : в 11 т. / АН УРСР, Ін-т мовознавства ім. О. О. Потебні ; редкол.: І. К. Білодід (голова), А. А. Бурячок, В. О. Винник та ін. Київ : Наук. думка, 1979. Т. 10. С. 201; Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : Перун, 2005. С. 1463.

² Human trafficking // Oxford Learner's Dictionaries : сайт. URL: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/human-trafficking> (дата звернення: 17.03.2021).

одну, або ж фактично засвідчують попередню чи допоміжну кримінально-протиправну діяльність щодо самої торгівлі. Так, «здійснення незаконної угоди, об'єктом якої є людина», без жодних сумнівів, поглинає за змістом принаймні дії з приводу передання та отримання потерпілого, адже останні об'єктивно утворюють саме певні форми реалізації вищезазначеної угоди, а вербування людини, як і її переміщення чи переховування, віддзеркалюючи, по суті, певні стадії подальших купівлі чи продажу, за певних обставин можуть характеризуватись водночас і під кутом зору співучасті в розглядуваному кримінальному правопорушенні.

Ігноруючи кримінально-правову теорію і водночас сліпо прагнучи до калькової імплементації відповідних положень міжнародних актів, законодавець виписав зміст розглядуваного суспільно небезпечного явища в нормі кримінального закону так, ніби торгівля людьми як виконавські дії (дії виконавця) – це дійсно майже все, що відбувається з людиною, коли вона стає фактично предметом здійснення незаконної угоди з приводу її передання або отримання. А насправді це далеко не так, бо торгівля людиною – це безпосередньо її купівля та продаж, а все інше – або інші дії з приводу незаконного передання або одержання людини (наймання, оренда тощо), або стадії попередньої кримінально-протиправної діяльності (вербування, переміщення, переховування), які також підлягають криміналізації за КК України.

І саме це на сьогодні є справжньою проблемою ст. 149 КК України, на яку варто було б звернути увагу, адже її наявність ставить догори дригом все те, чим займається теорія кримінального права. А аутстафінг, про який ідеться в законопроекті, як і аутсортінг, об'єктивно не лише не становлять жодної загрози криміналізації чи зайвої пеналізації торгівлі людьми, але й узагалі за суттю своєю не мають до цього явища абсолютно жодного стосунку. Як не має стосунку до проблеми правової визначеності ніби наявна, про що також наголошується в законопроекті, відкритість питання, цитуємо: «чи поширюється вимога щодо наявності мети експлуатації на форму діяння “торгівля людиною”», бо насправді це питання є штучно створеним. Про його штучність свідчить логіко-граматичне тлумачення ч. 1 ст. 149 КК України.

Так, зважаючи на те, що за змістом ст. 1 Закону торгівля людиною – це насамперед здійснення НЕЗАКОННОЇ угоди, протиправність такої форми об'єктивної сторони логіч-

но пов'язувати із самим лише фактом її існування (наприклад, купівля чи продаж потерпілого або ж його оренда є забороненими діями вже навіть у зв'язку з їх здійсненням). Водночас вербування, переміщення, переховування, передання або отримання людини, вчинені без мети її експлуатації, об'єктивно не є суспільно небезпечними у контексті ст. 149 КК, бо за відсутності цієї мети не відбувається посягання на відповідні людські права, зокрема на гідність цієї людини.

Непрямим підтвердженням доцільності диференційованого сприйняття першої та інших форм кримінального правопорушення, що розглядається, є і законодавчий виклад речення, яким фактично утворюється диспозиція ч. 1 ст. 149 КК України. Так, застосування сполучної конструкції «а так само» ПІСЛЯ слів «здійснення незаконної угоди, об'єктом якої є людина», хоча й показує граматичне поєднання різних частин речення в межах складного синтаксичного утворення, водночас засвідчує і прагнення певною мірою відокремити зазначені слова від вербування, переміщення, переховування, передання та отримання. І причиною такого рішення є передусім принципова різниця юридичної природи першої форми діяння, яка є суспільно небезпечною сама по собі, та всіх інших форм, незаконність яких обумовлюється лише наявністю спеціальної мети – експлуатації людини.

По-третє, формування змісту суспільно небезпечного діяння у вітчизняному кримінальному законі в чіткій текстуальній відповідності до того, як це зроблено в міжнародному акті, не є обов'язком держави, адже не існує жодного припису, який би змушував країну механічно копіювати, ніби під кальку, те, що було виписано в ньому. Ратифікуючи такий документ, держава хоча й приєднується до узгодженої країнами-учасницями вимоги протидіяти певному явищу, вона водночас залишає за собою право на форму та зміст тієї чи іншої норми, яка реалізуватиме протидію. Простіше кажучи, держава, описуючи зміст суспільно небезпечного діяння, щодо здійснення правової боротьби з яким вона висунула згоду, передусім має врахувати дух міжнародного акта. Його ж букву вона може виписати й на власний розсуд, урахувавши особливості своєї правової системи, надбання вітчизняної науки та практики, а також поширеність наявних проявів явища в суспільстві. Звісно, при цьому не можна ігнорувати те, чому саме вирішено протидіяти.

