

МАЛОЗНАЧНІСТЬ ДІЯННЯ: ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ¹

Малозначність діяння належить до класичних кримінально-правових проблем, які не втрачають своєї актуальності протягом багатьох років. Наукою до сьогодні не сформовано однаково прийнятної позиції щодо розуміння відповідного законодавчого припису і доцільності його подальшого існування. Проблеми виникають і на практиці, яка не останньою чергою через неоднозначність формулювання, закріпленого в ч. 2 ст. 11 КК України, не може похвалитись злагожденістю і одноманітністю. При цьому помилки, які виникають при застосуванні законодавчого положення про малозначність, складно назвати дрібними. Адже в результаті неправильного звернення до ч. 2 ст. 11 КК України при кримінально-правовій кваліфікації особа, яка вчинила малозначне діяння, може невинувато зазнавати кримінальної відповідальності і, навпаки, той, хто його не вчиняв, уникатиме адекватного кримінально-правового впливу. Спробою вирішити частину з позначених проблем стала правова позиція Верховного Суду України, сформульована у грудні минулого року за підсумками розгляду справи щодо К. з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК України.

Згідно з ч. 2 ст. 11 КК України не визнається злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Із наведеного випливає, що встановлення малозначності діяння передбачає такі обов'язкові умови.

По-перше, діяння формально повинно містити всі ознаки складу певного злочину, передбаченого КК України. Окремі дослідники (наприклад, Ч. Багіров, Ю. Пудовочкін) доречно, як видається, пишуть у цьому разі про формальну, зовнішню кримінальну протиправність вчиненого. Причому немає

¹ Стаття написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Юридичний вісник України. – 19–25 лютого 2015 р. – № 7; 26 лютого – 3 березня 2016 р. – № 8.

малозначності діяння взагалі. Як слушно зазначає В. Навроцький, діяння не може бути визнане малозначним безвідносно до конкретної кримінально-правової норми, у зв'язку з чим передумовою застосування ч. 2 ст. 11 КК є кваліфікація посягання за формальними ознаками за певною статтею (частиною статті) Особливої частини КК України. Відповідно, діяння, яке не містить хоча б однієї ознаки складу злочину, не може визнаватись малозначним. Так, якщо істотність матеріальної (майнової чи фізичної) шкоди визначена безпосередньо в кримінальному законі шляхом закріплення конкретного розміру шкоди, яка має бути завдана при вчиненні відповідного злочину, то недосягнення цього рівня шкоди свідчить про відсутність у діянні особи кримінальної протиправності, а отже, навіть формально складу злочину, що унеможливорює звернення до ч. 2 ст. 11 КК України.

По-друге, малозначне діяння не становить суспільної небезпеки, що означає мізерність або взагалі відсутність шкоди, яка завдається або може бути завдана в результаті вчинення такого діяння. Наприклад, підтверджуючи обґрунтованість винесення щодо начальника управління ветеринарної медицини одного з міст виправдувального вироку через відсутність в діях цієї службової особи складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК України, і вказуючи на доречність застосування норми про малозначність у конкретному випадку, колегія суддів Судової палати в кримінальних справах Верховного Суду України в ухвалі від 16 вересня 2010 р. зазначила таке. Дії виправданої судом першої інстанції службової особи, яка затверджувала завідомо неправдиві документи – таблиці обліку використання робочого часу водієм управління ветеринарної медицини, не становлять суспільної небезпеки, оскільки не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди відповідній державній установі, будь-яким фізичним особам, суспільству і державі.

