

Чи є правомірним кримінальне переслідування за незаконне поводження зі зброєю?

Питання кримінальної відповідальності за незаконне поводження зі зброєю (ст. 263 КК) практично завжди знаходилося у фокусі кримінально-правових досліджень. Сьогодні злободенність цього питання пов'язана також із тимчасовою окупацією окремих частин території України та збройним конфліктом на сході України.

Микола РУБАЩЕНКО,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого



Актуальні питання

Останнім часом у науці кримінального права запропоновано такий підхід до тлумачення диспозицій ст. 263 КК, на основі якого ставиться радикальне за своїм змістом питання щодо правомірності притягнення до кримінальної відповідальності за вказаною статтею. Висловлено аргументовану точку зору про принципову незаконність застосування ст. 263 КК до того часу, як буде прийнятий та набере чинності спеціальний закон про обіг зброї в Україні. Зазначена точка зору навіть знайшла своє відображення в судовій практиці. І хоча поки — це лише поодинокі судові рішення, однак вони в сукупності із запропонованим науковим підходом ставлять під сумнів правомірність багаторічної слідчої та судової практики щодо кваліфікації суспільно небезпечних діянь за ст. 263 КК. У зв'язку з гострою цією проблематикою, її дослідження виглядає дійсно виправданим.

При цьому незалежно від результатів дослідження автор наперед заявляє про неприпустимість інтерпретації зроблених у цій статті висновків як вираження позиції «за» чи «проти» лібералізації обігу зброї в Україні, оскільки це дослідження спрямоване лише на з'ясування змісту диспозиції ст. 263 КК та допустимості її застосування, поза дискусією про цивільну зброю та її вільний обіг.

Детермінанти проблеми, еволюція законодавства та основні аргументи проти застосування статті 263 КК

1. Ціна питання. Істотною значимістю пошуку рішення розглянутого дискусійного питання обумовлена насамперед такими чинниками. По-перше, ймовірним визнанням протиправності застосування кримінально-правових заходів щодо осіб, засуджених за ст. 263 КК з 21 червня 2007 року. Так, згідно судової статистики за 10 років (2008 —

2017 роки) за ч. 1 ст. 263 було засуджено 30 тисяч 144 особи, а за ч. 2 ст. 263 — 18 тисяч 307 осіб. Звичайно, протиправне засудження навіть однієї особи є виявом кричущої соціальної несправедливості, однак зазначені цифри підкреслюють масштабний реабілітуючий потенціал одного з рішень дискусійного питання. По-друге, що безпосередньо поєднано з першим, імовірним визнанням протиправності діяльності відповідних посадових осіб щодо переслідування та засудження «злочинців» за ст. 263 КК. І, по-третє, що більш важливо, визнанням по суті обігу будь-якої вогнепальної зброї не просто некарним, а взагалі — уседозволеним, таким, що не передбачає отримання яких-небудь дозволів чи проходження певних процедур, принаймні доти, доки це питання не буде інакше врегульовано законом.

2. Передумова науково-практичного дискурсу. У формальному вимірі проблема застосування ст. 263 КК бере свій початок від використаного законодавчим словосполучення «без передбаченого законом дозволу», що знайшло своє текстувальне закріплення в частинах 1 і 2 ст. 263 КК, та впливає на визначення змісту кримінальної протиправності діяння. Варто зауважити, що подібне формулювання певною мірою є результатом наступності кримінального законодавства. Однак у ст. 222 КК УРСР 1960 р. було передбачено кримінальну відповідальність за носіння, зберігання, вироблення, придбання, виготовлення або збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів або вибухових речовин без відповідного дозволу (ч. 1), а також за носіння, виготовлення або збут кинджалів, фінських ножів або іншої холодної зброї без відповідного дозволу (ч. 3), тобто кримінальний закон указував лише на «відповідний дозвіл» без конкретизації ознак того акту, яким цей дозвіл має передбачатися. Натомість у ст. 263 КК 2001 р. передбачено кримінальну відповідальність за носіння, зберігання, при-

дбання, виготовлення, ремонт, передачу чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв без передбаченого законом дозволу (ч. 1) при цьому Законом України від 5 липня 2012 р. № 5064-VI слова «виготовлення» та «ремонт» виключені з диспозиції ч. 1 ст. 263 у зв'язку із доповненням КК новою статтею 263-1), а також за носіння, виготовлення, ремонт або збут кинджалів, фінських ножів, кастетів чи іншої холодної зброї без передбаченого законом дозволу, тобто новий КК конкретизував акт, яким передбачається такий дозвіл, указавши на такий його різновид, як закон.

