

# Кримінальне право

## Особлива частина

*Підручник*

**Том 1**

За редакцією  
доктора юридичних наук, професора  
заслуженого діяча науки і техніки України  
*О.О. Дудорова,*  
кандидата юридичних наук, доцента  
*Є.О. Письменського*

*Затверджено*  
*Міністерством освіти і науки, молоді та спорту України*  
*як підручник для вищих навчальних закладів*

**Луганськ**  
**Видавництво "Елтон-2"**  
**2012**

УДК 343.3/.7(075)  
ББК 67.99(4Укр) 308я73  
К-82

Рекомендовано вченою радою  
Східноукраїнського національного  
університету імені Володимира Даля

К-82      **Кримінальне право (Особлива частина):** підручник / за  
ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т.1 – Луганськ : видав-  
ництво «Елтон – 2», 2012. – 780 с.

Пропонований підручник висвітлює питання загальної характеристики Особливої частини кримінального права України та основ кваліфікації злочинів, містить докладну кримінально-правову характеристику окремих видів злочинів. Особливістю такої характеристики є зроблений у книзі наголос на проблемах кримінального законодавства і практики його застосування. У підручнику також пропонується аналіз основних положень Особливої частини кримінального права окремих зарубіжних країн (США, Англії, ФРН, Франції).

Книга розрахована на студентів (курсантів) і викладачів вищих навчальних закладів, юристів-практиків, усіх, хто цікавиться проблемами сучасного кримінального права.

#### РЕЦЕНЗЕНТИ:

**О.М. Костенко**, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

**М.І. Мельник**, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, науковий консультант з правових питань громадської організації «Український центр економічних і політичних досліджень імені Олександра Разумкова»;

**П.Л. Фріс**, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри кримінального права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника.

**ББК 67.99(4Укр)308я73**

© Колектив авторів, 2012  
© Видавництво «Елтон – 2», 2012

# ЗМІСТ

<b>Колектив авторів</b>	5
<b>Перелік умовних скорочень</b>	7
<b>Передмова</b>	8
<b>Глава 1. Загальна характеристика Особливої частини кримінального права</b>	10
1.1. Поняття, ознаки, система та значення Особливої частини кримінального права України	10
1.2. Наскрізні проблеми побудови Особливої частини кримінального законодавства України	22
Рекомендована література	31
<b>Глава 2. Основи кваліфікації злочинів</b>	34
2.1. Поняття кваліфікації злочинів. Соціально-правове значення кваліфікації злочинів	34
2.2. Види кваліфікації злочинів	35
2.3. Стадії кваліфікації злочинів	37
2.4. Склад злочину – законодавча модель для кваліфікації злочинів .	38
2.5. Принципи кваліфікації злочинів	40
2.6. Правила кваліфікації злочинів у разі конкуренції кримінально-правових норм	42
2.7. Значення юридичної практики, прецедентів і доктрини кримінального права для кваліфікації злочинів	46
Рекомендована література	50
<b>Глава 3. Злочини проти основ національної безпеки України</b>	52
3.1. Поняття, види і загальна характеристика злочинів проти основ національної безпеки України	52
3.2. Злочини проти основ національної безпеки у сфері державної безпеки і політичній сфері	53
3.3. Злочини проти основ національної безпеки у сфері державної безпеки, воєнній, інформаційній, економічній і науково-технологічній сферах	57
3.4. Злочини проти основ національної безпеки у сфері державної безпеки, економічній, екологічній і воєнній сферах	60
Рекомендована література	61
<b>Глава 4. Злочини проти життя та здоров'я особи</b>	63
4.1. Злочини проти життя особи: загальна характеристика	63
4.2. Просте умисне вбивство	66
4.3. Кваліфіковані склади умисного вбивства	70
4.4. Привілейовані склади умисного вбивства	76
4.5. Вбивство через необережність	81
4.6. Доведення до самогубства	83
4.7. Злочини, що містяться у Розділі II Особливої частини КК і не є злочинами проти життя особи: загальна характеристика	85
4.8. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини	95
4.9. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини, які вчинюються у сфері охорони життя та здоров'я людини від окремих видів небезпечних інфекційних хвороб	106
4.10. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини, які вчинюються у сфері надання медичних послуг	112
4.11. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини внаслідок залишення особи без допомоги або в результаті неналежного виконання винним своїх обов'язків	127
4.12. Злочини у сфері охорони здоров'я людини, що пов'язані із незаконним розголошенням лікарської таємниці	130
Рекомендована література	133

<b>Глава 5. Злочини проти волі, честі та гідності особи</b>	136
5.1. Загальна характеристика злочинів проти волі, честі та гідності особи	136
5.2. Кримінально-правова характеристика окремих злочинів проти волі, честі та гідності особи	142
Рекомендована література	156
<b>Глава 6. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності</b>	158
6.1. Загальна характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності особи	158
6.2. Насильницькі статеві злочини	165
6.3. Ненасильницькі статеві злочини	209
Рекомендована література	220
<b>Глава 7. Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина</b>	222
7.1. Загальна характеристика складів злочинів, передбачених статтями 157–184 КК, і проблема визначення їх родового об'єкта	222
7.2. Злочини проти виборчих і референдумних прав громадян	225
7.3. Злочини проти інших політичних прав людини та рівноправності громадян	272
7.4. Злочини проти права на приватність	286
7.5. Злочини проти сім'ї та сімейних правовідносин	296
7.6. Злочини проти соціально-економічних і культурних прав людини	309
7.7. Злочини проти прав інтелектуальної власності	324
7.8. Злочини проти релігійних прав і правовідносин	336
Рекомендована література	344
<b>Глава 8. Злочини проти власності</b>	346
8.1. Загальна характеристика та види злочинів проти власності	346
8.2. Умисні злочини проти власності	370
8.3. Необережні злочини проти власності	439
Рекомендована література	442
<b>Глава 9. Злочини у сфері господарської діяльності</b>	445
9.1. Загальна характеристика злочинів у сфері господарської діяльності	445
9.2. Злочини проти системи грошового обігу та фондового ринку	450
9.3. Злочини проти системи оподаткування і системи загальнообов'язкового державного соціального страхування	486
9.4. Злочини проти бюджетної системи	531
9.5. Злочини проти встановленого порядку переміщення предметів через митний кордон України	548
9.6. Злочини проти встановленого порядку зайняття господарською діяльністю	558
9.7. Злочини проти прав кредиторів	623
9.8. Злочини проти засад добросовісної конкуренції	647
9.9. Злочини проти порядку приватизації	669
Рекомендована література	682
<b>Глава 10. Злочини проти довкілля</b>	686
10.1. Поняття, загальна характеристика і види злочинів проти довкілля	686
10.2. Злочини проти екологічної безпеки	697
10.3. Злочини, що посягають на встановлений порядок використання землі та її надр	708
10.4. Злочини, що посягають на встановлений порядок охорони атмосферного повітря	730
10.5. Злочини, що посягають на встановлений порядок лісокористування, використання рослинного і тваринного світу	746
Рекомендована література	778

---

---

## КОЛЕКТИВ АВТОРІВ

кандидат юридичних наук, доцент **БЕНЦЬКИЙ А.С.** – глава 20;

кандидат юридичних наук **БОДАЄВСЬКИЙ В.П.** – глава 21 (у співавторстві з С.Ф. Денисовим);

кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник **БОЛДАРЬ Г.Є.** – § 3 глави 4 (у співавторстві з В.О. Гацелюком і Ю.О. Кучером); глава 17 (§ 5 глави 17 – у співавторстві з О.О. Дудоровим);

кандидат юридичних наук **ГАЦЕЛЮК В.О.** – § 3 глави 4 (у співавторстві з Г.Є. Болдарь і Ю.О. Кучером), § 1–2, 4–12 глави 4 (у співавторстві з Ю.О. Кучером);

кандидат юридичних наук, доцент **ГНЕТНЕВ М.К.** – глава 11 (у співавторстві з А.О. Данилевським), глава 7 (у співавторстві з О.М. Готіним, М.В. Мазуром, С.Р. Тагієвим);

кандидат юридичних наук **ГОТІН О.М.** – глава 7 (у співавторстві з М.К. Гнетневим, В.В. Костицьким, М.В. Мазуром);

доктор юридичних наук, доцент, заслужений юрист України **ГУСЛАВСЬКИЙ В.С.** – глава 13 (у співавторстві з В.А. Звірякою);

кандидат юридичних наук **ДАНИЛЕВСЬКА Ю.О.** – глава 15 (у співавторстві з Д.В. Каменським);

кандидат юридичних наук **ДАНИЛЕВСЬКИЙ А.О.** – глава 11 (у співавторстві з М.К. Гнетневим), глава 16;

доктор юридичних наук, доцент **ДЕНИСОВ С.Ф.** – глава 21 (у співавторстві з В.О. Бодаєвським);

доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України **ДУДОРОВ О.О.** – глава 6, глава 9 (у співавторстві з С.Р. Тагієвим); глава 10 (у співавторстві з В.М. Комарницьким і Д.В. Каменським); глава 12 (у співавторстві з Р.О. Мовчаном); § 5 глави 17 (у співавторстві з Г.Є. Болдарь); глава 19 (у співавторстві з Г.М. Зеленовим);

кандидат юридичних наук, доцент **ЗВІРЯКА В.А.** – глава 13 (у співавторстві з В.С. Гуславським);

кандидат юридичних наук **ЗЕЛЕНОВ Г.М.** – глава 19 (у співавторстві з О.О. Дудоровим);

кандидат юридичних наук **КАЛМИКОВ Д.О.** – § 1 глави 1; глава 8 (у співавторстві з Д.В. Каменським);

кандидат юридичних наук **КАМЕНСЬКИЙ Д.В.** – глава 8 (у співавторстві з Д.О. Калмиковим); глава 10 (у співавторстві з О.О. Дудоровим і В.М. Комарницьким); глава 15 (у співавторстві з Ю.О. Данилевською);

кандидат юридичних наук, доцент **КАРЧЕВСЬКИЙ М.В.** – глава 18;

---

---

доктор юридичних наук, доцент **КОМАРНИЦЬКИЙ В.М.** – глава 10 (у співавторстві з О.О. Дудоровим і Д.В. Каменським);

**КОСТРИЦЬКИЙ В.В.** – глава 7 (у співавторстві з М.К. Гнетневим, О.М. Готіним, М.В. Мазуром);

кандидат юридичних наук, доцент **КУЗНЕЦОВ В.В.** – глава 14;

кандидат юридичних наук, доцент, заслужений юрист України **КУЧЕР Ю.О.** – § 3 глави 4 (у співавторстві з Г.Є. Болдарь і В.О. Гацелюком), § 1–2, 4–12 глави 4 (у співавторстві з В.О. Гацелюком);

кандидат юридичних наук, доцент **ЛИЗОГУБ Я.Г.** – глава 5;

кандидат юридичних наук, доцент **МАЗУР М.В.** – глава 7 (у співавторстві з М.К. Гнетневим, О.М. Готіним, В.В. Кострицьким); глава 11 (у співавторстві з М.К. Гнетневим і А.О. Данилевським);

кандидат юридичних наук **МОВЧАН Р.О.** – глава 12 (у співавторстві з О.О. Дудоровим);

кандидат юридичних наук, доцент **ПИСЬМЕНСЬКИЙ Є.О.** – глава 2;

доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України **РОЗОВСЬКИЙ Б.Г.** – передмова, § 2 глави 1;

кандидат юридичних наук **СТАРОВОЙТОВА Ю.Г.** – глава 23;

доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України **ХАВРОНЮК М.І.** – глава 3;

кандидат юридичних наук, заслужений юрист України **ТАГІЄВ С.Р.** – глава 9 (у співавторстві з О.О. Дудоровим);

**ТЕРТИЧЕНКО Т.М.** – глава 22.

---

---

## ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

Абзац – абз.  
Автономна Республіка Крим – АРК  
Бюджетний кодекс України – БК  
Відкрите акціонерне товариство – ВАТ  
Верховний Суд України – ВСУ  
Вищий господарський суд України – ВГСУ  
Водний кодекс України – ВК  
Година – год.  
Господарський кодекс України – ГК  
Гривня – грн.  
Державна митна служба України – ДМСУ  
Державна податкова адміністрація України – ДПА  
Державна податкова інспекція – ДПІ  
Державна податкова служба України – ДПС  
Електронно-обчислювальна машина – ЕОМ  
Закрите акціонерне товариство – ЗАТ  
Засоби масової інформації – ЗМІ  
Земельний кодекс України – ЗК  
Зовнішньоекономічна діяльність – ЗЕД  
Кабінет Міністрів України – КМУ  
Кодекс законів про працю України – КЗпП  
Кодекс України про адміністративні правопорушення – КпАП  
Кодекс України про надра – КпН  
Копійка – коп.  
Кримінальний кодекс України – КК  
Кримінально-виконавчий кодекс України – КВК  
Кримінально-процесуальний кодекс України – КПК від 1960 р.  
Колективне сільськогосподарське підприємство – КСП  
Лісовий кодекс України – ЛК  
Міністерство внутрішніх справ України – МВС  
Міністерство надзвичайних ситуацій України – МНС  
Міністерство охорони здоров'я України – МОЗ  
Міністерство охорони навколишнього природного середовища України – МОНПС  
Митний кодекс України – МК  
Мале приватне підприємство – МПП  
Національний банк України – НБУ  
Неоподатковуваний мінімум доходів громадян – НМДГ  
Пенсійний фонд України – ПФ  
Податковий кодекс України – ПК  
Податок на додану вартість – ПДВ  
Приватне підприємство – ПП  
Пункт – п.  
Рада національної безпеки та оборони України – РНБО  
Рік – р.  
Російська Федерація – РФ  
Сімейний кодекс України – СК  
Служба безпеки України – СБУ  
СНД – Співдружність незалежних держав  
Стаття – ст.  
Товариство з обмеженою відповідальністю – ТОВ  
Тому числі – т.ч.  
Українська класифікація товарів – УКТ  
Фонд державного майна України – ФДМУ  
Центральна виборча комісія України – ЦВК  
Цивільний кодекс України – ЦК  
Частина – ч.



---

---

## ПЕРЕДМОВА

Кожному підручнику незалежно від спеціалізації передує вказівка на те, що він розрахований на студентів і викладачів вузів, а також на практичних працівників і всіх тих, хто цікавиться відповідною інформацією. Це – трафарет, йому віддане належне й у цьому підручнику. Насправді працівники, котрі професійно практикують у сфері застосування норм кримінального права, – судді, адвокати, співробітники прокуратури, органів МВС, СБУ, податкової адміністрації тощо в кращому випадку для з'ясування питань, що їх цікавлять, скористаються ймовірніше коментованим Кримінальним кодексом України, ніж підручником. А для студента й особливо для того, хто з тих чи інших причин на лекціях не стежив за думкою викладача (або якому не повезло з розумним викладачем), підручник – перший дороговказ. Але вибирати його він повинен з двох можливих стежин, пам'ятаючи змістовний термін «екзистенціальний вибір» (учені не можуть без складнощів) – вибір, за якого вибираєш не тільки і не стільки щось, скільки самого себе, яким ти далі будеш.