По-третє, малозначність має бути як об'єктивною, так і суб'єктивною, тобто особа мала намір вчинити саме малозначне діяння. Якщо ж існує невідповідність між фактично вчиненим малозначним діянням і умислом, спрямованим на заподіяння істотної шкоди, кримінальна відповідальність має

наставати за замах на той злочин, який особа бажала вчинити. Водночас формулювання ч. 2 ст. 11 КК України дозволяє ставити питання про малозначність як закінчених, так і незакінчених діянь, кримінально караних за загальним правилом. Таку ж точку зору висловлює Ч. Багіров, стверджуючи, що малозначність може бути констатована при замаху на вчинення принаймні злочину невеликої або середньої тяжкості. Тому нам складно погодитись із таким запропонованим у літературі (С. Маломуж) протиставленням: при малозначності діяння є завершеним, а при незакінченому злочині – незавершеним.

Вважається, що у випадку малозначності має місце розбіжність між законодавчою оцінкою типової суспільної небезпеки певного виду злочинної поведінки і небезпекою конкретного випадку такої поведінки. Як справедливо зазначає В. Мальцев, визначення малозначності діяння є не просто констатацією можливості винятку з правила; воно органічно доповнює поняття злочину визначенням діянь, які, не дивлячись на їх нібито наявну кримінальну протиправність, не є злочинами. Норма, яка передбачає визначення малозначного діяння, є добре апробованим гуманістичним орієнтиром кримінального права, закріплює пріоритет соціального над формальним, розповсюджує свої вимоги не тільки на діяльність органів, які застосовують норми кримінального закону, а і на правотворчість. Звісно, в ідеалі хотілося б, щоб наявність складу злочину у вчиненому діянні завжди визначала і наявність адекватного кримінальному праву ступеня суспільної небезпеки цього діяння. Однак навіть досконале законодавство, що ідеально відтворює соціальні умови суспільства, навряд чи здатне в жорстких рамках норм Особливої частини КК передати всю різноманітність суспільно небезпечних проявів, намітити абсолютно точну межу між усіма вчинюваними злочинами та діяннями, що є злочинами лише за формою. Положення про малозначність діяння може розцінюватись і як законодавчо закріплений засіб подолання колізії між формальною (кримінальна протиправність) і матеріальною (суспільна небезпека) ознаками злочину (Ч. Багіров).

З урахуванням ч. 2 ст. 11 України на встановлення малозначності діяння жодні інші фактори, крім зазначених вище обов'язкових умов, не впливають. Відповідно, посткримінальна поведінка порушника кримінально-правової заборони, характеристика його особи, ступінь реалізації злочинного умислу, інші обставини, що відповідно до закону є правовими підставами для пом'якшення покарання або навіть звільнення від кримінальної відповідальності, значення в контексті встановлення наявності або відсутності малозначності діяння за ч. 2 ст. 11 КК України не мають. Так, вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин, добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди, примирення винного з потерпілим, втрата особою суспільної небезпечності на час розслідування злочину не перетворюють злочин у малозначне діяння.

З цього приводу Н. Кузнецова виважено зазначає, що відшкодування шкоди, заподіяної злочинцем, не стосується визнання діяння малозначним, як і позитивна характеристика особи не здатна перетворити злочин у малозначне діяння. Подібним чином розмірковує Т. Севастьянова, на думку якої при визнанні діяння малозначним головним чином оцінюються значущість об'єкта посягання в системі охоронюваних законом суспільних відносин, спосіб дії або бездіяльності, і шкода, заподіяна об'єктові. Водночас не мають значення особливості суб'єкта злочину. В. Кузнецов, виступаючи проти ототожнення таких понять, як малозначність діяння та обставини, що пом'якшують покарання, вказує на помилковість врахування судами при застосуванні ч. 2 ст. 11 КК України індивідуальних характеристик особи злочинця (вчинення злочину вперше, скрутне матеріальне становище, позитивна характеристика, працевлаштування, щире каяття тощо).