3. Еволюція нормативно-регулювання поводження зі зброєю. Нормативне регулювання обігу зброї в суверенній Україні в аспекті цього дослідження бере свій початок від положень ст. 129 ЦК України 1964 р., згідно яких перелік предметів, що можуть бути придбані лише з особливого дозволу (зокрема, зброєю), а також порядок видачі цих дозволів визначалися законодавством Союзу РСР і Української РСР (тут і далі курсив, — М.Р.). У ч. 4 ст. 13 Закону України «Про власність» від 7 лютого 1991 р. № 697-XII було закріплено, що законодавчими актами України може бути встановлено спеціальний порядок набуття права власності громадянами на окремі види майна, а також види майна, що не може перебувати у власності громадян. Далі постановою Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1992 № 2471-XII громадянам дозволено набувати права власності на відповідну зброю, придбану ними з відповідного дозволу, що надається органами внутрішніх справ. У свою чергу в Положенні про дозвільну систему, затверджену постановою Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 1992 р. № 576 передбачено, що вказані дозволи видаються в порядку, визначеному МВС України. Спершу такий порядок був врегульований наказом МВС України від 25 березня 1993 р. № 164. Його змінив наказ МВС України від 21 серпня 1998 р. № 622, що є чинним і сьогодні. Таким чином, простежувався ієрархічно впорядкований ланцюг нормативних актів: закони України містили лише загальні положення, для конкретизації яких, прямо (без потреби в тлумаченні) відсилали до «інших законодавчих актів» («законодавства»), легітимуючи останні; 2) на основі законів прийнято постанови Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України; 3) на основі закону та цих постанов

прийнято накази МВС України 1993 і 1998 років.

Однак далі, стаття 178 нового ЦК України від 16 січня 2003 р. закріпила порядок, згідно якого об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої, якщо тільки вони не вилучені з цивільного обороту, або не обмежені в обороті, при цьому види об'єктів, перебування яких у цивільному обороті допускається за спеціальним дозволом, мають бути прямо встановлені в законі. Тобто ЦК України 2003 р. за змістом ст. 178 формально вимагає урегульованості переліку таких об'єктів на рівні закону, як акту вищої юридичної сили, прийнятого Верховною Радою України у встановленому порядку.

21 червня 2007 р. у зв'язку з набранням чинності новим ЦК України, шляхом прийняття окремого закону втратив чинність Закон України «Про власність», котрий залишався єдиним законом, що відсилає до «законодавства України», безпосередньо легітимуючи тим самим згадані вище підзаконні нормативні акти. Тому з цієї дати і до сьогодні чисто формально відсутній закон, який би на пряму відсилає до підзаконних нормативних актів, що регулюють порядок одержання дозволів громадянами на поводження зі зброєю.

У зв'язку з цими положеннями, постановою Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1992 № 2471-XII затверджено перелік видів майна, що не може перебувати у власності громадянина, до якого, зокрема, віднесено зброю і боеприпаси до неї (з окремими винятками). Цією постановою також встановлено спеціальний порядок набуття права власності громадянами на окремі види майна, зокрема громадянам дозволено набувати права власності на відповідну зброю, придбану ними з відповідного дозволу, що надається органами внутрішніх справ. У свою чергу в Положенні про дозвільну систему, затверджену постановою Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 1992 р. № 576, передбачено, що вказані дозволи видаються в порядку, визначеному МВС України. Спершу такий порядок був врегульований наказом МВС України від 25 березня 1993 р. № 164. Його змінив наказ МВС України від 21 серпня 1998 р. № 622, що є чинним і сьогодні. Таким чином, простежувався ієрархічно впорядкований ланцюг нормативних актів: закони України містили лише загальні положення, для конкретизації яких, прямо (без потреби в тлумаченні) відсилали до «інших законодавчих актів» («законодавства»), легітимуючи останні; 2) на основі законів прийнято постанови Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України; 3) на основі закону та цих постанов

актів» («законодавства»), легітимуючи останні; 2) на основі законів прийнято постанови Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України; 3) на основі закону та цих постанов прийнято накази МВС України 1993 і 1998 років.