Одна стежина – до аварійного складання заліку або іспиту. Тут, кому як повезе, але часто у фіналі відбувається сценка, де подібні герої хіба що не озвучують киплячі в голові думки: «Офіціант, що ви мені подали? Це чай або кава? – А Ви що, самі не можете розрізнити, сер? – В тому й річ, що не можу. – Тоді яка вам різниця, сер?».

Не варто уподібнюватися д'Артаньяну, який вважав, що будь-який гасконець – з дитинства академік. Як стверджують мудрі люди, навіть для миття підлоги потрібна хоча б маленька кваліфікація. Жити в цивілізованому суспільстві й бути незалежним від суспільства – неможливо. Право можна порівняти з навігатором, який дозволяє орієнтуватися з вибором на життєвому шляху. А кримінальне право – це позначені обривисті кювети на дорозі, потрапляння в які калічить життя.

Друга стежина, на жаль, не для всіх – це первинний шлях до справжнього знання, що постійно заповнюється вивченням наукових робіт і узагальненням практики. У чому відмінність між зазначеними стежинами – пояснювати не треба. Адже кажуть: той, хто не вміє читати, шукає в тексті знайомі букви; той, хто вміє, – незнайомі думки. Хочеться сподіватися, що пропонований підручник буде затребуваний переважно тією категорією користувачів, які захочуть зайняти гідне місце в житті. А життя міняється мало не кожного року. Практика показує, що час не дуже добре справляється з функціями, що традиційно покладаються на нього. Тому поповнення знань – завдання постійне.

Саме цих студентів слід попередити: підручник – не аптека, де можна отримати ліки від усіх хвороб. Відповідно до російського Військового статуту другої половини XIX століття солдат на питання «Що є прапор?» повинні були чітко і не замислюючись відповідати: «Прапор є священна військова короґва». За помилку могли покарати шпіцрутенами. Збережи вас Бог від такого розуміння. У праві, на відміну від математики, від зміни місць додатків сума може не тільки змінитися, а й зовсім зникнути. А підручник – лише типовий рецепт для лікування типових захворювань. І так само, як кожна людина, залежно від віку, генетики, фізичного та іншого розвитку вимагає індивідуального підходу для лікування, під час користування підручником слід пам'ятати, що реальне соціальне життя багатоманітне; поряд з типовими ситуаціями трапляються одиничні й такі, які вимагають обліку нестандартних чинників, ситуації.

Якщо продовжувати аналогію з ліками, якість яких не завжди відповідає заявленому в рекламі, то і чинне в Україні кримінальне законодавство через низку обставин і, перш за все, перехідний період, що переживає держава, далеке від досконалості. Тому, шановні колеги, прохання дивитися на пропонований підручник не тільки як на скарбничку інформації, а й як на підґрунтя для критичного її осмислення.

Сучасне покоління студентів (хочеться на це сподіватися) – останнє, яке здобуває освіту за середньовічною методологією, коли підручник або книга, що його замінює, існували в рукописі або видавалися обмеженим тиражем. Ними володіли викладачі, які на лекціях переказували зміст студентам. Нині ситуація поки що не змінюється. Науково-технічний прогрес дозволяє друкувати підручники необмеженими тиражами, але середньовіччя залишилося, воно сховалося за цивілізованою обгорткою – ціною книги, яка далеко не всім по кишені. Ось і пишуть у підручниках тільки головне, основне, сподіваючись на те, що



---

---

авторські думки розвиватиме викладач на лекції або семінарі. Але революція вже на порозі, мир завойовують електронні книги. Попереду і спілкування з викладачем через телеелектронний зв'язок. Чи стане легше вчитися? Думаю, що ні.

Так, підручники будуть більш інформаційно насиченими. Проте головне – не в нестачі інформації. Рецепт на всі випадки в найоб'ємнішому підручнику не даси. Та й велика кількість інформації створює проблему пошуку потрібної. Проблема в іншому. Якщо неупереджено поглянути на своє оточення, то зможемо побачити, що живемо ми в суспільстві переважно виконавців, тих, хто день за днем виконує рутинну роботу: розпорядження, вказівки і накази. Не обговорюватимемо, погано це чи добре. Так історично склалося. І так буде, поки кожен, зокрема, кожен студент, не захоче бути творцем, не захоче організувати свою долю, залучаючи до цього процесу все більшу кількість співгромадян. А щоб бути творцем, треба вчитися творити, вчитися творчо мислити, не задовольнятися азбукою, закладеною в підручнику, а йти далі, читати, думати, обговорювати, сперечатися, критично оцінювати прочитане та існуючу практику, пропонувати нове, більш реалістичне та ефективне. Це вам адресоване з минулого напуття поета Еміля Верхарна:

О, битвы точные, где войны – умы!

О заблуждения, что спор вскрывает пылкий!

Все тайны бытия! Их выпускаем мы

Из заточенья, как духа из бутылки!

Volentem ducunt fata – того, хто йде, веде доля. З цим і рушаємо.

## ГЛАВА 1

### ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

#### **1.1. *Поняття, ознаки, система та значення Особливої частини кримінального права України***

Початок вивчення Особливої частини кримінального права України слід почати із засвоєння тієї важливої обставини, що існуючий поділ кримінального права України на Загальну та Особливу частини є значною мірою умовним і використовується законодавцем (у КК) з метою економії тесту кримінального закону та спрощення процесу його застосування, а науковцями (у навчальній і науковій літературі) для більш якісного засвоєння положень кримінально-правової науки та відповідних тем навчальної дисципліни «Кримінальне право України».

Найвний нині поділ кримінального права України на Загальну та Особливу частини є результатом (вінцем) поступового підвищення рівня законодавчої техніки побудови кримінального законодавства та має місце в тих нормативно-правових актах, що діяли та діють на території сучасної України вже досить тривалий час. Перші ж нормативно-правові акти, які містили норми кримінально-правового характеру, такого поділу не мали<sup>1</sup>. Наприклад, Руська Правда<sup>2</sup> хоч і складалася переважно з кримінально-правових норм, однак не поділялася на частини. В ній лише наводився перелік тих діянь, які були кримінально караними на той час, і визначалися покарання за їх вчинення. В ті часи кримінальне законодавство було більш схоже на сучасну Особливу частину КК із хаотичним вкрапленням тих

положень, які нині ми беззаперечно відносимо до положень Загальної частини кримінального права України. Із розвитком вітчизняного законодавства та науки кримінального права науковці та органи, наділені компетенцією щодо прийняття кримінально-правових норм, зрозуміли, що в кримінальному праві існує низка інститутів і положень, які є (або принаймні мають бути) спільними для застосування всіх (або переважної більшості) норм, що встановлюють перелік тих діянь, які є кримінально караними, та покарання за їх вчинення. Саме на цьому етапі розвитку кримінального законодавства й почалося виокремлення цих «загальних» інститутів і норм у Загальну частину кримінального права. Аналогічний шлях удосконалення пройшли кримінальні закони практично всіх країн світу<sup>3</sup>.

Утім, ще раз зазначимо, що кримінальне право України єдине, воно характеризується взаємопов'язаністю та взаємообумовленістю всіх без винятку норм Загальної та Особливої його частин. Правий В.О. Навроцький, котрий пише, що жодна норма Загальної частини не може бути усвідомлена й застосована, якщо не конкретизувати її зміст щодо окремих видів злочинів – положень, які закріплено в Особливій частині. І, навіпаки, жодну норму Особливої частини не може бути застосовано без зв'язку з положеннями, які наведено в нормах Загальної частини кримінального права<sup>4</sup>.

Так, Загальна частина КК визначає, що єдиною підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК; окреслює в загальних рисах принципи кримінального права (законності, презумпції знання кримінального закону, гуманізму, рівності

<sup>1</sup> Детальніше про це, а також про генезис Особливої частини кримінального законодавства, що діяло на території сучасної України, див.: Матвійчук В.К. Становлення і розвиток системи Особливої частини кримінального законодавства України // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 603–608 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11mv\\_kkzu.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11mv_kkzu.pdf).

<sup>2</sup> Руська Правда виникла на початку другого тисячоліття нашої ери, як результат кодифікації звичаєвого права та систематизації окремих законів князів Київської Русі. Вона дійшла до сьогодні у великій кількості списків між якими є суттєва різниця як за змістом правових норм, так і за системою їх розташування. На сьогодні ж більшість істориків схильні ділити всі ці списки на три редакції: а) Коротка редакція Руської Правди; б) Просторова (Поширена) редакція Руської Правди; в) Скорочена редакція Руської Правди.

<sup>3</sup> Див., зокрема: Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. / Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 3.

<sup>4</sup> Навроцький В.О. Кримінальне право України: Особлива частина: Курс лекцій. – К.: «Знання», 2000. – С. 20–21.

перед законом, індивідуального характеру відповідальності, винної відповідальності тощо) через посилання на те, що українське кримінальне законодавство ґрунтується на Конституції України та загальноновизнаних принципах і нормах міжнародного права; регламентує питання, пов'язані з чинністю та дією кримінального закону в часі та просторі; містить визначення понять «злочин» і «малозначне діяння»; наводить класифікацію злочинів залежно від ступеня тяжкості вчиненого діяння; встановлює основні положення щодо кримінальної відповідальності за готування до злочину і за замах на нього; визначає зміст і кримінально-правове значення добровільної відмови при незакінченому злочині; розкриває зміст поняття «суб'єкт злочину» та його основних характеристик; закріплює дефініцію вини, її форм і видів; визначає особливості кримінальної відповідальності співучасників; встановлює види, зміст і кримінально-правове значення множинності злочину; наводить вичерпний перелік обставин, що виключають злочинність діяння; регламентує інститути покарання, призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбування, судимості; визначає особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх; встановлює правила та особливості застосування примусових заходів медичного характеру і примусового лікування тощо.

Однак усі зазначені вище інститути та норми Загальної частини КК є «мертвими» доти, доки тією чи іншою особою не буде вчинено діяння, яке містить або, навпаки, не містить складу закінченого чи незакінченого злочину, тобто доти, доки воно не буде оцінене компетентними органами через призму норм Особливої частини КК. Наприклад, для того, щоб визнати те чи інше діяння малозначним суд спочатку має встановити, що воно формально містить ознаки складу конкретного злочину, передбаченого Особливою частиною КК, а вже потім вирішувати питання про те, чи становить воно суспільну небезпеку. Щоб притягнути особу до кримінальної відповідальності за вчинення готування до злочину чи замах на нього, необхідно спочатку визначити всі ознаки того складу злочину до якого відбувалося готування чи вчинявся замах. Визначити вид вчиненого злочину (за ступенем тяжкості) можливо лише після аналізу санкцій тих норм Особливої частини КК, які описують відповідне діяння. Застосування ж інститутів покарання, призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання, його відбування та судимості взагалі є неможливим до встановлення факту вчинення особою діяння, яке містить ознаки складу конкретного злочину,

описаного тією чи іншою нормою Особливої частини КК.

З іншого боку, без аналізу та застосування положень Загальної частини КК неможливо встановити й зміст жодної норми Особливої частини КК, адже всі без винятку норми останньої ґрунтуються на основоположних підвалинах Загальної частини КК. Так, без знання положень статей 18–22 КК неможливо встановити ознаки суб'єкта, а без аналізу положень статей 23–25 КК – й суб'єктивної сторони жодного складу злочину, описаного в нормах Особливої частини КК. Без застосування норм, описаних у статтях 14 і 15 КК, неможливо притягнути винного до кримінальної відповідальності за готування чи замах на злочин, а без застосування норм, описаних у статтях 26–30 КК, неможливо здійснити правильну кваліфікацію дій співучасників у вчиненні злочину. Призначити ж законне покарання, яке хоч і досить чітко визначене в санкціях норм Особливої частини КК, неможливо без урахування приписів, що містяться в розділах X, XI і XV Загальної частини КК.

Підсумовуючи викладене, хотілося б зазначити, що *Загальна та Особлива частини КК за своєю юридичною природою є підсистемами єдиної системи норм кримінального законодавства України, спрямованих на виконання єдиного спільного завдання – правового забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України та інших об'єктів кримінально-правової охорони від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам.*

У сучасній українській кримінально-правовій науці співвідношення Загальної та Особливої частин кримінального права України найбільш повно дослідив В.О. Навроцький, котрий виділив низку спільних і відмінних ознак між ними. Цей вчений справедливо зазначає, що єдність Загальної та Особливої частин кримінального права України зумовляють такі чинники:

1) основний масив норм і Загальної, і Особливої частин кримінального права викладено в одному й тому самому кримінальному законі – КК;

2) і Загальна, і Особлива частини мають єдині завдання – опір злочинності, в них виражено волю одного й того самого законодавця – вищого органу державної влади України;

3) і Загальна, і Особлива частина відображають одну й ту ж саму кримінальну політику – політику Української держави в галузі опору злочинності. Основними напрямками цієї політики, яка реалізується нормами Загальної та Особливої частин, є:

– посилення відповідальності за тяжкі зло-

чини, застосування суворих заходів впливу щодо осіб, котрі вперто не бажають стати на шлях виправлення (криміналізація і пеналізація);

– пом'якшення або повне усунення відповідальності за діяння, які не становлять великої суспільної небезпеки, широке застосування мір покарання, не пов'язаних з позбавленням волі за необережні злочини, щодо осіб, котрі вперше й випадково порушили кримінальний закон, вчинили малонебезпечні злочини (декриміналізація та депеналізація);

4) в основу як Загальної, так і Особливої частини покладено одні й ті самі принципи (персональної відповідальності, індивідуалізації відповідальності та покарання, економії кари тощо);

5) норми і Загальної, і Особливої частини застосовуються лише взаємопов'язано;

6) структурні елементи кримінально-правової норми відображено і в Загальній, і в Особливій частинах КК;

7) зміна змісту норм Загальної частини тягне за собою відповідні зміни в нормах Особливої частини КК<sup>5</sup>.

Відмінність же між Загальною і Особливою частинами В.О. Навроцький вбачає у змісті норм [у Загальній частині регламентовано положення, спільні (загальні) для всіх чи більшості злочинів; в Особливій частині – специфічні (особливі) для окремих видів злочинів] та у структурі норм [норми Загальної частини, як правило, складаються з гіпотези та диспозиції, норми Особливої частини – з диспозиції та санкції (за винятком роз'яснюючих, заохочувальних і виняткових норм)]<sup>6</sup>.

Ураховуючи такий рівень взаємозв'язку між Загальною та Особливою частинами кримінального законодавства України, а також той факт, що Загальна частина КК містить основоположні норми та інститут кримінального права в цілому, вважаємо, що норми Особливої частини КК не повинні суперечити положенням Загальної частини КК, адже в іншому разі матиме місце колізія між ними.

Проте, як свідчить системний аналіз чинного кримінального закону, колізії між нормами Загальної та Особливої частин КК все ж існують.