Зіставляючи чинну редакцію ч. 1 ст. 149 КК України зі ст. 3 Протоколу, а також ст. 4

Конвенції РЄ, можна побачити, що в національній нормі повною мірою реалізовано заборону діянь, визначених у них. Так, нормою встановлено відповідальність і за вербування, і за переміщення, і за переховування, і фактично за найм, який змістовно збігається з такими альтернативними формами діяння, описаними в ч. 1, як «передача» й «отримання». Отож, у цьому контексті Україна не порушує взяті на себе зобов'язання.

Натомість дійсно було б доцільно звернути увагу як на недолік на те, що в диспозиції ч. 1 замість слів «торгівля людиною» послідовними були б слова «купівля або продаж людини», якими б фактично розкривалось те, що безпосередньо зазначається в назві самої статті, оскільки диспозиція норми має не дублювати, а розкривати зміст того, про що йдеться в її назві. Але, на жаль, у пропонованому проєкті закону такому питанню не знайшлося місця.

Щодо другої ініціативи – про вилучення зі змісту поняття «експлуатація людини», автентичне визначення якого подано в п. 1 Примітки до ст. 149, слів «примусову вагітність або примусове переривання вагітності».

Як у разі з попередньою ініціативою, засвідчуємо відсутність підтримки й цієї, адже, з юридичного погляду, висновки про те, що визнання примусової вагітності та примусового її переривання формами експлуатації (цитуюемо), «залишає засоби тиску на осіб, які займаються веденням вагітності та/або її перериванням», не витримують жодної критики. Примусова вагітність, як, власне, і примусове переривання вагітності, будучи діями, що здійснюються всупереч волі людини, є не чим іншим, як очевидними формами протиправного її використання. Потерпілий у такому разі фактично піддається експлуатації, адже його тіло, попри наявну згоду, зазнає втручання з боку інших осіб, і під час такого втручання об'єктивно ігнорується те, чого насправді бажає людина, щодо якої відбуваються зазначені дії.

Відмова від визнання примусової вагітності та примусового її переривання видами експлуатації людини фактично не лише засвідчуватиме відсутність злочинного характеру вербування, переміщення, переховування, передання чи отримання людини, вчинених із такою метою, але й утворюватиме суттєву прогалину в кримінально-правовій охороні таких конституційних прав людини, як право на повагу до її гідності та право на свободу.

Напевно, було б цікаво почути деталі розглядуваної ідеї, оскільки незрозуміло, як у принципі можна протиставляти побоювання за здійснення тиску у сфері професійної дія-

льності фактам можливого примусового втручання в основні конституційні права людини, адже як у кримінально-правовому, так і в загальнолюдському розумінні це абсолютно нерівнозначні соціальні цінності!

Водночас відсутність у законопроєкті будь-якої аргументації щодо цього питання об'єктивно заважає більш якісному апелюванню. Тому до вже сказаного залишається лише додати, що використання примусу тут матиме юридично обґрунтований вигляд лише під кутом зору обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, зокрема крайньої необхідності та обґрунтованого ризику. Усе інше, як видається, обумовлює правопорушення.

Щодо третьої ініціативи – про доповнення ст. 149 КК України такою обтяжуючою обставиною, як *створення загрози загибелі потерпілого*.

На нашу думку, така пропозиція виглядає слушною насамперед із двох причин:

– через необхідність дотримання Україною своїх міжнародних зобов'язань, зокрема у зв'язку з ратифікацією Законом від 21 вересня 2010 р. № 2530-VI Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16 травня 2005 року, стаття 24(а) якої до країн-учасниць висуває вимогу необхідності визнання обтяжуючою обставиною торгівлі людьми *створення загрози загибелі потерпілого*;

– через відсутність у чинній редакції ст. 149 КК України як самої обставини, про яку йдеться, так і будь-якої іншої ознаки, якою б така обставина змістовно охоплювалась.

Згадувані ж у ч. 3 насильство, небезпечне для життя або здоров'я потерпілого чи його близьких, а так само погроза його застосуванням змістовно не можуть бути використані як повноцінні альтернативні характеристики *створення загрози загибелі потерпілого*, адже останнє не завжди є проявом насильства з боку злочинця, як і насильства взагалі. Так, розглядувана обставина може являти собою і результат необережності з боку особи, яка вчиняє торгівлю людьми, зокрема недбале ставлення до місця тимчасового переховування потерпілого – у контейнері, де раніше зберігались отруйні речовини із залишками таких речовин; або ж засвідчувати вплив супутніх чинників, наприклад під час переміщення людини територією, де відбуваються бойові дії з високим ризиком її смертельного ураження.

Підсумовуючи викладене, набуває актуальності загальний висновок, що в цілому проєкт Закону України «Про внесення змін до статті 149 Кримінального кодексу України

щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права в частині регулювання кримінальної відповідальності за торгівлю людьми», з кримінально-правового погляду, здається поспішним, адже більшість викладених у ньому пропозицій насправді є неконструктивними й

у зв'язку з цим не можуть розглядатись як засоби поліпшення змісту ст. 149 КК України.

Зважаючи на це, єдиною правильною рекомендацією на сьогодні є додаткове ретельне опрацювання такого законопроекту і необхідність відмови від деяких визначених у ньому ініціатив.