Аналіз вітчизняної судової практики яскраво демонструє наявність істотних розбіжностей у розумінні кримінально-правового змісту малозначності діяння, необхідної для забезпечення однаковості в застосуванні ч. 2 ст. 11 КК України. Так, К. обвинувачувався у вчиненні в приміщенні одного з торговельних центрів м. Тернополя замаху на таємне викрадення

станку для гоління вартістю 229 грн. 99 коп. Згідно з вироком Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 13 серпня 2014 р. К. був визнаний невинуватим і виправданий через відсутність складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 185 КК України. Суд зробив висновок про те, що дії К., хоча формально і містять ознаки діяння, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 185 КК України, через малозначність не становлять суспільної небезпеки, оскільки не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди власнику зазначеного майна. Прийняте рішення обґрунтовувалося врахуванням: 1) обстановки вчиненого діяння; 2) факту затримання К. працівниками охорони, що не дало йому можливості вийти з приміщення торговельного закладу; 3) поведінки затриманого після вчиненого (без заперечень пройшов до службового приміщення, де видав станок); 4) вартості майна, замах на викрадення якого був вчинений.

Апеляційний суд Тернопільської області, розглядаючи скаргу прокурора, скасував вказаний вирок, ухваливши новий, на підставі якого К. визнаний винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 185 КК України. На думку суду апеляційної інстанції, врахування при встановленні малозначності вартості викраденого майна, обстановки вчиненого діяння та інших обставин є безпідставними. Законність та обґрунтованість вироку Апеляційного суду Тернопільської області було підтверджено ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 4 червня 2015 р., у якій кваліфікація дій К. визнана правильною, а їхня оцінка як малозначного діяння – неприпустимою. Водночас за подібних фактичних обставин ВССУ в інших справах ухвалював протилежні рішення, констатує наявність малозначності діяння. Йдеться, зокрема, про ухвали від 19 лютого 2013 р. (особа вчинила замах на крадіжку металевої арматури вартістю 158 грн. 10 коп.) і від 19 березня 2015 р. (особа вчинила замах на крадіжку товару вартістю 193 грн. 47 коп.; щоправда, ця ухвала була згодом скасована як незаконна).

Розмірковуюючи з приводу кримінально-правової оцінки дій К. і даючи як члени НКР при Верховному Суді України науковий висновок у кримінальній справі щодо цього засудженого, ми виходили з того, що поведінка К. після вчиненого («без заперечень пройшов до службового приміщення, де видав станок») жодним чином не впливає на те, чи визнавати вчинений ним замах на крадіжку чужого майна малозначним діянням. Стосовно ж такого зазначеного у виправдувальному вирокі Тернопільського міськрайонного суду чинника на користь наявності малозначності, як факт затримання К. працівниками охорони, що не дало йому можливості вийти з приміщення торговельного закладу, то і такий аргумент явно недоречний: факт затримання крадія свідчить про вчинення ним незакінченого злочину і ні про що інше. Як підсумок, ми констатували, що вчинене К. діяння містить усі ознаки складу незакінченого злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 185 КК України. Це діяння становить притаманну злочину суспільну небезпеку, адже було спроможним заподіяти істотну шкоду певній юридичній особі. Відповідно, кримінально-правова оцінка дій К. виключає звернення до ч. 2 ст. 11 КК України.

Таку ж позицію займають і інші правники, які аналізували згадане рішення Тернопільського міськрайонного суду. Так, М. Рудковська називає його незаконним, вважаючи, що на визнання діяння малозначним не можуть впливати обставини, які виходять за межі діяння (наприклад, посилення на відсутність шкоди в тих випадках, коли вона була заподіяна, а згодом відшкодована). Разом з тим нам складно погодитись з висловлюванням дослідниці про те, що не заподіяння істотної шкоди торговельному центру не може бути підставою для визнання діяння малозначним, адже обвинувачений своїми діями завдав істотної шкоди суспільству і державі, вчинивши посягання на охоронювані законом про кримінальну відповідальність суспільні відносини. Такий підхід до обґрунтування наявності істотної шкоди в контексті законодавчого положення про малозначність діяння дозволяє поширювально тлумачити ч. 2 ст. 11 КК України.