Так, у ч. 6 ст. 27 КК зазначено, що «не є співучастю не обіцяне заздалегідь переховування

злочинця, знарядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збут таких предметів. Особи, які вчинили ці діяння, підлягають кримінальній відповідальності *лише у випадках, передбачених статтями 198 та 396 цього Кодексу*» (курсив наш – Д.К.). Попри це ч. 1 ст. 256 КК передбачає кримінальну відповідальність за заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів, а також заздалегідь не обіцяне здійснення інших дій по створенню умов, які сприяють їх злочинній діяльності.

У ч. 2 ст. 11 КК законодавець закріпив положення, згідно з яким «*не є 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*» (курсив наш – Д.К.). Разом із тим із змісту частин других статей 363-1, 410, 424 КК та частин третіх статей 359 і 382 КК, які передбачають кваліфікуючу (особливо кваліфікуючу) ознаку «заподіяння істотної шкоди», випливає, що частини перші статей 363-1, 410, 424 КК та частини перші та другі статей 359 і 382 КК передбачають кримінальну відповідальність за діяння, які не спричинили істотної шкоди, а, отже, згідно з положеннями ч. 2 ст. 11 КК не є злочинами.

У ч. 2 ст. 59 КК зазначено, що «*конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини і може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині цього Кодексу*». Всупереч цьому положенню санкції багатьох норм Особливої частини КК, які описують злочини, що не належать до числа тяжких чи особливо тяжких, передбачають покарання у виді конфіскації майна (частини 1, 2 ст. 176, ч.ч. 1, 2 ст. 177 КК та багато інших). Крім того, в Особливій частині КК є низка й таких норм, які, хоч і описують тяжкі чи особливо тяжкі злочини, однак можуть вчинятися з будь-яких мотивів, а не лише корисливого (наприклад, ч.ч. 1, 2 ст. 201, ч. 3 ст. 212 КК).

Загалом же таких колізій у чинному КК налічується чимало.

На думку В.О. Навроцького, з якою ми цілком погоджуємося, колізії між нормами Загальної та Особливої частин КК мають вирішуватися шляхом надання пріоритету тим положенням, які закріплено в Загальній частині КК<sup>7</sup>. Це обумовлено тим, що норми Загальної частини КК містять основопо-

<sup>5</sup> Навроцький В.О. Кримінальне право України: Особлива частина: Курс лекцій. – К.: «Знання», 2000. – С. 20–21. Кримінальне право України. (Особлива частина): підручник / Кол. авторів А.В. Байлов, О.А. Васильєв, О.О. Житний та ін.; за заг.ред. О.М. Литвинова; наук. ред. серії О.М. Бандурка. – Х.: Вид-во ХНУВС, 2011. – С. 10–11.

<sup>6</sup> Навроцький В.О. Кримінальне право України: Особлива частина: Курс лекцій. – К.: «Знання», 2000. – С. 21. Кримінальне право України. (Особлива частина): підручник / Кол. авторів А.В. Байлов, О.А. Васильєв, О.О. Житний та ін.; за заг.ред. О.М. Литвинова; наук. ред. серії О.М. Бандурка. – Х.: Вид-во ХНУВС, 2011. – С. 11.

<sup>7</sup> Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 409.



ложні (загальні для всіх норм Особливої частини КК) положення (правила), які й існують для того, щоб всі норми Особливої частини КК конструювалися та застосовувалися однаково.

У сучасній кримінально-правовій літературі поняття «Особлива частина кримінального права України» вживається в кількох значеннях. Як правило, під Особливою частиною кримінального права України розуміють або відповідну структурну частину КК, або навчальну дисципліну. Значно рідше Особливу частину кримінального права України розглядають як галузь права або галузь правової науки<sup>8</sup>.

**Особлива частина кримінального права України як галузь права.** З нашої точки зору говорити про Особливу частину кримінального права України як галузь права наразі немає жодних підстав, адже в загальній теорії права під галуззю права традиційно розуміється відносно самостійна (автономна) сукупність юридичних норм, яка регулює якісно однорідну сферу (від) суспільних відносин<sup>9</sup>. Трохи вище ж ми встановили, що Особлива частина кримінального права України такою самостійністю не наділена, адже утворює єдине ціле та регулює якісно однорідну сферу суспільних відносин лише у тандемі з положеннями Загальної частини кримінального права України. Іншими словами, галузь права у Загальній та Особливій частині кримінального права України одна – кримінальне право України, предметом якої є сукупність усіх кримінально-правових норм<sup>10</sup>. Тому ні Загальну, ні Особливу частину кримінального права України окремо одна від одної не можна вважати галуззю права.

**Особлива частина кримінального права України як галузь правової науки.** Аналіз навчальної та наукової літератури дозволяє стверджувати, що наука кримінального права, будучи частиною юридичної науки, становить собою сукупність теоретичних поглядів, ідей, уявлень про кримінальне право як галузь права, про його іс-

<sup>8</sup> Див., наприклад: Хилюк С.В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання Особливої частини): Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2007. – С. 199; Навроцький В.О. Кримінальне право України: Особлива частина: Курс лекцій. – К.: «Знання», 2000. – С. 13.

<sup>9</sup> Див., наприклад: Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 389; Любашиц В.Я., Мордовцев А.Ю., Тимошенко І.В., Шапсутов Д.Ю. Теорія государства і права: учебник. – М.: ИКЦ «МарТ», Ростов н/Д: Издательский центр «МарТ», 2003. – С. 516; Хропанюк В.Н. Теорія государства і права. Учебник для высших учебных заведений / Под ред. проф. В.Т. Стрекозова. – М.: Издательство «Интерстиль», «Омега-Л», 2006. – С. 289; Теорія государства і права: учебник / Отв. ред. В.Д. Перевалов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2008. – С. 176.

<sup>10</sup> На цю обставину звертав увагу й М.І. Загородніков (див.: Загородніков Н.И. Советское уголовное право. Общая и Особенная части. – М.: Юридическая литература, 1975. – С. 234).

торичну ретроспективу, тенденції й перспективи розвитку, про практику застосування кримінального законодавства, а також про міжнародне та закордонне кримінальне право, їх співвідношення та взаємодію з національним кримінальним правом<sup>11</sup>. Таким чином, предмет науки кримінального права включає в себе не лише кримінальне право як галузь права (а вона, як вже було зазначено вище, єдина у Загальній та Особливій частині кримінального права України), а й низку інших явищ кримінально-правового характеру. Із цього випливає, що окремої науки Особливої частини кримінального права України не існує та існувати не повинно. Важко собі уявити, щоб хтось зміг дослідити ту чи іншу норму Особливої частини КК або навіть її частину, не використовуючи та аналізуючи низку положень Загальної частини кримінального закону<sup>12</sup>.

**Особлива частина кримінального права України як навчальна дисципліна.** Предметом тієї чи іншої правової навчальної дисципліни, як правило, виступає та ж сама сукупність явищ, що й предметом відповідної правової науки. Тому не було б нічого дивного, якби в окремих вузах України при підготовці спеціалістів неюридичної спрямованості викладалася єдина навчальна дисципліна «Кримінальне право України». Утім, складність, обсяг і значення вивчення предмету науки кримінального права для фахівців-юристів настільки значна, що в юридичних вузах і на юридичних факультетах кримінальне право України вивчається через засвоєння кількох навчальних дисциплін: «Загальна частина кримінального права України», «Особлива частина кримінального права України», «Кваліфікація злочинів», «Міжнародне кримінальне право» тощо. Це не означає, що кожна з таких дисциплін вивчає предмет окре-

<sup>11</sup> Уголовное право России. Общая часть: Учебник / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб.: Издат. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2006. – С. 195; Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, Л.М. Кривоченко та ін.; За ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-е вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 22–23; Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. А.И. Коробеева. – Т. 1: Преступление и наказание. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – С. 30; Кримінальне право. Загальна частина: Підручник / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 47.

<sup>12</sup> Деяко іншого висновку дійшла С.В. Хилюк, яка, хоч і визнає умовність виділення в структурі кримінально-правової науки Загальної та Особливої частин, однак вказує на відносну самостійність Особливої частини науки кримінального права України. З її точки зору ця відносна самостійність виражається в тому, що є коло проблем, які становлять предмет Особливої частини, є коло авторів, які насамперед чи виключно займаються проблемами Особливої частини кримінального права України тощо (див.: Хилюк С.В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання Особливої частини): Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2007. – С. 199).

мої правової науки, а лише свідчить про існування суто теоретичного поділу предмета науки кримінального права на умовні «сектори вивчення».

Чітко встановленого обсягу того, що має вивчатися в межах навчальної дисципліни «Особлива частина кримінального права України» нормативно не встановлено та встановлено бути не може. Тому обсяг предмету цієї дисципліни може бути різним залежно від типу навчального закладу; факультету, на якому викладається ця дисципліна; спеціальності, яку здобувають студенти, курсанти, слухачі тощо; форми навчання (денна, заочна, дистанційна тощо) і таке інше.

У межах так званого університетського (академічного) курсу Особливої частини кримінального права України, як правило, вивчаються: а) наукові основи кваліфікації злочинів; б) норми Особливої частини КК; в) практика застосування норм Особливої частини КК; г) співвідношення кримінальної та інших видів юридичної відповідальності; д) проблеми вдосконалення норм Особливої частини КК та практики їх застосування; е) генезис норм Особливої частини КК; є) окремі аспекти Особливої частини кримінального права іноземних держав.

При цьому розміщення (систематизація) тем навчальної дисципліни «Особлива частина кримінального права України» відбувається з урахуванням наявної системи норм, статей і розділів Особливої частини чинного КК, адже саме система Особливої частини КК є визначальним фактором систематизації тем розглядуваної дисципліни, хоча й не абсолютним.

**Особлива частина кримінального права України як структурна частина КК.** Під Особливою частиною кримінального права України як структурною частиною КК (або просто – Особливою частиною КК) розуміється система кримінально-правових норм, що містять положення, які не є загальними для всіх або більшості норм кримінального закону, в яких: а) зафіксовано видові ознаки окремих злочинів (ознаки юридичних складів злочину) та встановлено вид і розмір покарань за їх вчинення; б) роз'яснено кримінально-правові поняття, термінологічні звороти та ознаки, що стосуються окремих видів суспільно небезпечної поведінки; в) передбачено спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності за окремі злочини; г) встановлено винятки із загальних правил настання кримінальної відповідальності.

Із цього визначення випливають дві найважливіші ознаки Особливої частини КК:

**1. Особлива частина КК складається з кримінально-правових норм, що містять положення, які не є загальними для всіх або більшості норм кримінального закону.**

За своїм змістом ці норми можна поділити на заборонні (забороняючі), роз'яснювальні (роз'яснюючі), заохочувальні (стимулюючі) та виняткові.

*Заборонні (забороняючі) норми Особливої частини КК* – це кримінально-правові норми, в яких зафіксовано видові ознаки окремих злочинів (ознаки юридичних складів злочину) та встановлено вид і розмір покарань за їх вчинення.

Ці норми складаються з диспозицій у яких викладено ознаки юридичних складів злочину, як підстави кримінальної відповідальності, та санкцій, які описують вид і розмір потенційного покарання за вчинення діяння, котре містить відповідний склад. Наприклад, у ч. 1 ст. 115 КК зазначено, що вбивство, тобто умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині (диспозиція), карається позбавленням волі на строк від семи до п'ятнадцяти років (санкція).

Слід зазначити, що всі санкції заборонних норм побудовані за схемою: від менш суворих покарань – до більш суворих. Сенс такої побудови, на думку В.Я. Тація, полягає в тому, що суд, відмовляючись від призначення менш суворого покарання, повинен навести мотиви щодо необхідності звернення до більш суворого покарання<sup>13</sup>. З цієї думкою слід погодитися, адже згідно з ч. 2 ст. 65 КК більш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинений злочин призначається лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатній для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів.

Заборонні норми становлять переважну більшість в Особливій частині КК, та, власне, й утворюють квінтесенцію цієї частини кримінального законодавства України. Всі інші норми, які розміщено в Особливій частині КК, певним чином «слуговують» правильному розумінню та застосуванню заборонних норм, встановлюють особливості кримінальної відповідальності за вчинення певних видів злочину, сприяють більш ефективному превентивному впливу цих норм тощо.

Заборонні кримінально-правові норми залежно від видового ступеня суспільної небезпеки описуваних ними діянь поділяються на ті, що описують основний, кваліфіковані (особливо кваліфіковані, «особливо особливо» кваліфіковані і т.д.) і привілейований склад.

*Роз'яснювальні (роз'яснюючі) норми Особливої частини КК* – це кримінально-правові норми, в яких містяться положення, які сприяють правильному розумінню змісту та однаковому застосуванню заборонних норм (дефініції понять, приблизні

<sup>13</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 13.



переліки, пояснення щодо розуміння певних ознак тощо).

Так, у примітці 1 до ст. 149 КК міститься приблизний перелік тих явищ, які слід вважати «експлуатацією людини» в ст. 149 КК, а у примітці 2 до цієї ж статті – визначення поняття «уразливий стан», яке було використано законодавцем під час конструювання диспозиції ч. 1 ст. 149 КК. У примітці до ст. 164 КК надається визначення термінологічного звороту «злісне ухилення від сплати коштів на утримання дітей (аліментів) або на утримання непрацездатних батьків», яке використовується в статтях 164 і 165 КК; у першій примітці до ст. 209 КК – термінологічного звороту «суспільно небезпечне протиправне діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів», що використовується в ст. 209 КК; у першій примітці до ст. 270-1 КК – термінологічного звороту «об'єкти житлово-комунального господарства», що використовується в ст. 270-1 КК; у першій примітці до ст. 303 КК – поняття «сутенерство», що використовується в ст. 303 КК; у примітці до ст. 358 КК – поняття «офіційний документ», що використовується в статтях 357, 358 і 366 КК; у першій примітці до ст. 364 КК – поняття «службова особа», що використовується в статтях 364, 365, 368, 368-2 і 369 КК; у примітці до ст. 364-1 КК – поняття «неправомірна вигода», що використовується в статтях 364-1, 365-2, 368-2, 368-3, 368-4, 369-2 КК; у другій та четвертій примітках до ст. 368 КК – понять «службова особа, яка займає відповідальне становище» та «вимагання хабара», що використовуються в ст. 368 КК; у другій примітці до ст. 368-3 КК – поняття «вимагання», що використовується в статтях 368-3 і 368-4 КК; у примітці до ст. 369-2 КК – поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави», що використовується в ст. 369-2 КК.