Досліджуючи розвиток нормативного регулювання поводження зі зброєю не можна оминати прийняття Конституції України в 1997 р. згідно, ст. 19 якої правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Водночас у п. 7 ч. 1 ст. 92 Конституції встановлено, що правовий режим власності визначається виключно *законом України*. Шоправда ані сама Конституція, ані інші нормативні акти не розкривають зміст та обсяг поняття «правовий режим»; відсутня єдність з цього питання і в доктрині цивільного права.

На завершення першого періоду еволюції нормативного регулювання обігу зброї визначальною подією, що послугувала першопричиною подальшої його трансформації, стало набуття чинності новим ЦК України від 16 січня 2003 р. Стаття 178 цього кодексу закріпила порядок, згідно якого об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої, якщо тільки вони не вилучені з цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи. При цьому види об'єктів цивільних прав, перебування яких у цивільному обороті допускається за спеціальним дозволом, мають бути прямо встановлені в законі. Тобто новий ЦК України за змістом ст. 178 формально вимагає урегульованості переліку таких об'єктів на рівні закону, як акту вищої юридичної сили, прийнятого Верховною Радою України у встановленому порядку.

Другий період пов'язаний із набуттям чинності Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України» від 27 квітня 2007 р. № 997-V. Згідно цього закону втратив чинність Закон «Про власність», котрий після набрання чинності новим ЦК України залишався єдиним законом, що відсилає до «законодавства України», безпосередньо легітимуючи тим самим згадані вище підзаконні нормативні акти. Тому з 21 червня 2007 р. і до сьо-

годні фактично відсутній закон, який би напрямом відсилав до підзаконних нормативних актів, що регулюють порядок одержання дозволів громадянами на поводження зі зброєю. Натомість ЦК України безпосередньо вказує на те, що об'єкти, обмежені в цивільному обороті, мають бути прямо встановлені в законі. Іншими словами, текстуально (формально) ієрархічно впорядкований ланцюг нормативних актів був розірваний шляхом вилучення визначальної його ланки — закону України, що відсилає до «інших законодавчих актів».

4. **Аргументи проти правомірності застосування ст. 263 КК.** Втрата чинності Законом України «Про власність» стала формальним приводом дискурсу щодо правомірності застосування ст. 263 КК. У ході відносно нетривалого його перебігу на сьогодні фактично сформулювався, так би мовити, «обмежувальний» підхід, що виключає правомірність застосування ст. 263 КК згідно положень чинного законодавства. Він ґрунтується передусім на тезі, що для застосування ст. 263 КК у системі законодавства України на рівні закону має чітко встановлюватися обов'язок громадянина отримувати дозвіл на поводження зі зброєю (в окремому законі про зброю, в ЦК чи іншому законі України). Умовно — це такий собі «вузький підхід» у тому сенсі, що він виключає поширювальне тлумачення тексту кримінального закону. Зрозуміло, що прихильники цього підходу вбачають проблему не в тому, що відносини з обігу зброї принципово не можуть регулюватися підзаконними актами. Очевидно, що процедура видачі дозволів, перевірки осіб, які виявили бажання на їх отримання, критерії, що висуваються для отримання дозволів та багато інших деталей не можуть і не повинні регулюватися самим лише законом. У формальному (текстуальному) вимірі корінням проблеми згідно цього підходу є стверджувана його прихильниками відсутність закону, як відповідного акту вищої юридичної сили, прийнятого Верховною Радою України, який би напрямом легітимізував підзаконні нормативні акти про дозвілну систему у сфері обігу зброї.

У правовій доктрині та в судовій практиці відносно усталеним стало розуміння «закону» як нормативного акту вищої юридичної сили, що регулює найважливіші суспільні відносини та приймається органом законодавчої влади у встановленому порядку. На підтвердження цього доктринального визначення наводяться рішення Конституційного Суду України (далі — КСУ *України*) від 25 березня 1998 р. № 4-рп/98, від 7 липня 1998 р. № 11-рп/98 та від 3 грудня 1998 р. № 17-рп/98, в яких «закон» розуміється вузько — як форма нормативно-правового акту, що приймається Верховною Радою України відповідно до її повноважень та встановленої Конституцією України законодавчої процедури. Натомість термін «законодавство» КСУ України у своєму рішенні

від 9 липня 1998 р. № 12-рп/98 розтлумачив широко — як закони України, чинні міжнародні договори України, постанови Верховної Ради України, укази Президента України, а також декрети і постанови Кабінету Міністрів України.