Поняття істотної шкоди, використане в чинній редакції ч. 2 ст. 11 КК України, повинно отримувати системне тлумачення з урахуванням специфіки законодавчого описання певного виду злочинної поведінки. Істотність шкоди може знаходити своє чітке відбиття у визначенні об'єктивних ознак того чи іншого складу злочину. Типовий характер шкоди в таких випадках є фіксованим, і він не може оцінюватись на розсуд правозастосовувача, що виключає звернення до кримінально-правової норми про малозначність.

Наприклад, для крадіжки мінімальна межа істотної шкоди визначається на рівні вартості викраденого майна, еквівалентної 0,2 НМДГ (ч. 3 ст. 51 КУпАП). Законодавець у цьому разі для забезпечення однакового підходу в правозастосуванні використовує чіткий (формалізований) критерій розмежування кримінально караної та адміністративно караної поведінки. При тому, що існують серйозні сумніви в оптимальності такого критерію на сьогодні (це тема окремої розмови), *dura lex, sed lex*. Натомість для грабежу, ознаки якого визначені в ч. 1 ст. 186 КК України, розмір шкоди не є конкретизованим, тобто формально він не має мінімальних меж. Відповідно, істотність шкоди при вчиненні грабежу може визначатись з урахуванням ч. 2 ст. 11 КК України. Зрозуміло, однак, що при вирішенні питання про віднесення конкретного випадку грабежу до числа малозначних діянь повинен братись до уваги не лише такий чинник, як вартість майна, яким заволоділа особа, а і інші обставини, включаючи спосіб посягання.

Так, у юридичній літературі (Н. Якименко) з цього приводу висловлюється думка про те, що заволодіння малоцінним майном шляхом розбою або насильницького грабежу немає підстав визнавати малозначним діянням. Натомість інші автори (зокрема, Ч. Багіров) не виключають такої кримінально-правової оцінки, розглядаючи її, щоправда, як виняток із загального правила. Наявна дискусія зайвий раз підтверджує тезу про оціночний характер малозначності діяння як кримінально-правової категорії та підкреслює неабияку складність, яка виникає при застосуванні положення

про малозначність діяння через неоднозначне тлумачення його ознак, визначених у кримінальному законі.

З огляду на сказане, занадто категоричним є твердження М. Рудковської про те, що норма про малозначне діяння застосовується необґрунтовано через зловживання з боку суддів, прикладом чого називається справа щодо К. Рішення Тернопільського міськрайонного суду в цій кримінальній справі не виключає того, що в цьому разі мало місце зловживання правом, але навряд чи є підстави говорити так, спираючись лише на обраний судом варіант тлумачення ч. 2 ст. 11 КК України. Хоча він і є, на наш погляд, невдалим, вади відповідного законодавчого положення уможлилювали прийняття зазначеного судового рішення. З міркувань не сприйняття невинного загалом застосування ч. 2 ст. 11 КК України безпечливо називає посилення на це положення в тих випадках, коли кримінальне провадження здійснювати з позиції правоохоронних органів недоцільно або коли відсутня перспектива розслідування або розкриття кримінального правопорушення.

З'ясовуючи справжній зміст поняття малозначності, М. Рудковська зауважує, що злочини з матеріальним складом (при формалізованому розмірі шкоди), не можуть визнаватися малозначними. У разі, коли вчинене діяння фактично заподіяло або могло заподіяти істотну шкоду, передбачену в диспозиції статті Особливої частини КК України, особа підлягає кримінальній відповідальності. Викладена позиція загалом заслуговує на підтримку. Адже, як уже зазначалось, неможливість констатації малозначності діяння стосується, серед іншого, злочинів, конструкція складів яких передбачає конкретно визначений розмір спричиненої шкоди. Наприклад, якщо внаслідок самовільного зайняття земельної ділянки діянням завдано шкоди її законному володільцю або власнику, яку не можна визнати значною (у межах до 100 НМДГ), вчинене діяння підлягає оцінці не за ст. 197-1 КК України, а за ст. 53-

1 КпАП, відповідно до якої самовільне зайняття земельної ділянки розглядається як адміністративне правопорушення.