У примітках до статей 188-1, 197-1, 223-1, 229, 361 КК, а також у других примітках до статей 185 і 222-1 КК містяться роз'яснення щодо того, що слід вважати у визначених ними статтях під поняттям «значна шкода». Примітки до статей 176, 203-1, 368-2, а також перші примітки до статей 222-1, 232-1 і 368 визначають зміст, використовованого у диспозиціях визначених ними статей поняття «значний розмір». У примітці до ст. 248 КК та примітці 3 до ст. 364 КК визначено зміст поняття «істотна шкода», яке використовується в статтях 248, 364, 364-1, 365, 365-1, 365-2 і 367 КК. Дефініції поняття «великий розмір» містяться у примітках до статей 159-1, 239-1, 265, 270-1, 301, 305 КК, у першій примітці до ст. 258-5 КК, другій примітці до ст. 209 КК та третій примітці до ст. 185 КК. У примітках до статей 239-2 і 305 КК, у примітці 2 до ст. 258-5 КК, примітці 3 до ст. 209 КК та примітці 4 до ст. 185 КК визначено зміст поняття «особливо великий розмір», яке використовується в статтях

239-2, 305, 258-2, 209, 185-187, 189-191 і 194 КК. Примітка 3 до ст. 222-1, примітка 2 до ст. 232-1 і примітка 4 до ст. 364 КК визначають зміст, використовованого у диспозиціях статей 222-1, 232-1, 364–367 КК поняття «тяжкі наслідки». Примітка 1 до ст. 185, примітка 3 до ст. 368, примітка 1 до ст. 368-3 і примітка до ст. 369 КК визначають спеціальні види повторності.

Крім того, безпосередньо у ст. 401 КК міститься дефініція поняття «військовий злочин»; визначено коло осіб, котрі несуть відповідальність за статтями, що містяться у розділі XIX Особливої частини КК; вирішено питання про кваліфікацію дій осіб, які не є військовослужбовцями, але в співучасті з останніми вчинили військовий злочин; а також закріплено особливості звільнення від кримінальної відповідальності військовослужбовців на підставі ст. 44 КК.

У теорії кримінального права роз'яснювальні норми іноді називають дефінітивними<sup>14</sup>, що, з нашої точки зору, не зовсім правильно, адже не всі роз'яснювальні норми містять дефініції термінів чи понять. Наприклад, ч. 2 ст. 401 КК містить не дефініцію, а перелік тих осіб, котрі несуть відповідальність за статтями, що містяться у розділі XIX Особливої частини КК.

*Заохочувальні (стимулюючі) норми Особливої частини КК* – це кримінально-правові норми, в яких передбачено спеціальні (відносно тих, які містяться в розділі IX Загальної частини КК) види звільнення від кримінальної відповідальності.

Нині чинний кримінальний закон містить 18 заохочувальних норм, які містяться в ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212, ч. 4 ст. 212-1, ч. 2 ст. 255, ч. 2 ст. 258-3, ч. 4 ст. 258-5, ч. 6 ст. 260, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 289, ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309, ч. 4 ст. 311; ч. 5 ст. 321, ч. 5 ст. 368-3, ч. 5 ст. 368-4, ч. 6 ст. 369 КК.

У теорії кримінального права такі норми називають «заохочувальними» або «стимулюючими»<sup>15</sup> через те, що за допомогою цих норм держава намагається заохотити осіб, котрі вчинили пев-

<sup>14</sup> Див., наприклад: Кримінальне право України. (Особлива частина): підручник / Кол. авторів А.В. Байлов, О.А. Васильєв, О.О. Житний та ін.; за заг. ред. О.М. Литвинова; наук. ред. серії О.М. Бандурка. – Х.: Вид-во ХНУВС, 2011. – С. 9.

<sup>15</sup> Зубкова В.И. Поощрительные нормы в уголовном законодательстве России и некоторых зарубежных стран: сравнительный анализ // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 147-150; Кайшев А.В. Система компромиссов и поощрений в уголовном праве России // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 173-174; Лустова О.С. Классификация видов поощрительных норм о деятельном раскаянии // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 140-142.

ний вид злочину, до відмови від подальшої злочинної діяльності (перебування у злочинному стані) та стимулювати їх правомірну поведінку у напрямку ліквідації потенційних наслідків вчиненого, сприяння розкриттю окремих видів злочину, подолання наркотичної залежності тощо. В таких випадках держава, так би мовити, йде на компроміс із злочинцем, адже, роблячи поступку певним категоріям злочинців, погоджується не застосовувати заходи кримінально-правового впливу до тих осіб, котрі всупереч власним переконанням, відмовляються від продовження своєї злочинної діяльності.

Наприклад, від кримінальної відповідальності за вчинення шпигунства звільняються особи, які припинили вчинення дій, описаних у ч. 1 ст. 114 КК та добровільно повідомили органи державної влади про вчинене, якщо внаслідок цього і вжитих заходів було відвернено заподіяння шкоди інтересам України (ч. 2 ст. 114); від кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 або 2 ст. 175 КК (невплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат), звільняються особи, які до моменту притягнення їх до кримінальної відповідальності здійснили виплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої встановленої законом виплати громадянам (ч. 3 ст. 175); від кримінальної відповідальності за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 1 ст. 307, ч. 1 ст. 309 КК) звільняються особи, які добровільно здали ці засоби (речовини) та вказали джерело їх придбання або сприяли розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом (ч. 4 ст. 307) тощо.

Щоправда, нещодавно Особлива частина КК поповнився трьома нормами, які, хоч і передбачають спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності, однак безапеляційно віднести їх до числа заохочувальних (стимулюючих) норм не можна. Йдеться про ч. 5 ст. 368-3, ч. 5 ст. 368-4 і ч. 6 ст. 369 КК, в яких законодавець альтернативно передбачив як положення заохочувального характеру (особа звільняється від кримінальної відповідальності в разі добровільної заяви про вчинений злочин до порушення кримінальної справи щодо неї), так і положення, які такими не є: від кримінальної відповідальності звільняються ті особи, щодо яких мало місце вимагання неправомірної вигоди (у випадку вчинення особою злочинів, описаних статтями 368-3 і 368-4 КК) чи хабара (у випадку вчинення особою злочину, описаного ст. 369 КК). Як бачимо, в останньому випадку про заохочення, стимулювання чи компроміс мова не йдеться. У зв'язку з цим вважаємо, що правова природа ч. 5 ст. 368-3, ч. 5 ст. 368-4 і ч. 6 ст. 369

КК, рівень законодавчої техніки їх побудови, а також кримінологічна обґрунтованість їх положень ще потребують комплексного наукового аналізу.

*Виняткові норми Особливої частини КК* – це кримінально-правові норми, в яких передбачено відступ від загальних правил притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення того чи іншого злочину.

Слід зазначити, що в теорії кримінального права виняткові норми або ототожнюються з обмежувальними нормами<sup>16</sup>, або взагалі зазначається про існування лише обмежувальних норм<sup>17</sup>. При цьому автори таких підходів наводять два приклади із чинного КК, коли норми Особливої частини передбачають відступ від загальних правил притягнення до кримінальної відповідальності у бік *обмеження* сфери дії окремих заборонних норм. Так, у ч. 2 ст. 385 КК зазначено, що не підлягає кримінальній відповідальності особа за відмову давати показання під час провадження дізнання, досудового слідства або в суді щодо себе, а також членів її сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. Згідно ж приписами ч. 2 ст. 396 КК не підлягають кримінальній відповідальності за заздалегідь не обіцяне приховування злочину члени сім'ї чи близькі родичі особи, яка вчинила злочин, коло яких визначається законом.

Дійсно, чинний КК містить лише дві норми, які спеціально призначені для обмеження сфери дії певних заборонних норм, однак Особлива частина КК містить і дві норми, які передбачають відступ від загальних правил притягнення до кримінальної відповідальності у бік *розширення* сфери дії окремих заборонних норм. Так, у третій примітці до ст. 149 КК зазначається, що відповідальність за вербування, переміщення, переховування, передачу або одержання малолітнього чи неповнолітнього за цією статтею має наставати незалежно від того, чи вчинені такі дії з використанням обману, шантажу чи уразливого стану зазначених осіб або із застосуванням чи погрозою застосування насильства, використання службового становища, або особою, від якої потерпілий був у матеріальній чи іншій залежності; а у другій примітці до ст. 303 КК – що відповідальність за втягнення малолітнього чи неповнолітнього в заняття проституцією чи примушування їх до заняття проституцією за ст. 303 КК має наставати незалежно від того, чи вчинені такі дії з використанням обману, шантажу, уразливого стану зазначених осіб або із

<sup>16</sup> Кримінальне право України. (Особлива частина): підручник / Кол. авторів А.В. Байлов, О.А. Василюв, О.О. Житний та ін.; за заг.ред. О.М. Литвинова; наук. ред. серії О.М. Бандурка. – Х.: Вид-во ХНУВС, 2011. – С. 10.

<sup>17</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 12-13.

застосуванням чи погрозою застосування насильства, використанням службового становища, або особою, від якої потерпілий був у матеріальній чи іншій залежності. Як бачимо, наведені положення кримінального закону спрямовані на розширення сфери дії ч.ч. 1–3 ст. 149 та ч.ч. 1–4 ст. 303 КК в разі вчинення описуваних ними діянь щодо дітей.

Із викладеного вище випливає, що ототожнення виняткових норм із обмежувальними є не зовсім правильним, адже нині чинний КК містить два види виняткових норм: обмежувальні та розширювальні.

Обмежувальні виняткові норми Особливої частини КК – це кримінально-правові норми, в яких передбачено відступ від загальних правил притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення того чи іншого злочину у бік обмеження сфери дії окремих заборонних норм.

Розширювальні виняткові норми Особливої частини КК – це кримінально-правові норми, в яких передбачено відступ від загальних правил притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення того чи іншого злочину у бік розширення сфери дії окремих заборонних норм.

Завершуючи розгляд видів норм Особливої частини КК, слід зазначити, що чинний КК містить низку норм, які одночасно містять положення як заборонного, так і роз'яснювального характеру, або заборонного та виняткового характеру або заборонного, роз'яснювального та виняткового характеру.

Так, ч. 1 ст. 185 КК містить, як положення щодо заборони крадіжки та покарання за її вчинення, так і визначення змісту поняття «крадіжка»; ч. 1 ст. 152 КК – як положення щодо заборони згвалтування та покарання за його вчинення, так і визначення змісту поняття «згвалтування» тощо. Аналогічних норм у КК багато.

Норми же, які одночасно містять положення заборонного та виняткового характеру кілька. Наприклад, у статтях 262 і 263 КК міститься кримінально-правова заборона викрадення, привласнення, вимагання, носіння, зберігання, придбання, виготовлення, ремонту, передачі та збуту вогнепальної зброї, *крім гладкоствольної мисливської*; а у ч. 1 ст. 342 КК – опору представникові влади, *крім державного виконавця*, під час виконання ним службових обов'язків. П. 13 ч. 2 ст. 115 КК встановлює кримінальну відповідальність за «умисне вбивство, вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство, *за винятком вбивства, передбаченого статтями 116–118 цього Кодексу*» (курсив наш – Д.К.).

Принаймні одна норма Особливої частини КК одночасно містить положення заборонного, роз'яснювального та виняткового характеру. Так, у ч. 1 ст. 201 КК зазначається: «Контрабанда, тобто

переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю культурних цінностей, отруйних, сильнодіючих, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів, зброї та боєприпасів (*крім гладкоствольної мисливської зброї та бойових припасів до неї*), а також спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, – карається ...».

У цілому ж норми, які одночасно містять положення заборонного та іншого характеру, слід вважати заборонними, адже їх головне призначення – заборона певних видів суспільно небезпечної поведінки.

Міститься у КК й кілька норм, які одночасно містять положення заохочувального та виняткового характеру. Зокрема, в ч. 2 ст. 255 КК зазначається, що звільняється від кримінальної відповідальності особа, *крім організатора або керівника злочинної організації*, за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК, якщо вона добровільно заявила про створення злочинної організації або участь у ній та активно сприяла її розкриттю. Аналогічні виключення із норм заохочувального характеру містяться в ч. 2 ст. 258-3 і ч. 2 ст. 258-5 КК. У ч. 4 ст. 289 КК встановлено, що звільняється від кримінальної відповідальності судом особа, яка вперше вчинила дії, передбачені цією статтею (*за винятком випадків незаконного заволодіння транспортним засобом із застосуванням насильства до потерпілого чи погрозою застосування такого насильства*), але добровільно заявила про це правоохоронним органам, повернула транспортний засіб власнику і повністю відшкодувала завдані збитки.

У цілому ж такі норми є заохочувальними, адже їх призначення – стимулювання правомірної поведінки винних у напрямку ліквідації потенційних наслідків вчиненого та сприяння розкриттю окремих видів злочину.

**2. Особлива частина КК – це система кримінально-правових норм.** Ідеться про те, що розглядувана частина кримінального закону побудована не довільно, а з використанням певних критеріїв систематизації норм Особливої частини КК, які (критерії систематизації) було вироблено або самим законодавцем у процесі вдосконалення законодавчої техніки, або наукою кримінального права та сприйнято парламентаріями.

*Систематизація роз'яснювальних, заохочувальних та виняткових норм.* Оскільки головним призначенням роз'яснювальних, заохочувальних та виняткових норм Особливої частини КК є сприяння правильному розумінню та застосуванню заборонних норм, встановлення особливостей кримінальної відповідальності за вчинення певних видів злочину та сприяння більш ефективному превентивному впливу цих норм, то їх роз-



міщення в системі норм Особливої частини КК зумовлене місцем розташування відповідних заборонних норм.

При цьому вважаємо, що роз'яснювальні норми мають міститися виключно у примітках до тих статей, у яких закріплено положення, які потребують законодавчого роз'яснення. Це пояснюється тим, що роз'яснювальні норми безпосередньо не впливають на процес боротьби зі злочинністю (не є проявом кримінально-правової політики держави), а лише пояснюють певні терміни, поняття, ознаки тощо. У цьому зв'язку вважаємо сумнівним рішення законодавця розмістити роз'яснювальні норми, що стосуються військових злочинів, безпосередньо у ст. 401 КК. Розміщення ж усіх інших роз'яснювальних норм в примітках до відповідних статей Особливої частини КК є беззаперечно правильним рішенням парламентаріїв.

Ураховуючи той факт, що заохочувальні та виняткові норми мають пряме відношення до настання чи ненастання кримінальної відповідальності за тією чи іншою заборонною нормою та віддзеркалюють певну сферу кримінально-правової політики нашої держави, однак не описують основного чи кваліфікованих складів злочину, вважаємо, що заохочувальні та виняткові норми повинні розміщуватися в останніх частинах відповідних статей Особливої частини КК. Тому вважаємо цілком логічним те, що заохочувальні та обмежувальні виняткові норми Особливої частини КК розміщено саме в цих структурних елементах відповідних статей Особливої частини КК. Питання ж про те, чому розширювальні виняткові норми Особливої частини КК розміщено в примітках до статей 149 і 303 КК, а не в останніх їх частинах, залишається загадкою.

Систематизація заборонних норм. Найбільше ж значення для практики застосування та науки кримінального права має систематизація заборонних норм кримінального закону. Як свідчить комплексний аналіз Особливої частини КК в переважній більшості випадків, заборонні норми чинного КК, розміщено з дотриманням таких основних правил систематизації:

1) заборонні норми, що описують основний склад злочину, розміщуються в першій частині відповідної статті Особливої частини КК.