Виходячи з цього, далі прихильниками обмежувального підходу проводиться впорядкована аргументація змістовного матеріально-правового та процесуально-правового характеру. Ключовий аргумент — це порушення принципу верховенства права (фактично такої його органічної складової, як правова визначеність). Його переконлива сила базується на зверненні до ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — *КЗПД*), згідно якої нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. При цьому підкреслено стверджується, що ці конвенційні положення встановлюють принцип, за яким кримінальне законодавство не повинно застосовуватися поширювально на шкоду обвинуваченого. Звідси також закономірно випливає висновок про порушення ст. 57 Конституції в частині незабезпечення ознайомлення громадян із наявністю відповідних заборон. А зважаючи на те, що безпосереднім об'єктом незаконного поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами в окремих кримінально-правових джерелах коротко називається порядок поводження зі зброєю, то як додатковий матеріально-правовий аргумент висувається також відсутність такого елемента складу злочину, як об'єкт, мовляв, немає закону, який встановлює порядок цивільного поводження зі зброєю — немає об'єкту злочину, який полягає у визначеному законом порядку такого поводження.

Довершують загальну картину обмежувального підходу аргументи процесуальної природи про те, що в разі вчинення незаконного поводження зі зброєю провадження має закриватися на підставі п. 1 ч. 1 ст. 284 (відсутня сама подія злочину) або п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК України (у діянні відсутні певні ознаки складу злочину), а незакриття провадження та подальший судовий розгляд призведе також до порушення права на справедливий суд в частині принципу презумпції невинуватості та поінформованості обвинуваченого (підсудного) про характер і причини обвинувачення і можливості здійснення підготовки до закінчення.

Обґрунтування правомірності застосування ст. 263 КК

Верховний Суд колегією суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 31 травня 2018 р. у справі № 127/27182/15-к ухвалив постанову, у якій зокрема було зазначено наступне: «Що

стосується доводів, викладених у доповненнях до касаційної скарги захисника, про те, що за відсутності в Україні закону, який би регулював порядок надання дозволу на носіння зброї, у діях ОСОБА_2 відсутня подія злочину, то вони є безпідставними, (...) поняття «закон», яке використав законодавець, має розширене тлумачення і включає в себе законодавство в цілому, у тому числі нормативні акти, що регулюють відповідні праводівносини, порушення яких утворює об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ст. 263 КК». Таким чином, Верховний Суд не



підтримав «обмежувальний» підхід, щоправда не навівши при цьому й аргументів на користь поширювального тлумачення.

Автор цієї статті, незважаючи на відносну аргументованість та вмотивованість «обмежувального» підходу, вважає більш обґрунтованим протилежний (так званий «поширювальний») підхід. Хоч і незаче, але поступове збільшення кількості прихильників першого підходу та відображення його змісту на сторінках юридичної літератури та в інтернет-мережі певною мірою «озброїло» сторону захисту та неочікувано поставило сторону обвинувачення в невідітні з цієї позиції становищі. У зв'язку з цим та враховуючи відсутність обґрунтування у наведеному рішенні Верховного Суду, виникла необхідність навести контраргументи щодо «обмежувального» тлумачення відповідних положень ст. 263 КК та обґрунтувати протилежний підхід, який довгий час беззастережно панував у науці та практиці, через що власне й досі навіть не виникала потреба в його доведенні. Для цього використано прийоми системного, телеологічного (цільового) та історичного тлумачення, а також практику ЄСПЛ, які в сукупності дозволяють сформулювати наступні аргументи.

1. **Неуніверсальність офіційного тлумачення «закону».** В аспекті згаданого тлумачення в рішенні КСУ України важливо відзначити, що в них термін «закон» інтерпретовано у вузькому його значенні виключно в контексті (стосовно) положень окремих статей Конституції України (зокрема, статей 75, 82, 92, 94), що не дозволяє зробити однозначний висновок про обов'язковість такого інтер-

претаційного підходу й у всіх інших випадках використання цього терміну в Конституції, законах та інших нормативних актах. Термін «законодавство» роз'яснено також виключно в контексті його використання в ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України. Варто наголосити, що КСУ в своїх рішеннях завжди підкреслює, що те чи інше тлумачення надається ним виключно стосовно конкретного випадку використання того терміну, який є об'єктом інтерпретації, а отже, лише в такому розумінні воно є обов'язковим. Як вбачається, це пов'язано