Системний аналіз законодавства України про кримінальну відповідальність свідчить про те, що малозначність (не дивлячись на оціночний характер цього поняття і на те, що в законодавстві не окреслено коло злочинів, які за певних умов можуть визнаватись малозначними діями) може констатуватись не щодо будь-якого діяння, передбаченого Особливою частиною КК України. Так, не викликає сумнівів, що вбивство або зґвалтування не можуть бути визнані малозначними діями (щонайменше через особливу значущість об'єктів кримінально-правової охорони, яким спричиняється шкода у випадках вчинення вказаних злочинів). З цього приводу доречно навести висловлювання науковців (Ч. Багіров, Н. Кузнецова, В. Мальцев та ін.) про те, що малозначність діяння визначається з урахуванням вираженості його об'єктивних і суб'єктивних ознак, тісно пов'язаних з об'єктом злочину. Чим важливішим (значущим) є об'єкт, тим менш небезпечним має бути спосіб посягання на нього, тим більш віддаленим має бути готування до посягання, тим менш значущим має бути ступінь співучасті в настанні результату тощо. Водночас об'єкт злочину не слід розглядати як самостійний і, тим більше, як єдиний критерій (фактор) віднесення діянь до малозначних.

У контексті взаємозв'язку об'єкта посягання і проблематики малозначності діяння звернемо увагу на ту обставину, що в кримінально-правових заборонах, присвячених окремим корупційним злочинам, бракує формальної визначеності стосовно їхнього предмета. Йдеться про статті 354, 368, 368-3 і 368-4 КК України, у яких не встановлено мінімального розміру неправомірної вигоди як предмета передбачених ними злочинів. Законодавець (треба так розуміти) виходить з того, що одержання неправомірної вигоди будь-якого розміру (прийняття пропозиції, обіцянки такої вигоди, прохання надати її) порушує правомірне функціонування управлінської та професійної сфери, підриває її авторитет (останній кількісного виміру не має), а тому

повинно визнаватись злочином. Однак у випадку одержання належним суб'єктом незначної за розміром неправомірної вигоди (вчинення щодо неї інших діянь) можливе застосування кримінально-правової норми про малозначність.

Разом з тим оціночний характер малозначності діяння як кримінально-правової категорії не виключає принципово іншої (негативної) відповіді на питання про можливість застосування ч. 2 ст. 11 КК України щодо корупційних деліктів як діянь, що характеризуються підвищеною суспільною небезпекою. Адже можна міркувати так, як це роблять, зокрема, Н. Ярмиш та О. Гладун, а саме: непідкупність службової особи (іншого належного суб'єкта) порушується і у випадку одержання цим суб'єктом незначної за розміром неправомірної вигоди; шкода, заподіювана корупційними злочинами, носить немайновий характер і є не прямо пропорційною, а інколи навіть зворотно пропорційною розміру неправомірної вигоди як предмета злочину (чим меншою за розміром є неправомірна вигода, тим більше страждає об'єкт корупційних злочинів). Зрозуміло, однак, що при бажанні подібні міркування можуть розцінюватись як прояв обмежувального тлумачення чинного КК України.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України в постанові від 24 грудня 2015 р. (справа № 5-221кс15) ухвалила рішення про відмову в задоволенні заяви засудженого К., визнавши, що оцінка суспільної небезпеки вчиненого ним діяння не може визначатись за правилом, закріпленим у ч. 2 статті 11 КК України. Погодившись з викладеними вище аргументами, викладеними нами в науковому висновку у справі щодо К., а також пов'язавши застосування норми про малозначність з оціночним характером шкоди, заподіюваної об'єкту кримінально-правової охорони, Верховний Суд України сформулював правовий висновок такого змісту.