Український законодавець досить виважено підійшов до виконання цього правила та побудував практично всі статті Особливої частини КК з дотриманням цієї вимоги. Щоправда, в чинному КК мають місце й кілька випадків нехтування вимогами цього правила. Наприклад, у ст. 197-1 КК передбачено не один основний склад злочину, а два. Так, ч. 1 ст. 197-1 КК передбачає кримінальну відповідальність за самовільне зайняття земельної

ділянки, яким завдано значної шкоди її законному володільцю або власнику, а ч. 3 ст. 197-1 КК – за самовільне будівництво будівель або споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці. Ст. 159-1 КК також описує два основних склади злочину (частини 1 і 2). У статті ж 158 КК, яка складається з дванадцяти частин, законодавець виписав аж дев'ять основних складів злочину (ч.ч. 1, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10 і 11). При цьому ч. 10 ст. 158 КК одночасно передбачає і самостійний основний склад злочину (розпорядження щодо внесення завідомо неправдивих відомостей до бази даних Державного реєстру виборців, видане службовою особою органу Державного реєстру виборців) і кваліфікований склад злочину, передбаченого ч. 9 ст. 158 КК. У ст. 150-1 КК частина перша описує один основний склад злочину (використання батьками або особами, які їх замінюють, малолітньої дитини для заняття жебрацтвом), а ч. 2 – його кваліфіковані види (ті самі дії, пов'язані із застосуванням насильства чи погрозою його застосування; вчинені повторно; особою, яка раніше скоїла один із злочинів, передбачених статтями 150, 303, 304 КК) та другий основний склад злочину (використання сторонніми особами чужої малолітньої дитини для заняття жебрацтвом). Аналогічна ситуація спостерігається й у ст. 388 КК тощо.

2) заборонні норми, що описують кваліфіковані (особливо кваліфіковані, «особливо особливо» кваліфіковані тощо) склади злочину розміщуються в ч.ч. 2, 3, 4 тощо по мірі зростання видової суспільної небезпеки описуваних ними діянь.

Більшість статей Особливої частини чинного КК побудовано саме за такою системою. Виключення ж становлять здебільшого ті статті, в яких законодавець порушив вимоги щодо місця розташування норм, що описують основний склад злочину. Так, кваліфікований вид використання сторонніми особами чужої малолітньої дитини для заняття жебрацтвом передбачено не в другій, а в третій частині. В ч. 3 ст. 159-1 КК зафіксовано кваліфікуючу ознаку, яка має відношення до двох основних складів злочину, описаних ч.ч. 1 і 2 цієї статті. У ст. 197-1 КК один із кваліфікованих складів описано в четвертій частині. Стаття ж 158 КК містить чотири норми, які описують кваліфіковані склади злочинів (ч.ч. 3, 6, 10 і 12). При цьому ч. 12 ст. 158 КК описує кваліфікований склад злочину і відносно складу злочину, передбаченого ч. 9 ст. 158 КК, і відносно складу злочину, передбаченого ч. 10 ст. 158 КК, і відносно складу злочину, передбаченого ч. 11 ст. 158 КК. Ураховуючи ж той факт, що ч.ч. 9 і 11 ст. 158 КК описують основні склади злочину, а ч. 10 ст. 158 КК – кваліфікований відносно ч. 9 ст. 158 КК, то доводиться констатувати, що ч. 12 ст. 158 КК одночасно описує і кваліфікований склад зло-

чину, передбаченого ч. 11 ст. 158 КК, і особливо кваліфікований склад злочину, передбаченого ч. 9 ст. 158 КК.

3) статті, що містять заборонні норми, групуються в розділі Особливої частини КК виходячи з тотожності або однорідності основних безпосередніх об'єктів, описуваних ними складів злочину.

Системний аналіз кримінального закону, дозволяє стверджувати, що в результаті такого об'єднання заборонних норм Особливої частини КК утворюються або родові, або групові об'єкти кримінально правової охорони.

Так, коли безпосередні об'єкти складів злочину, що об'єднані в межах одного розділу Особливої частини КК, є складовими частинами більш абстрактної цінності (яка, як правило, зазначена в назві цього ж розділу), то слід говорити про існування родового об'єкта сукупності складів злочину, описаних нормами відповідного розділу<sup>18</sup>. Так, сукупність заборонних норм, що розміщені в I розділі Особливої частини КК покликані захищати встановлений Конституцією та законами України порядок створення і діяльності вищих органів державної влади, національну безпеку України в політичній сфері, у сфері державної безпеки, інформаційній, економічній, екологічній, науково-технологічній і воєнних сферах, або, іншими словами, основи національної безпеки України. Тому є всі підстави стверджувати, що родовим об'єктом складів злочину, описаних статтями 109–114 КК, є основи національної безпеки України, як про це і зазначено в назві відповідного розділу.

Коли ж безпосередні об'єкти складів злочину, що об'єднані в межах одного розділу Особливої частини КК, не є частинами більш абстрактної цінності або хоч і є частинами більш абстрактної цінності, однак ця більш абстрактна цінність охо-

<sup>18</sup> У теорії кримінального права традиційно вважається, що об'єднання статей, які містять заборонні норми, в розділі відбувається за ознакою родового об'єкта того чи іншого конкретного складу злочину (див., наприклад: Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 14; Навроцький В.О. Кримінальне право України: Особлива частина: Курс лекцій. – К.: «Знання», 2000. – С. 22.). Таке твердження видається досить спірним принаймні через те, що окремо взятий склад злочину не має одного конкретного родового об'єкта. Наприклад, відносно безпосереднього об'єкта кримінально-правової охорони «фізичне здоров'я дитини» родовим може бути і «здоров'я дитини», і «здоров'я людини», і «невід'ємні права людини», і «особисті права і свободи людини» і так далі. Тобто родовим об'єктом відносно того чи іншого безпосереднього об'єкта кримінально-правової охорони може бути будь-яка більш абстрактна цінність. Чітко визначений же родовий об'єкт кримінально-правової охорони з'являється лише тоді, коли законодавець об'єднує кілька заборонних норм у межах однієї структурної одиниці Особливої частини КК України. У зв'язку з цим вважаємо, що родовий об'єкт може існувати лише як об'єкт кримінально-правової охорони сукупності складів злочину, описаних нормами того чи іншого розділу Особливої частини КК України.

роняється не лише нормами цього розділу, то слід говорити про існування групового об'єкта сукупності складів злочину, описаних нормами відповідного розділу. Наприклад, всі заборонні норми, що описані в розділах II–V Особливої частини КК, покликані захищати життя, здоров'я, волю, честь, гідність, статеву свободу та недоторканність, виборчі, трудові та інші права і свободи людини і громадянина, а тому більш абстрактною цінністю для них є категорія «особисті права і свободи людини» (потенційний родовий об'єкт кримінально-правової охорони). Однак, оскільки статті 115–184 розміщено в різних розділах Особливої частини КК, то в межах окремих розділів більш доречно говорити про існування не родового, а групового об'єкта кримінально-правової охорони. Так, груповим об'єктом складів злочину, об'єднаних у розділі II Особливої частини КК, є життя та здоров'я людини про що й зазначено в назві цього розділу.

Таким чином, статті, що містять заборонні норми, в чинному кримінальному законі, як правило, згруповано за ознаками родового чи групового об'єкта кримінально-правової охорони.

Утім, виключень із цього правила в чинному кримінальному законі чимало. Наприклад, стаття 289 КК передбачає кримінальну відповідальність за незаконне заволодіння транспортним засобом, а, отже, й описує склад злочину, що має своїм основним безпосереднім об'єктом право власності. Попри це законодавець розмістив розглядувану статтю в розділі XI Особливої частини КК, який передбачає злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту.

4) послідовність розміщення статей, що містять заборонні норми, у межах одного розділу Особливої частини КК визначається суспільною небезпекою описуваних ними злочинів – від більш небезпечних до менш небезпечних.

Виконання цього правила дозволяє сфокусувати увагу «читача» на найбільш небезпечних посяганнях на визначений розділом родовий чи груповий об'єкт кримінально-правової охорони. Проте не всі розділи Особливої частини КК побудовано відповідно до цього правила. Наприклад, розділ VI Особливої частини КК відкривається статтею, яка передбачає кримінальну відповідальність за крадіжку (ст. 185), попри те, що найбільш небезпечний злочин проти власності описаний у ст. 187 КК (розбій).

5) послідовність розміщення розділів у Особливій частині КК визначатися ієрархією цінностей (від найбільш важливої до найменш важливої), що підлягають кримінально-правовій охороні, комплексом заборонних норм того чи іншого розділу.

У науці кримінального права висловлювалися

різні думки щодо того, якою мала б бути послідовність розташування розділів Особливої частини у раніше чинному та нині чинному кримінальному законодавстві. Так, у 1987 році відомий радянський криміналіст М.А. Стручков зробив висновок про необхідність переосмислення наявної на той час ієрархії цінностей, що підлягають кримінально-правовій охороні, та запропонував наступну послідовність розташування груп заборонних норм (розділів, глав тощо) залежно від їх родового об'єкта: а) злочини проти мирної співпраці держав і безпеки людства, державні злочини; б) злочини проти особи (посягання, що завдають шкоду життю та здоров'ю людини; посягання, що створюють таку небезпеку; злочини проти статевої недоторканості; злочини проти свободи, честі та гідності людини; злочини проти політичних прав і свобод особи); в) злочини проти власності (викрадення особистого майна громадян і інші посягання на нього); г) злочини, що порушують нормальне ведення народного господарства, спрямовані проти трудових прав громадян і виробництва, що підривають безпеку; д) злочини проти довкілля (грубе порушення норм раціонального використання природних ресурсів, охорона природних об'єктів тощо); е) злочини проти моральності, сім'ї та підростаючого покоління (проти молоді); є) злочини проти громадського порядку, громадської безпеки, елементом якої є і безпека руху і експлуатації транспортних засобів; ж) злочини проти правильної (в інтересах суспільства і окремих його членів) діяльності органів держави, і громадських організацій (злочини проти порядку управління; злочини проти правосуддя; посадові злочини; злочини проти порядку управління в області оборони); з) військові злочини<sup>19</sup>.

У 1989 році, провівши ґрунтовне дослідження думки професійних юристів (суддів, прокурорів, адвокатів і народних засідателів) і громадян, які не мають юридичної освіти (в т.ч. й засуджених), з використанням методів математичної статистики, В.Л. Чубарев встановив кілька важливих фактів у цій сфері, одним із яких є те, що переважна більшість респондентів (77,4%) вважають найбільш вагомим цінністю серед усіх об'єктів кримінально-правової охорони життя людини<sup>20</sup>. До речі, аналогічні дані щодо думки юристів з цього питання було отримано й Ю.В. Блауштейном у 1972 р.<sup>21</sup>. З точки зору В.О. Навроцького, яка,

<sup>19</sup> Стручков Н.А. Объект преступного посягательства и система Особенной части УК // Советское государство и право. – 1987. – № 12. – С. 92.

<sup>20</sup> Чубарев В.Л. Классификация преступлений по родовому объекту посягательства // Правоведение. – 1989. – № 4. – С. 30–38.

<sup>21</sup> Блауштейн Ю.Д. Опыт изучения правового сознания юристов // Социалистическая законность. – 1972. – № 2. – С. 22.

вочевидь, співпадає з наведеною вище думкою більшості опитаних експертів, система Особливої частини КК мала б бути такою: на її початку слід було б розмістити глави (розділи) про злочини проти інтересів особи; далі – про злочини проти інтересів суспільства, а наприкінці – про злочини проти інтересів держави<sup>22</sup>.

Звертаючись до зарубіжного кримінального законодавства, хотілося б відзначити, що переважна більшість нині чинних кримінальних законів світу в системі Особливої частини на першому місці розташовано норми, що передбачають кримінальну відповідальність за злочини проти прав людини (наприклад, КК Вірменії, Аргентини, Австрії, Грузії, Іспанії, Казахстану, Киргизстану, Парагваю, Португалії, Росії, Таджикистану, Туркменістану, Узбекистану, Хорватії, Швейцарії) або проти міжнародного порядку (КК Австралії, Азербайджану, Албанії, Білорусі, Латвії, Литви, Молдови, Польщі, Румунії, Фінляндії, Франції, Естонії тощо). Пріоритет злочинам проти держави надається, як правило, в старих кримінальних законах і кримінальних законах соціалістичних країн (Алжир, Афганістан, Бангладеш, В'єтнам, Індія, Ірак, Пакистан, Туніс, Еквадор тощо). У новому ж кримінальному законодавстві неосоціалістичних країн така ситуація спостерігається вкрай рідко (крім КК України хіба що в кримінальних законах Боснії та Герцеговини, Монголії, Судану)<sup>23</sup>.

Загалом же всю систему норм Особливої частини КК законодавцем згруповано в розділи, які розміщено в такій послідовності:

**Розділ I.** Злочини проти основ національної безпеки України.

**Розділ II.** Злочини проти життя та здоров'я особи.

**Розділ III.** Злочини проти волі, честі та гідності особи.

**Розділ IV.** Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи.

**Розділ V.** Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина.

**Розділ VI.** Злочини проти власності.

**Розділ VII.** Злочини у сфері господарської діяльності.

**Розділ VIII.** Злочини проти довкілля.

**Розділ IX.** Злочини проти громадської безпеки.

**Розділ X.** Злочини проти безпеки виробництва.

<sup>22</sup> Навроцький В.О. Кримінальне право України: Особлива частина: Курс лекцій. – К.: «Знання», 2000. – С. 26.

<sup>23</sup> Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. / Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербя. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 4.



**Розділ XI.** Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту.

**Розділ XII.** Злочини проти громадського порядку та моральності.

**Розділ XIII.** Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення.

**Розділ XIV.** Злочини у сфері охорони державної таємниці, недоторканності державних кордонів, забезпечення призову та мобілізації.

**Розділ XV.** Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян.

**Розділ XVI.** Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку.

**Розділ XVII.** Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Розділ XVIII. Злочини проти правосуддя.

**Розділ XIX.** Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини).

**Розділ XX.** Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку<sup>24</sup>.

У кримінально-правовій літературі справедливо зазначається, що науково обґрунтована систематизація норм Особливої частини КК має істотне значення для:

- 1) пошуку тієї норми, яка підлягає застосуванню;
- 2) з'ясування змісту окремих ознак складів, описуваних заборонними нормами;
- 3) процесу кодифікації кримінального законодавства;
- 4) розмежування суміжних складів злочину;
- 5) тлумачення кримінально-правових норм;
- 6) з'ясування думки законодавця про цінність тих чи інших об'єктів кримінально-правової охорони;
- 7) організації звітності правозастосовних органів;
- 8) ведення кримінально-правової статистики.