з тим, що один і той же термін може використовуватися неодноразово навіть в одному й тому ж нормативному акті, але мати різний зміст, обумовлений неоднаковими системними зв'язками норм, в яких цей термін міститься, цілями (телеологічний аспект), передісторією тощо. Тобто розгляд терміну «закон» у системному зв'язку із усіма іншими випадками використання його законодавцем в тексті кримінального закону, дозволяє обґрунтувати поширювальне тлумачення використання його в ст. 263 КК формулювання. Разом з тим такий висновок виглядає лише формальним та очевидно потребує змістовного наповнення «сутнісними» аргументами, які б виправдовували таке широке розуміння терміну «закон» саме в цьому конкретному випадку. Це також означає, що надане тут поширювальне тлумачення «закону» не може претендувати на універсальність і стосуватися усіх випадків його вживання по тексті КК.

2. **Закон є і навіть не один, а ціла система законів.** Навіть якщо не брати до уваги вищенаведений аргумент, за своїм буквальним змістом ст. 263 КК не вимагає встановлення в законі прямого обов'язку будь-якого громадянина отримувати дозвіл на поводження зі зброєю і, тим більше, не посилається на якийсь конкретний закон. У вітчизняному кримінальному праві не ставиться під сумнів бланкетність диспозиції ст. 263 КК. Традиційно під бланкетною диспозицією в кримінальному праві розуміється така частина кримінально-правової норми, зміст якої визначається не лише законом про кримінальну відповідальність, а й нормами інших законів чи певними підзаконними

нормативно-правовими актами. Разом із тим у контексті розглядуваної проблематики бланкетність диспозиції більшою мірою слугує аргументом на користь правомірності застосування ст. 263 КК.

Передусім необхідною звернутися до офіційної інтерпретації бланкетної диспозиції. Так, у п. 3 мотивувальної частини рішення КСУ України № 6-рп/2000 від 19 квітня 2000 р. (справа про зворотну дію кримінального закону в часі) безпосередньо виділяється загальний та конкретизований зміст бланкетної диспозиції: «Загальний зміст бланкетної диспозиції передається словесно-документарною формою відповідної статті Особливої частини (...) і включає положення інших нормативно-правових актів у тому вигляді, в якому вони сформульовані безпосередньо в тексті статті. Саме із загальним змістом бланкетної диспозиції пов'язано визначення кримінальним законом діяння як злочину певного виду та встановлення за нього кримінальної відповідальності». Відповідно саме з ним (загальним змістом) пов'язана необхідність дотримання положень Конституції про те, що виключно законом може визначатися діяння, що є злочинним, а також положення КК про те, що злочинність діяння визначається тільки цим кодексом. Натомість конкретизований зміст бланкетної диспозиції КСУ України пов'язує з деталізацією відповідних положень іншими нормативно-правовими актами, яка наповнює кримінально-правову норму більш конкретним змістом, при цьому зміни що до них вносяться, не змінюють словесно-документарну форму кримінального закону (його загального змісту!).

Незважаючи на використання в назві статті 263 КК слів «незаконне поводження...», у диспозиції статті законодавець описує суспільно небезпечне діяння інакше. Загальний зміст розглядуваної норми виражається словесною формулою «діяння зі зброєю (щодо зброї), учинене без передбаченого законом дозволу». Бланкетність цього формулювання є подвійною в тому сенсі, що певна конкретизація іншими нормативними актами стосується відразу двох об'єктивних ознак складу злочину. Перша ознака — це предмет злочину. У КК визначено лише загальний зміст цієї ознаки словами «вогнепальна зброя», однак позаяк КК не визначає поняття вогнепальної зброї, тому й зміст цієї ознаки і відповідь на питання, які предмети належать до вогнепальної зброї, конкретизується (знаходить свій конкретний зміст) у спеціальних нормативних актах. Друга ознака — суспільно небезпечне діяння. Загальний зміст цієї ознаки визначено словами «без передбаченого законом дозволу». Конкретний зміст цієї ознаки, що стосується відсутності дозволу, наповнюється іншими нормативними актами, які, крім того, мають бути законами (чи прийнятими ґрунтуватися на законі).

(Далі буде...)