Закріплене в ч. 2 ст. 11 КК України положення передбачає встановлення малозначності лише в тому разі, коли законодавець вирішення питання про межі заподіяної шкоди залишає на розсуд правозастосувача (суду). Щодо

злочинів, конструкція складів яких передбачає конкретно визначений розмір спричиненої шкоди, констатація малозначності діяння виключається. Відповідно, оцінка суспільної небезпеки діяння, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 185 КК України, не може визначатись за правилом, закріпленим у ч. 2 ст. 11 КК України, оскільки суспільно небезпечні наслідки як ознака цього складу злочину мають чітко визначену мінімальну межу шкоди, яка повинна бути завдана власнику майна.

Висловимо сподівання на те, що прийняте рішення сприятиме забезпеченню однаковості судової практики в частині визначення ознак малозначності діяння, значною мірою дозволить уникнути помилок при кримінально-правовій кваліфікації відповідних діянь. На жаль, Верховний Суд України в постанові від 24 грудня 2015 р. не висловив свого ставлення до поширеної правозастосовної практики, згідно з якою у випадку встановлення малозначності діяння кримінальне провадження закривається за такою підставою, як відсутність складу злочину. Доцільність чіткого розв'язання цього дискусійного в юридичній літературі питання зумовлена тим, що малозначність діяння прямо не згадується в ст. 284 КПК України, яка перераховує підстави закриття кримінального провадження.

У контексті сказаного варто звернути увагу на недосконалість використаного в ч. 2 ст. 11 КК України звороту «істотна шкода», здатного ускладнювати розуміння справжнього змісту аналізованої кримінально-правової норми. Чимало вітчизняних дослідників (наприклад, В. Кузнецов, В. Мисливий, Є. Фесенко, М. Хавронюк) слушно вказують на те, що істотна шкода використовується в деяких нормах Особливої частини КК України в іншому значенні. Так, незаконне використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації кваліфікується за ч. 1 ст. 359 КК України, а якщо такі дії заподіяли істотну шкоду – за ч. 2 цієї статті. За такого підходу дії, передбачені ч. 1 ст. 359 КК України, формально можуть оцінюватись як малозначні, що, вочевидь, не відповідає меті законодавця. Подібні

суперечності з ч. 2 ст. 11 КК мають і деякі інші статті Особливої частини КК України.

Оскільки норма про малозначне діяння, сприяючи розмежуванню злочинної і незлочинної поведінки, є продовженням норми про злочин, було б логічним, якби в ч. 2 ст. 11 КК України використовувалась термінологія ч. 1 цієї статті. Натомість законодавець (повторимось) визначає відповідне діяння як дію або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого КК, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Але ж КК України передбачає не лише діяння, які містять ознаки складів конкретних злочинів і від яких слід відрізняти малозначні діяння, а й інші діяння, включаючи правомірні (наприклад, необхідна оборона). Тому кримінально-правова норма про малозначність потребує щонайменше термінологічного уточнення.

Нагадаємо, що КК України 1960 р. містив аналогічне чинному положення про малозначність діяння, сформульоване таким чином: «Не є злочином дія або бездіяльність, що хоч формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого кримінальним законом, але через малозначність не являє суспільної небезпеки». Як бачимо, розробники КК України 2001 р., по-перше, зберегли добре відоме вітчизняному кримінальному праву положення про малозначність, по-друге, зробили уточнення, яке, на їх переконання, мало б сприяти кращому розумінню суті діяння, яке не становить суспільної небезпеки. Однак вказівка на те, що діяння не заподіяло і не могло заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі, себе не виправдала, утворивши плутанину в контексті внутрішньо-системних зав'язків кримінального закону.

До речі, проект закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження кримінальних проступків» (реєстраційний № 2897 від 19 травня 2015 р., у редакції від 3 червня 2015 р.) (далі – законопроект), який передбачає внесення кардинальних змін до КК

України, чинне положення про малозначність діяння майже не змінює. Згідно з редакцією ч. 2 ст. 11 КК України, пропонованою авторами законопроекту, не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству, державі або людству.