Значення ж самої Особливої частини КК, як структурної частини єдиного кримінального закону, головним чином полягає в тому, що в ній:

- 1) вміщено вичерпний перелік діянь, які є злочинами (саме через положення Особливої частини КК реалізується принцип «*nullum crimen sine lege*» – немає злочину без вказівки на це в законі; а також виконуються вимоги ч. 4 ст. 3

КК, яка застерігає, що застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено);

- 2) вміщено вичерпний перелік видів і розмірів покарань за їх вчинення (йдеться про те, що вид і розмір покарання за вчинення того чи іншого злочину чітко визначено в санкціях заборонних норм. Призначення інших, не передбачених санкціями цих норм, виду або розміру покарання можливе лише як виключення на підставі та у порядку, передбаченому нормами Загальної частини КК);

- 3) здійснено диференціацію кримінальної відповідальності за допомогою кваліфікованих і привілейованих складів злочину, а також шляхом градації покарань за їх вчинення (застосування цих механізмів дозволяє призначити суду таке покарання, яке буде найбільш адекватним ступеню та характеру суспільної небезпеки вчиненого діяння);

- 4) проведено розмежування злочинних і незлочинних (адміністративних проступків, дисциплінарних проступків, цивільних деліктів тощо) правопорушень (наприклад, суміжні адміністративні та кримінальні посягання на власність розмежовано за вартістю викраденого, привласненого);

- 5) відображено законодавчу оцінку ступеня суспільної небезпеки кожного виду суспільно небезпечної поведінки (цю оцінку відображено в санкціях заборонних норм, які містять вид і розмір покарання за вчинення того чи іншого злочину);

- 6) відображено думку законодавця щодо ієрархії цінностей, що підлягають кримінально-правовій охороні (цю думку законодавець висловлює шляхом розміщення розділів Особливої частини КК у певному порядку: від тих, які охороняють найбільш значимі, до тих які охороняють найменш значимі об'єкти кримінально-правової охорони);

- 7) відображено основні напрямки кримінальної політики держави Україна.

Насамкінець хотілося б зазначити, що після прийняття КК 2001 р. в науці кримінального права неодноразово зверталася увага на значну кількість системних вад у побудові та систематизації норм Особливої частини КК. При цьому вихід із цієї ситуації одні криміналісти вбачають у проведенні *системних* змін Особливої частини КК<sup>25</sup> в межах чинного КК, інші ж – у негайному

<sup>24</sup> Певні міркування щодо існуючої нині послідовності розміщення розділів Особливої частини КК України буде викладено в наступному параграфі цієї глави.

<sup>25</sup> Див., наприклад: Борисов В.І. Основні напрямки розвитку Особливої частини законодавства України про кримінальну відповідальність / 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовт. 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов.ред.), В.І.

розробленні та прийнятті нової редакції КК<sup>26</sup>.

## **1.2. Наскрізні проблеми побудови Особливої частини кримінального законодавства України**

Поділ КК і, відповідно, науки кримінального права на Загальну й Особливу частини, як вже зазначалось, умовний. Переходячи після вивчення Загальної частини кримінального права до Особливої, не потрібно думати, що ступаєте на землю нового, невідомого материка. Кримінальне право єдине. Це навіть не Америка, перешийок між Північною і Південною частиною якої прорізається Панамським каналом, а Євразія з її умовними межами.

Будь-яка дефініція в Загальній частині висловлювалася не взагалі, а на конкретних прикладах реальних складів злочину. І тут, в Особливій частині, розглядаючи будь-який склад конкретного злочину, необхідно пам'ятати, що саме діяння може бути визнане злочином, якщо особа, котра його вчинила, досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, психічно здорова, вчинила його умисно або через необережність, за наявності пом'якшуючих або обтяжуючих обставин і ще багато іншого – того, що детально аналізувалося в Загальній частині кримінального права.

Реально в другій складовій цього єдиного комплексу здійснюється конкретизація загальних положень стосовно кожного діяння, віднесеного законом до злочинів. Зібрання всіх злочинів класифікується за розділами залежно від об'єкта посягання. Поділ Особливої частини КК на розділи дозволяє формалізувати оцінку суспільної небезпеки кожного із злочинів, що кваліфікуються, полегшує сам процес знаходження їх у законі. У свою чергу кожен розділ включає в себе групи статей з переліком характеристик, що дозволяють індивідуалізувати злочин і визначити встановлені покарання, що призначаються винним в їх вчиненні. Вивчення відповідних розділів підручника дозволить зрозуміти основи класифікації злочинів залежно від об'єкта посягання і варіанти кваліфікації кожного з них.

Нині деякі запропоновані дефініції Особливої частини кримінального права нагадують статую в Генуї торговки кренделями Катерини Кампандоніно, яка все життя відкладала гроші на те, щоб купити місце на престижному кладовищі й

увічнити себе в камені. Проте визначення повинне відображати реальне життя. На жаль, чи життя дуже ускладнилося, чи тінь генуезки є значимою, але багато сучасних визначень Особливої частини кримінального права надмірно складні. Тому для зручності використовуємо конструктивне поняття, запропоноване більше десяти років тому: Особлива частина є об'єднана в розділи сукупність статей КК, яка, будучи нерозривно пов'язаною зі статтями в Загальній частині КК, вирішує питання злочинності і караності окремих діянь, визначаючи відносно кожного з них відмітні ознаки і межі караності, а також встановлює систематизований і вичерпний перелік діянь такого роду.

У кримінальному законодавстві різних держав через низку історичних, політичних, ідеологічних, релігійно-етнічних, економічних та інших причин відсутня абсолютна тотожність переліків складів злочинів і заходів відповідальності. Немає єдності й у структурі законів, зокрема, в поділі їх на розділи. Предметом дискусії є черговість розташування розділів. Так, деякі автори, абсолютизуючи теорію природного права, пропонували поставити в основу охорону особи і перш за все життя і здоров'я людини. Пропозиція була реалізована в КК Російської Федерації 1996 р., де Особлива частина починається Розділом «Злочини проти особи» з першою главою під назвою «Злочини проти життя і здоров'я».

Розробники КК незалежної України зайняли більш виважену позицію: Особлива частина починається Розділом I «Злочини проти основ національної безпеки України». Це не означає, що в Україні недооцінюють життя і здоров'я людини. Той, хто в цьому сумнівається, може проаналізувати санкції відповідних статей. Так, за ст. 115 КК умисне вбивство карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі в той час, як ст. 109, що відкриває розділ I Особливої частини КК, за дії, направлені на насильницьку зміну або повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади, передбачає максимальне покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років.

Людина, її право на життя та існування, її законні інтереси – це центр, що несе вісь системи правового регулювання. Але законодавець підійшов до вирішення питання прагматично: для того, щоб держава могла захистити громадян від посягань на їх життя і здоров'я, необхідно передусім захистити від злочинних посягань життєздатність самої держави і, тим самим, забезпечити дієвість, ефективність охорони всіх прав і свобод його громадян. Що таке, наприклад, державна безпека? Це моє, твоє, його право людини

Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011 – С. 280–283.

<sup>26</sup> Див., наприклад: Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 110.

і громадянина жити в країні, за конституційний порядок і територіальну цілісність, якої ми проголосували. Це саме стосується всіх інших видів національної безпеки. Все настільки тривіально, що не потребує доказів.

До того ж кримінально-правова охорона життя і здоров'я людини не закінчується встановленням відповідальності за вбивство, спричинення тілесних ушкоджень, зараження небезпечними хворобами, ненадання медичної допомоги тощо. До речі, кваліфікація саме цих злочинів найбільш стандартизована, близька за характеристиками в законодавстві багатьох розвинених держав. Але хіба не впливають на життя і здоров'я громадян соціально-економічні умови, у яких вони існують? За наслідками проведених останніми роками досліджень, в Європі сам факт народження в бідній сім'ї багато на що впливає. Наприклад, за британською статистикою, вірогідність того, що особи, які народилися в бідності, не знайдуть роботу, у три рази вища, ніж у тих, хто народився і ріс в сім'ях із середнім і високим достатком. До шкільного віку діти з бідних сімей починають відставати в успішності порівняно з дітьми середнього класу. За статистикою фонду Oxfam, дитина, яка народилася в небагатому районі шотландського Глазго, проживе в середньому до 54 років тоді, як та, яка народилася в заможнішому районі Лензі-норт у тому ж місті доживе до 82 років. За оцінкою Eurobarometr, 53% португальців і від 45 до 50% жителів Іспанії, Греції та Італії сприймають бідність як якусь природжену генність. Ті, хто народжені в бідності, часто не намагаються нічого змінити, оскільки вважають бідність невід'ємною рисою того співтовариства, у якому люди народжуються і живуть<sup>27</sup>.

Безумовно, КК – це не програма підвищення добробуту населення. Але це одна з гарантій того, що така програма повинна розроблятися і реалізовуватися. Запорукою тому є встановлення кримінальної відповідальності за злочини у сфері службової діяльності, за перешкоджання веденню господарської діяльності тим, хто вирішив зайнятися підприємництвом, за порушення законодавства про працю та його оплату – перелік нескінченний. Особливо відзначимо наявність в КК ст. 183, що встановлює відповідальність за порушення права на здобуття освіти як умови розвитку особи й отримання можливості стати активним учасником, творцем сучасного суспільства.

А якщо прийняти на віру прогнози настання (через недотримання правил природокористування) глобальної екологічної катастрофи, за якої чисельність населення нібито вимушено

скоротиться на добру половину, то можна взагалі не займатися охороною решти прав людини і зосередити весь потенціал кримінального законодавства на вирішенні тільки цієї проблеми. Чи зараз, після відносного затишшя, коли знову ускладнилася міжнародна обстановка, відродилася загроза третьої світової війни – що, рухатимемо розділи Особливої частини кримінального права, як Чапаєв картоплину на карті під час планування битви? Тут за Маршаком: «...Мамы разные нужны, мамы всякие важны». І не потрібно уподібнюватися жабі, у якої температура змінюється залежно від температури навколишнього середовища.

У чинній редакції Особлива частина КК складається з 20 розділів, які розташовані в порядку, висвітленому вище. Можна, звичайно, пропонувати інші рішення. Меж досконалості немає, навіть основоположні закони всесвіту, фізики, хімії піддаються уточненню, а то й перегляду (за всієї шанобливої поваги до Аристотеля-фізика його механіка не вивчається фізиками сьогодні в жодному вигляді). Суспільство ж рухоме через свою природу та, як стверджував Гете, у ньому суще не ділиться на розум без залишку. Пригадаємо, скільки діянь впродовж історії розвитку людства визнавалися злочинами з найсуворішою відповідальністю, а згодом сходили у правове небуття.

Ще на пам'яті живого покоління той час, коли, наприклад, нецензурна лайка в присутності неповнолітніх і жінок кваліфікувалася як хуліганство, винні у цьому каралися позбавленням волі. А тепер «Великий загин» боцмана в двісті специфічних виразів, знанням яких гордився Петро І, без пропусків тиражується в книгах, звучить з екранів телевізорів і навіть у свята святих культури – на сцені театру. Знайшлися «фахівці», які намагаються дати цьому наукове пояснення: мат нібито знімає стрес і психічну напругу (звідси спостереження: на слизькому ганку кількість культурних людей різко зменшується). Залишилося за цим принципом узаконити мордобій, взаємні образи, адже вони «знімають напругу» куди ефективніше. А там і до всього іншого дійде черга.

Природно, за всієї історичної спадкоємності кримінального законодавства відбувається періодичний «відсів» низки норм, трансформація змісту деяких інших. Проте аналізуючи й динаміку змін, що відбувалися, і кістяк чинних норм, що зберігся, вивчаючи наукові публікації, особливо сучасні, важко, а якщо чесно – іноді неможливо отримати уявлення про об'єктивні критерії віднесення діянь до злочинів. Чому вважається злочином терористичний акт зрозуміло, але беззастережна кваліфікація як злочину, наприклад, недотримання правил техніки безпеки, яке стало повсякденною нормою (порушують їх усі щоденно

<sup>27</sup> Кокшаров А., Сумленный С. Новая европейская бедность // Эксперт. – 2010. – № 49. – С. 20-22.



і щогодини, а в результаті справді випадково на-стала смерть людини), нерідко викликає сумнів. Важко знайти пояснення, чому вважається злочином здійснення деяких видів господарської діяльності без ліцензії, якщо перелік ліцензованих видів діяльності постійно змінюється. Чи таким уже страшним є здійснення господарської діяльності без реєстрації, якщо порушник виконує решту обов'язків перед державою, а зареєстровані суб'єкти господарювання ухиляються від оподаткування, відрахувань до соціальних фондів, не беруть участі в реалізації соціальних програм тощо?

За гранітом кримінально-правових норм – насправді крихкість створеного ідеального кришталевого світу. До того ж, окремі норми вже дуже нагадують костюм, куплений через Інтернет, без примірки. У результаті КК з року в рік як різдвяного гусака починають доповненнями і змінами. Процес далекий від завершення.

Не дивно, що чинний КК зазнає критики. Питання про його вдосконалення (аж до повної його заміни) ставився з першого дня прийняття КК. «Для того, щоб зрозуміти гостроту проблеми, – пише В.М. Трубников, – слід звернутися до часу розробки законопроекту та його прийняття. Група вчених, якій була доручена підготовка законопроекту, войовничо відкидала всі інші погляди, думки, позиції, формулювала свої висновки, ґрунтуючись на старих стереотипах. Такі релікти старого радянського періоду, як спекуляція і комерційне посередництво, існували до останньої хвилини. «Олії у вогонь» підлила Верховна Рада України. Багато фракцій почали вдаватися до шантажу: не приймете наші пропозиції, будемо голосувати проти. І в підсумку прийняли те, що прийняли... Фактично багато в чому новий Кодекс повторив старий, лише відрізнявся жорсткістю санкцій»<sup>28</sup>.

Неважно помітити, що суперечка точиться з приводу того, які норми слід виключити з Особливої частини КК, а які до неї додати. Ситуація вже дуже нагадує оголошення в одному з готелів м. Токіо: «Будь ласка, тут заборонено красти рушники. Якщо Ви не та людина, яка може це зробити, не читайте це оголошення». І багато законів приймаються, виходячи з припущення, можуть вкрасти рушник, чи ні.

У «Словнику» Даля є напівзабутий термін – «невігластво». Означає він – неуцтво, безграмотність. Здавалося б, до практики розроблення й ухвалення законів він застосовуватись не може – стільки фахівців з високими званнями беруть

в цьому участь, що всіх не перелічити. Дійсно, це так. Але соціальне життя ускладнюється такими темпами, що далеко не всі фахівці встигають їх відстежувати. І найголовніше: змінюються, удосконалюються наукові методи аналізу того, що відбувається, і прогнозування майбутнього, а під час розроблення проектів законів з року в рік продовжують застосовуватися методи з минулого століття.

Як це не парадоксально, якість нашого законодавства зумовлюється не тільки і не стільки науковим змістом розроблюваних законопроектів, скільки усталеною технологією їх ухвалення. Наука вже давно узагальнила світовий реформаторський досвід і сформулювала вимоги до успішних реформ. Найбільш важлива серед них – наявність не декларативної національної ідеї, а концепції, що дає пояснення та обґрунтування моделі реформи, стратегії, що показує можливість її втілення в майбутньому, і програми, що виконує функцію своєрідної партитури для менеджерського виконання реформи. Відсутність хоча б одного з цих документів створює цілком реальні труднощі для реалізації останньої<sup>29</sup>.

Не хочемо образити колег, на чії плечі ліг тягар розроблення основної частини проектів ухвалених законів. Але давайте відверто визнаємо, що джерела правотворчості можна звести до трьох складових:

1) історичний прецедент (починаючи зі старовини, згадуються «Права, за якими судиться малоросійський народ», і закінчуючи законодавством СРСР, зарубіжним досвідом);

2) зобов'язання, що випливають із ратифікованих міжнародних договорів, (прикладом може слугувати ст. 209 КК, яка передбачає відповідальність за легалізацію доходів, одержаних злочинним шляхом);

3) у переважній більшості (особливо в частині проектів, внесених на розгляд парламенту безпосередньо депутатами) – оперативна реакція на факт.

Образно кажучи, все це адресовано сьогоденню з урахуванням далекого і не дуже далекого минулого. Очікувані результати ухвалення того чи іншого нормативного акта зовсім нерідко можна зіставити з прогнозами Глоби.

Загальновідомо, що в більшості європейських країн немає такого суб'єкта законодавчої ініціативи, як член парламенту. 90% законопроектів вноситься урядами. А у нас майже 91% запропонували народні депутати<sup>30</sup>. На жаль, деякі з них «страшно далекі від народу» і від нашої дійсності.

<sup>28</sup> Трубников В.М. Деякі концептуальні напрями вдосконалення кримінального і кримінально-виконавчого права України // Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія: ПРАВО. – 2009. – № 6. – С. 12.

<sup>29</sup> Сурмин Ю. Рифы под килем реформ // Еженедельник «2000». – 2009. – № 32. – С. 5.

<sup>30</sup> Голос України. – 28 серпня 2010 р. – № 159. – С. 2.

За основу беруться європейські або американські правові документи, які автоматично переносяться на наш ґрунт без урахування реалій та особливостей країни.

У результаті закони приймаються, але не діють. Ми 20 років живемо в стані перманентних реформ – у такому собі перебудованому «передкапіталістичному постсоціалізмі». Традиційно перетворюємо практичні інтереси на символ віри, з приводу якого навіть не дискутують. Це вже перетворилося на якийсь соціально-економічний казус. Не можна весь час і все підряд реформувати – треба іноді зупинитися й подумати. Свого часу наш нобелівський лауреат П.А. Капіца згадав свою розмову з великим Резерфордом, в лабораторії якого він стажувався. Якось пізно ввечері він застав П.А. Капіцу в лабораторії і запитав із здивуванням, що ж він тут робить. На горду відповідь П.А. Капіци: «Працюю!» – прозвучало блискавичне: «А коли ж Ви думаєте?» Очевидно, останнього нам і не вистачає.

Загальну оцінку причин незадовільного стану законотворчості у сфері боротьби зі злочинністю дав М.І. Мельник: «По-перше, за час незалежності в Україні не сформовано чіткої й науково обґрунтованої стратегії забезпечення правопорядку та протидії злочинності. По-друге, не існує, хоча б приблизного, плану законодавчої діяльності в цій сфері. По-третє, пропозиції з удосконалення кримінального закону ініціюються з різних центрів, вони є неузгодженими, а нерідко – і протилежними за змістом. Певною мірою це стосується і самого парламенту, у комітетах якого часом розглядаються різні законодавчі пропозиції щодо зміни кримінального закону з одного й того ж питання. По-четверте, абсолютна більшість такого роду законодавчих ініціатив спрямована на розширення сфери дії кримінального закону та посилення кримінальної відповідальності»<sup>31</sup>. Обґрунтовано вказується на хаотичний характер внесення змін і доповнень до чинного кримінального законодавства, які не завжди відповідають традиційним засобам законотворчої техніки. У результаті КК набуває рис розбалансованості. Римляни з цього приводу говорили: *ubi jus incertum ibi nullum* – коли закон не визначений, закону немає»<sup>32</sup>.

Соціально-правові та економічні проблеми вже давно вирішуються (повинні вирішуватися) колективними зусиллями представників цілого комплексу наук. Сьогодні математиками створе-

но безліч складних комп'ютерних імітаційних моделей – найпотужніший інструмент для системного аналізу і синтезу. Він використовується як для розрахунку траєкторії польоту космічного апарату на Марс, так і для розроблення довгострокових прогнозів і планів соціально-економічного розвитку. Чи треба пояснювати, які перспективи має створення і застосування комп'ютерних імітаційних моделей прогнозу потенційних напрямів криміналізації суспільства й оцінки ефективності заходів з її попередження та нейтралізації. Чи треба нагадувати, що навіть медики під гаслами гуманізації відмовляються від експериментів над кроликами, морськими свинками, іншою живністю і переходять на масштабне комп'ютерне моделювання. Тільки в юриспруденції, у законотворчості продовжують експериментувати на людях. Комп'ютерне моделювання дозволяє здійснити переворот у законотворчості.

З використанням імітаційного моделювання можна врахувати та оцінити чинники й умови вирішення різноманітних складних задач. А ми зараз навіть прості завдання, наприклад, яка повинна бути стимулююча сума штрафу для правопорушників з різним рівнем доходів, вирішуємо на пальцях. Про можливість використання сучасних наукових технологій не замислюємося.

*Вам, нинішнім студентам – майбутнім практикам і ученим, вирішувати задачу вдосконалення кримінального та іншого законодавства, приводити його у відповідність з швидкоплинним життям.*

Під час побудови системи норм Особливої частини КК широко використовується поєднання загальних і спеціальних норм. Їх взаємозв'язок не завжди однолінійний, вони можуть знаходитися не в одному, а в різних розділах Особливої частини КК. Проте у всіх випадках повинен витримуватися один і той же принцип: спеціальна норма приймається законодавцем, коли за ступенем суспільної небезпеки діяння оцінюється як більш або менш тяжке, ніж те, відповідальність за яке встановлена основною нормою. На жаль, чинний КК містить низку статей, які не вкладаються в зазначену логічну побудову. Найбільш типова причина – неузгодження оцінки суспільної небезпеки діянь і, відповідно, санкцій статей в межах одного розділу КК, зі схожими складами злочинів в інших розділах, не говорячи вже про неузгодженість їх з нормою, загальною для всіх них.

Проілюструємо думку прикладом. Ст. 119 КК передбачає максимальну санкцію за вбивство, вчинене з необережності, – позбавлення волі від трьох до п'яти років. Убивство з необережності двох або більше осіб карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років. Це – загальна норма за вбивство, вчинене з необережності. До

<sup>31</sup> Швець В.Д., Грицак В.М., Василюк Я.І., Гацелюк В.О. Законодавча реалізація кримінально-правової політики: аналіз законопроектної діяльності Верховної Ради України V скликання з питань кримінального права / Вступне слово проф. Мельника М.І. – К.: Атіка, 2008. – С. 7 – 8.

<sup>32</sup> Раніше вчили латинь – історія вчила. Тепер вчать англійську – сучасність мало спирається на досвід минулого.

спеціальних норм можна віднести, зокрема, статті 271–275 КК. Сама назва Розділу X – «Злочини проти безпеки виробництва» – говорить про підвищену небезпеку загрози життю людини порівняно, скажімо, з домашнім побутом. Проте ч. 2 ст. 271 КК у разі загибелі людей передбачає максимальне покарання на строк до семи років без обмеження нижньої межі санкції.

Алогізми продовжуються. У ч. 1 ст. 271 і ч. 1 ст. 272 КК, судячи з ідентичності санкцій, оцінка суспільної небезпеки самих злочинів рівнозначна. Проте у разі загибелі людей або настання інших тяжких наслідків ч. 2 ст. 271 передбачає як максимальну міру покарання позбавлення волі на строк до семи років, а ч. 2 ст. 272 – до восьми років. Нижня межа санкції знову ж не встановлена. Не піддається поясненню, з якої причини ст. 275 КК, що встановлює відповідальність за порушення правил безпечного використання промислової продукції, або безпечної експлуатації будівель і споруд, віднесена законодавцем до спеціальних норм з покаранням менш суворим, ніж те, що передбачено в ст. 119 КК.

Зрозуміло, чому в ч. 1 ст. 274 КК встановлені суворіші санкції за порушення правил ядерної або радіаційної безпеки, ніж в ст. 273 КК за порушення правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах. Але чому існують різні санкції у випадку загибелі людей у всіх статтях розділу X Особливої частини КК? Що, ціна життя людини залежить від місця його роботи? Чи не є це відкритою дискримінацією людини? Диференціація відповідальності можлива залежно від способу спричинення смерті, якщо такі відмінності істотні. У розглядуваному випадку першочергову роль відіграє оцінка небезпеки порушення умов конкретної виробничої діяльності. Критерієм оцінки потенційної небезпеки є не стільки загибель людей (у Чорнобилі, наприклад, більшість загинула не в результаті аварії, а під час її ліквідації), скільки ступінь *самої вірогідності їх загибелі у разі порушення встановлених правил*. Тому диференціація санкцій частин перших вищезгаданих статей КК об'єктивна, а диференціація їх в частинах других, зонайменше, – аморальна.

Вимагає обговорення такої різничий дисонанс в санкціях частин першої і другої вказаних статей КК. Виходить, що основний акцент робиться не на відповідальності за порушення правил, а на тому, що не повезло (завжди доля милувала, а один раз не поталанило).

Зазначимо також, що ст. 414 КК з розділу, присвяченого військовим злочинам, яка передбачає відповідальність за порушення правил поводження зі зброєю, боєприпасами, *вибуховими та іншими речовинами і предметами, що пред-*

*ставляють підвищену небезпеку для тих, хто оточують, а також з радіоактивними матеріалами* (порівняйте ст.ст. 273, 274 КК), диференціює покарання у випадку спричинення смерті одному потерпілому (позбавлення волі на строк від двох до десяти років) і в разі загибелі декількох осіб (позбавлення волі на строк від трьох до дванадцяти років). Логіка тут могла бути, якби порушник знав, що в одному випадку своїми протиправними діями він створює загрозу життю тільки одній людині, а в іншому, виходячи з конкретних обставин, – багатьом. Проте правозастосовна практика не знає подібних прикладів, кваліфікація здійснюється за фактом, що відбувся.

До теперішнього часу немає завершеної теорії віддзеркалення оцінки суспільної небезпеки злочинного діяння в диспозиції і санкції кримінального закону. Кримінальне право чекає свого Менделєєва, вимагає розроблення аналога його Періодичної таблиці елементів, де «атомна вага» – оцінка суспільної небезпеки діяння – слугувала б чітким критерієм побудови системи кримінальної відповідальності.

Навіть однорідні злочини в реальному житті можуть мати безліч відмінностей в оцінці поведінки злочинця. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 115 КК вбивство, тобто умисне протиправне спричинення смерті іншій людині, карається позбавленням волі на строк від семи до п'ятнадцяти років. Ч. 2 ст. 115 передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі (в окремих випадках – з конфіскацією майна) за умисне вбивство: двох або більше осіб, малолітньої дитини або жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності; заручника або викраденої людини; вчинене з особливою жорстокістю; вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб; з корисливих мотивів; з хуліганських мотивів; особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку; з метою приховати інший злочин або полегшити його вчинення; поєднане із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом; вчинене на замовлення; вчинене за попередньою змовою групою осіб; вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство, за винятком вбивства, передбаченого статтями 116–118 цього Кодексу; з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості.

Разом із цим встановлена відповідальність за: умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання; умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини; умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у



випадку перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця; вбивство через необережність; доведення до самогубства. Але навіть убивство з обтяжуючими обставинами карається позбавленням волі від десяти років до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі: законодавець враховує, що через різні мотиви, приводи, причини, умови вчинення злочину оцінка скоєного може і повинна диференціюватися.

Використовуючи наявні градації, є підстави стверджувати, що суспільна небезпека діяння у всій його різноманітності в оцінці законодавця визначається певним відношенням – відстанню від мінімальної санкції до максимальної. Чим більше обставин, що пом'якшують і тих, що обтяжують відповідальність, які враховуються, тим більшою є ця відстань. Слід також врахувати, що максимальна оцінка суспільної небезпеки злочину не в усіх випадках визначається тільки максимальною величиною санкції у виді позбавлення волі. Зрозуміло, що діяння, за яке передбачено покарання у виді позбавлення волі від трьох до п'яти років, повинно розцінюватися як більш тяжке, ніж те, яке карається позбавленням волі до п'яти років. У деяких статтях максимальна міра покарання супроводжується обов'язковою конфіскацією майна.

За логікою, конструюючи систему норм, що передбачають кримінальну відповідальність за конкретні злочини, законодавець повинен в кожній статті і в кожній частині статті розташовувати санкції від більшої до меншої або, навпаки, від меншої до більшої, але в чіткій послідовності. Природно, якщо стаття КК передбачає відповідальність за вчинення простого і кваліфікованого злочину, санкції повинні зростати. На жаль, зазначеного принципу законодавець нерідко не дотримується.

Підтверджуючи сказане, зіставимо шкалу відповідальності за ч. 1 і ч. 2 ст. 185 КК, яка передбачає відповідальність за крадіжку.

Таємне викрадання чужого майна (крадіжка) за ч. 1 ст. 185 КК карається: штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів податків громадян = від 4,16 до 8,32 місяця позбавлення волі; громадськими роботами на строк від вісімдесяти до двохсот сорока годин = від 5 до 15 днів позбавлення волі; виправними роботами на строк до двох років = до 8 місяців позбавлення волі; арештом до шести місяців = шести місяцям позбавлення волі; позбавленням волі до трьох років. За ч. 2. ст. 185 крадіжка, вчинена повторно або за попередньою змовою групою осіб, карається: арештом від трьох до шести місяців = позбавленням волі від трьох до шести місяців; обмеженням волі на строк до п'яти років = позбавленням волі на 2,5 роки; позбавленням

волі на строк до п'яти років.

Як бачимо, за винятком громадських робіт, мінімальна міра покарання в ч. 2 ст. 185 КК нижча, ніж в частині першій, що явно алогічно.

Оцінка суспільної небезпеки діяння в цілях його криміналізації або декриміналізації – це terra incognita як вітчизняної, так і зарубіжної кримінально-правової науки.

Проблему не змогли вирішити навіть на філософському рівні. Відомий дореволюційний філософ В.С. Соловйов, аналізуючи історію кримінального права, писав, що в деяких законодавствах народів напівдиких або за часів варварства за каліцтво винний піддавався такому ж каліцтву, за зухвалі розмови відрізали язик, смерть каралася смертю тощо. Наступний етап – перехід від кровної помсти до грошового відшкодування заподіяної шкоди. В.С. Соловйов пояснює цей крок слабкістю заново сформованої влади.