Як бачимо, існуючий наразі підхід до визначення ознак малозначного діяння пропонується залишити незмінним. Єдиний виняток становить виключення вказівки на те, що малозначне діяння не становить суспільної небезпеки. У пояснювальній записці до законопроекту можна прочитати, що будь-які згадки про «суспільну небезпеку» злочину чи кримінального правопорушення мають бути виключені з кримінального закону, оскільки зазначене поняття є малозрозумілою науковою абстракцією, яка за десятиріччя свого існування в радянському і пострадянському просторі не довела свого практичного значення.

З приводу недоречності відмови від суспільної небезпеки як соціально-змістовної властивості злочину нагадаємо висловлювання одного з фундаторів класичної школи кримінального права Ч. Беккарія про те, що справжнім мірилом злочинів є шкода, яка завдається ними суспільству; це одна з тих очевидних істин, для відкриття яких не потрібно ні квадрантів, ні телескопів і які доступні будь-якому середньому розуму. Тому і не дивно, що В. Тацій, В. Тютюгін та Ю. Пономаренко піддали критиці відмову авторів законопроекту від суспільної небезпеки у кримінальному законі, називаючи її суспільним і науковим здобутком, а не надбанням радянських або пострадянських часів. Стосовно малозначності діяння, то позицію стосовно його визначення в законопроекті харківські дослідники називають свідченням запровадження антисистемного підходу. Стверджується, що, ініціюючи внесення змін до ч. 2 ст. 11 КК України, автори законопроекту не врахували того, що істотна шкода відповідно до пропонованої редакції ч. 2 ст. 11-1 КК України заподіюється лише діяннями-проступками. Тому помилковим названо включене в

законопроект положення про визнання проступками малозначних діянь, які не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди.

Інколи вада дефініції малозначності діяння, закріпленої в кримінальних кодексах України і деяких інших пострадянських держав, вбачається в її неконкретності та, як наслідок, неможливості її однакового застосування на практиці (М. Хавронюк). Проти цього складно щось заперечити, бо малозначність – поняття оціночне з усіма наслідками, які з цього випливають та які частково показані вище. Однак чи є підстави вважати (із змістовної точки зору) більш вдалим варіантом кримінально-правового реагування на малозначні діяння приписи кримінальних кодексів тих «несоціалістичних» країн, які, відмовившись від суспільної небезпеки як ознаки злочину, щодо подібних ситуацій використовують позбавлені конкретики звороти на кшталт: «не є злочином заборонене діяння, суспільна шкідливість якого є незначною» (КК Польщі); «діяння спрямоване проти малозначної майнової цінності або на заподіяння малоцінної шкоди» (КК Швейцарії); «крадіжка і привласнення, вчинені щодо речей, які мають незначну вартість» (КК ФРН); «співучасть у злочині у малозначних випадках» (КК Швеції)? Таке саме риторичне питання можна поставити щодо § 2 ст. 1 Карного казначейського кодексу Польщі, згідно з яким не є казначейським злочином або казначейським проступком заборонене діяння, суспільна шкідливість якого є незначною.

Фахівці висувають різні варіанти оптимізації кримінального закону в частині регламентації малозначності діяння, зокрема, такі, як: вказівка в кримінально-правовій нормі про малозначність на характер і величину шкоди, заподіяння якої завжди виходитиме за межі малозначного діяння (М. Кострова); виділення видів малозначних форм поведінки у примітках окремих статей Особливої частини КК (Ч. Багіров); обмеження сфери застосування положення про малозначність лише злочинами з формальним складом (С. Маломуж); доповнення ст. 11 КК України положенням про те, що малозначність діяння не встановлюється при завданні злочином достатніх і визначених для відповідного складу фізичних або майнових наслідків

(В. Кузнецов). В юридичній літературі пропонуються і інші шляхи вдосконалення кримінального закону в цій частині – аж до скасування відповідного законодавчого положення (зокрема, А. Козлов, І. Красницький, Н. Мірошніченко, С. Маломуж).

Видається, однак, що задля забезпечення реалізації справедливості та гуманізму як принципів кримінального права КК України має зберегти положення про малозначність діяння. Разом з тим ця практично значуща, за справедливим висловлюванням Н. Кузнецової, кримінально-правова норма потребує вдосконалення. Переконані в тому, що на цьому шляху варто уникати таких змін, які передбачають урегулювання проблеми малозначності в абстрактний (узагальнений) спосіб, адже по суті це не змінить існуючий стан речей на краще. Удосконалений кримінальний закон у розглядуваній частині має стати частково формалізованим, з одного боку, залишаючи правозастосовувачу простір для ухвалення рішення щодо наявності або відсутності малозначності залежно від обставин вчиненого діяння, а, з іншого, дозволяючи уникати ситуацій, за яких малозначність діяння виключається як така.

Видається за можливе досягти пропонованого результату за рахунок розрізнення випадків, коли малозначність діяння за будь-яких обставин виключається, і випадків, за яких вона все ж може мати місце. Для втілення зазначеної ідеї варто законодавчо встановити вичерпний перелік статей Особливої частини КК України, діяння передбачені якими можуть визнаватись малозначними. Серед іншого, тут могли б фігурувати такі склади злочинів, у яких суспільно небезпечні наслідки не отримують конкретної форми вираження у вигляді, наприклад, смерті особи чи майнової шкоди з визначенням її мінімальної межі.

Задля справедливості відзначимо, що висунута нами ідея не може претендувати на новизну: стосовно ч. 2 ст. 7 КК України 1960 р. В. Грищук писав про сенс визначити перелік злочинів, при вчиненні яких може застосовуватись норма про малозначність. Фактично про те саме (проте зі

зворотного боку) веде мову С. Ковальов, який для поліпшення правозастосування в контексті визнання окремих вчинків малозначними пропонує виокремити діяння, що не можуть визнаватись малозначними. Маються на увазі діяння, які характеризуються майновою чи фізичною шкодою, коли істотність останньої визначено через вказівку на певну кількість неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або тяжкість тілесних ушкоджень. У світлі сказаного перед науковцями (а згодом і перед законодавцем) постає не просте завдання визначення вичерпного переліку тих кримінально караних діянь, які можуть визнаватись малозначними, і тих, які через особливий характер суспільної небезпеки та інші причини (частково позначені вище) не можуть розцінюватись як малозначні.

Постановка кримінально-правової проблеми малозначності в такому ключі зобов'язує правників, які на дисертаційному рівні займаються вивченням тих чи інших складів злочинів, у своїх кваліфікаційних роботах предметно розглядати питання про можливість віднесення досліджуваних ними діянь до категорії малозначних. Позитивним прикладом у цьому сенсі може слугувати кандидатська дисертація Д. Калмикова, в якій висвітлюються питання кримінальної відповідальності за експлуатацію дітей та окремих підрозділ якої автор присвятив експлуатації дітей, що через малозначність не становить суспільної небезпеки.

Якщо ж в той чи інший спосіб не поліпшити законодавче положення про малозначність (зрозуміло, за умови збереження його в КК України) і не зорієнтувати правозастосовувача, обмеживши його розсуд, він і надалі, як влучно пише В. Мальцев, братиме на себе прерогативу законодавця, здійснюючи так звану судово-слідчу декриміналізацію злочинних діянь. Приклади такої невиправданої, на нашу думку, «декриміналізації» можна побачити у вирокі Тернопільського міськрайонного суду від 13 серпня 2014 р. та ухвалах ВССУ від 19 лютого 2013 р. та 19 березня 2015 р.