Але таке елементарне протиріччя між публічним і приватним правом не може бути стійким. Грошовий штраф за будь-яку образу приватної особи не задовольняє сторону (наприклад, сім'ю убитого), що потерпіла, і не утримує кривдника, особливо якщо він багатий, від подальших лиходійств. За таких умов кривава помста за приватні образи, скасована державою, як осоружна її суті, поновлюється фактично і загрожує відняти в державного ладу саму причину його існування: коли кожному доводиться самому мстити за свої образи, то за що ж він нестиме тягарі, що накладаються новим політичним побутом? Щоб виправдати свої вимоги від приватних осіб, держава повинна узяти їх інтереси під свій дійсний захист<sup>33</sup>.

У результаті після безлічі спроб і помилок повертаємося в описуваний В.С. Соловйовим стан напівдикості і варварства, запроваджуючи і скасовуючи страту не тільки за вбивство, але й за економічні та інші злочини, зберігаємо систему штрафів, що бере початок в період слабкості державної влади, граємо в лотерею із заходами позбавлення волі, які в цілому з філософських позицій засуджуємо як ті, що суперечать природі людини, «перетворення людини з самостійної і повноправної особи на пасивний матеріал для каральних вправ»<sup>34</sup>. А через нечіткість формулювань диспозицій деяких статей КК вимушено користуємося рецептом капітана Міронової: «Розбери Прохорова з Устіньей, хто має рацію, хто винен. Та обох і покарай».

Десь на горизонті бачиться перспектива,

<sup>33</sup> Соловьев В.С. Сочинения в 2 т. Т.1. / Сост., общ. ред. и вступ. ст. А.Ф. Лосева и А.В. Гульги, Примеч. С.А. Кравца и др. – М.: Изд-во «Мысль», 1990. – С. 385-386.

<sup>34</sup> Там само. – С. 395.

коли асоціальні схильності людини виправлятимуть генетико-біологічними або фармакологічними засобами, подібно до того як нині (щоправда, не в Україні) пригнічують сексуальну активність осіб, засуджених за зґвалтування і педофілію. А поки багато санкцій – це оперативна реакція на факт, що відбувся, якому даємо щогодинну оцінку. У результаті з часом актуальність правопорушення, його суспільна небезпека знизилася, а то і взагалі зникла, а норма продовжує існувати і застосовуватися далеко не з урахуванням об'єктивної справедливості.

Фахівці, напевно, усіх галузей знань стикаються з казусами – незвичайними ситуаціями. Недаремно так багато анекдотів ходить про медиків, педагогів, економістів тощо. До незвичайних ситуацій повинен бути готовий і практикуючий юрист. На жаль, ми дуже часто мислимо стандартними штампами, користуємося звичними аналогіями. Наприклад, усі знають, що таке крадіжка – таємне викрадення майна. Питання питань – хто вкрав? Ведеться розслідування, висувуються всілякі версії, використовуються найсучасніші криміналістські методи, науково-технічні досягнення. А насправді для пізнання дійсності і побудови нових теорій далеко не завжди необхідне використання, скажімо, інструментарію та ідеології квантової й іншої фізики. Досить сповідувати принцип: майбутнє вже тут, треба тільки вміти його розгледіти!

Для ілюстрації тези можна скористатися простенькими прикладами. Декілька десятиліть тому до Луганська на гастролі приїхала відома актриса. Їй надали комфортабельний двокімнатний номер в кращому на ті часи готелі. Після обіду, готуючись до виступу, актриса розклала на туалетному столику, що стояв поблизу відкритого вікна, косметичне приладдя, золоті каблучки, браслети і сережки, прикрашені діамантами, а сама пішла приймати душ. Повернувшись, жінка з жахом не виявила однієї сережки. На ноги підняли всю міліцію, але ситуація виявилася тупиковою. Двері були замкнуті зсередини, в замку знаходився так званий «англійський ключ» і відкрити його в такому положенні без спецтехніки зовні не можна. Номер розташовувався на третьому поверсі, результати огляду вікон номерів, які знаходились вище, виключали можливість спуску кого-небудь через них. З урахуванням конструкції стін повністю виключалася і вірогідність проникнення знизу. До того ж, напроти готелю розміщувався міськвиконком із зовнішнім міліційним постом, та і сама вулиця була людною. Версія оперуповноваженого і слідчого була єдина: мала місце крадіжка. Але оскільки злодій вкрав тільки одну сережку – це фанат, який забрався в номер за відсутності актриси, таємно спостерігав за її спо-

собом життя, як сувенір узяв сережку і покинув номер, коли актриса, виявивши пропажу, кинулася шукати чергову по поверху, не замкнувши двері. Через два роки спиляли дерево, що росло перед фасадом готелю. На нім виявили старе кубло птаха (швидше за все сороки), де лежала нещаслива сережка.

У Рівненській області виявили недостачу в сільському магазині. У ході розслідування магазин закрили на ремонт. Коли розкрили підлогу, виявили крупне щуряче кубло, зроблене з товстого шару грошових купюр різної вартості. Щур виявився естетом, кубло було обрамлене монетами. Тут же знаходилася безліч частин грошових купюр (ймовірно засалених), що служили щурові їжею. Виручка продавцем здавалася один раз в десять днів, а цей час зберігалася в ящику столу, задня стінка якого була нижча бокових, і щур вільно туди проникав. Тільки випадок допоміг уникнути покарання невинного.

У Великобританії в невеликому містечку на думку жителів більше року безкарно діяла зграя злодюжок – пропадали рукавички, жіночі бюстгальтери, інша білизна, дитячі іграшки тощо. За допомогою приладів нічного бачення вдалося з'ясувати, що винуватцем є домашня кішка одного з жителів. За одну ніч їй іноді вдавалося «вкрасти» і заховати в будинку до п'ятнадцяти предметів.

В одному із сільських районів Луганської області жінка була смертельно травмована літом шматком льоду, що відірвався від обшивки літака, що пролітав на великій висоті. Очевидців не було, лід до моменту виявлення трупа розтанув і лише складна експертиза рідини, що дивом збереглася в проламаному черепі, дозволила прояснити, що відбулося.

Є хороший життєвий постулат: «Теорія великих чисел чудова, якщо за нею видно маленьких людей». Треба пам'ятати, що кримінальний закон – це загальна формула, яка покликана охоплювати багатогранність асоціальних проявів. Стандартизувати їх до найдрібніших деталей нікому ніколи не вдавалося. Тому застосування закону – це творчий процес, що вимагає не тільки знань, а й здібності до реалістичних оцінок, наявності загальної і професійної культури, певного життєвого досвіду. Складні, неоднозначні ситуації можуть виникнути при оцінці практично будь-якої категорії злочинів, проте найчастіше – злочинів, вчинених з необережності, де, разом з очевидною безпечністю, діє принцип: «Не знав, але повинен був знати, повинен був передбачати настання наслідків».

Приклад з практики. Двох випускників середньої школи було прийнято робітниками на один з найбільших в Україні машинобудівний завод.

Під час вступу вони пройшли інструктаж з техніки безпеки. У кінці першого робочого дня спробували очистити одяг від пилу, використовуючи для цього шланг, що подає стисле повітря. Вирішивши пожартувати, хлопець приставив наконечник шланга через одяг до заднепрхідного отвору свого друга. У результаті наступила миттєва смерть – стисле повітря зруйнувало всі нутроці очеревини. Винного суд засудив до позбавлення волі на три роки.

Завершуючи розслідування, слідчий, виконуючи розпорядження ст. 23 КПК України про усунення причин і умов скоєння злочину, направив дирекції заводу подання з вимогою з'ясувати, чому під час проходження інструктажу з техніки безпеки робітники не попереджаються про небезпеку подібного роду поведінки зі стислим повітрям. Відповідь була однозначною: «Подібний випадок відбувся вперше, ніхто не передбачав таку поведінку й можливість таких наслідків». І лише тоді, нарешті, задумалися: досвідчені виробничники з багаторічним стажем роботи і багатим життєвим досвідом не могли передбачити несподіваний результат, а хлопець, який тільки починає доросле життя, відповідно до закону повинен був його передбачити. До честі прокурора, після отримання відповіді керівництва заводу на подання слідчого, був винесений протест на вирок і суд вищої інстанції змінив міру покарання на умовну. Якщо бути реалістом, у цьому випадку є всі підстави говорити взагалі про відсутність складу злочину через відсутність вини.

Хотілося, щоб наведений випадок усім, хто після закінчення вузу встане на дорогу правозастосовної практики, був нагадуванням про те, що закон – це не молот, а щось близьке до скальпеля в руках хірурга.

Немає сумнівів, в сучасній парадигмі основним напрямом в організації правопорядку в країні залишається попередження злочинності. На сьогоднішньому етапі – це боротьба з бідністю, безробіттям; подолання труднощів у досягненні людиною соціального статусу, відповідного рівню його розвитку, і ряд інших відомих заходів. Проте не менш важливе завдання – кардинальна переоцінка ролі каральних заходів, перш за все заходів кримінальної відповідальності у формуванні правопорядку. З. Макрістал, головком військ США і НАТО в Афганістані висловив мудру думку: «Треба випустити з рук молоток, оскільки людині з молотком все здається цвяхом».

Сказано це стосовно політики американців та їх союзників в Афганістані. Але образ певною мірою універсальний. Коли є норма в КК, завжди знайдеться підстава для її застосування. Мислення юристів у цій частині особливо відстає: якщо закон розцінює діяння як злочин, значить воно суспільно небезпечно.

Процес продовжується. Історії з уколом пара-

солькою, отруєнням талієм, діоксином завершилися, якщо не вироком суду, то хоч би фіксацією самого факту злочину. А скільки аналогічних злочинів через відсутність відповідних засобів і методів досліджень залишилися не відміченими. Навіть отруєння кандидата в президенти України В.А. Ющенка отримало кримінально-правову оцінку не відразу. Коли його доставили спецрейсом до Відня в клініку «Рудольфінерхаус», там був спочатку поставлений діагноз «гострий панкреатит з ускладненнями, викликаними отруєнням токсинами». Їх природа могла бути й природною. В Австрії, не дивлячись на високий рівень медицини в цій європейській країні, немає лабораторного устаткування, на якому можна було б проводити дослідження крові або якихось інших матеріалів на наявність діоксинової. І лише після отримання результатів аналізів крові з двох зарубіжних лабораторій – Нідерландів і Німеччини – був поставлений остаточний діагноз: отруєння діоксином. Всього було проведено близько п'яти тисяч (!) досліджень<sup>35</sup>. Але чи у всіх випадках справа отримує такий суспільний резонанс, і чи кожна людину з ознаками отруєння доставляють спецрейсом у віденську клініку? На цьому й будеться намір злочинців.

Підкреслимо, йдеться не про труднощі викрикування окремого особливо витонченого злочинця, а про типову, стандартну ситуацію. У теорії кримінального права, кримінології і криміналістиці панує спрощений підхід до визначення поняття злочину. Так, в правозастосовній діяльності не може вважатися злочином діяння, якщо воно як таке не отримало оцінку у відповідній статті КК. Але перш, ніж потрапити до КК, це діяння повинно бути виявлене в повсякденній дійсності. А злочинець – в майбутній оцінці законодавця – часто будує план з розрахунку на те, що його діяння не буде виявлено саме через відсутність у суспільства відповідного інструментарію і тому залишиться безкарним.

Пригадаємо історію фальшування грошей. Спочатку технічно сам процес виготовлення не забезпечував єдиний хімічний склад і навіть розмір і вагу монет. Природно, цим скористалися фальшивомонетники. Археологи знаходять цілі кладки підробок. Був потрібен час, щоб з'явилися відповідні методи визначення істинності монет, і лише тоді постало питання про криміналізацію діяння і покарання винних у фальшуванні грошей.

Не потрібно думати, що все це залишилося в далекому минулому. Порівняно недавню аналогічну історію мають фінансові злочини, перелік

<sup>35</sup> Суржик А. Профессор Николай Карпан: «В Вене – с мыслями об Украине» // Зеркало недели. – 2010. – № 49 (829). – С. 11.



яких періодично поповнюється, багато які з них спочатку виглядали настільки «наївно», що не відразу піддавалися оцінці за ступенем суспільної небезпеки.

Простіша ситуація. Суспільна небезпека навіть одного стійкого наміру на здійснення вбивства, терористичного акту сумнівів не викликає. Але сьогодні, грубо кажучи, ми не можемо (поки що) «проникнути» в мозок людини. Суспільна небезпека наявна, є й намір, але за нинішніми уявленнями немає матеріальної діяльності (згідно з французькою доктриною, немає «втручання в об'єктивну дійсність»<sup>36</sup>), а, отже, немає й злочину.

Спроби робляться. Так, співробітники університету Баффало повідомили про створення технології, що дозволяє «обчислювати» потенційних терористів, які готуються до здійснення теракту. Суть технології полягає в наступному: комп'ютерна система аналізує різкість рухів людини, вираз його обличчя, звук голосу і ряд інших параметрів. На підставі цієї інформації вона визначає, чи можливо, що ця людина знаходиться в стані, у якому може зробити терористичну атаку або наперед запланований акт агресії. Автори винаходу виходили з того, що кожна людина індивідуальна й може по-різному реагувати на власні думки та навколишню дійсність. Охоронці часто керуються інтуїцією. Система покликана замінити інтуїцію наукою. Вона може винести свій вердикт після 20-хвилинного інтерв'ю з підозрюваним (людині задаються особливим чином підібрані питання, а система «стежить» – як він на них реагує). Проте творці цієї системи підкреслюють, що вона не гарантує стовідсоткового результату<sup>37</sup>.

У США знайшли рішення: отримавши інформацію про наявність в одного з громадян наміру вчинити теракт, оперативні співробітники допомогли йому матеріалізувати намір – придбати «вибуховий пристрій». На цьому не зупинилися. Тільки коли терорист в намічений об'єкт заклав муляж і «привів його в дію», він був арештований<sup>38</sup>.

Вітчизняні правознавці сприйняли такий підхід неоднозначно. Ст. 370 КК передбачає відповідальність за близьку за спрямованістю дію – провокацію хабара, тобто свідоме створення службовою особою обставин і умов, що зумовляють пропозицію або отримання хабара для того, щоб в подальшому викрити хабародавця або ха-

бароодержувача. Але час йде, на зміну деяким ідеалам і поклонінням приходить реальне життя. І сьогодні вже нікого не дивує публікація в газеті нарікань, що міліції не вистачає оброблених відповідним чином грошових купюр для викриття хабарників.

У традиційному словосполученні «науково-технічний прогрес» його складова «прогрес» вимагає неоднозначного трактування. Якщо під прогресом розуміється розумовий і етичний рух вперед, поліпшення в процесі розвитку, то паралельно, а деколи, випереджаючи, прогресують, виникають нові способи скоєння злочинів, з'являється новий їх вигляд. Більше того, історія знає приклади, коли винаходи і відкриття спочатку робилися в злочинних цілях і тільки тоді, після відповідної трансформації, використовувалися на користь суспільства. Нині сферою такого змагання є інформаційні технології, зокрема інтернет. Злочини, що скоюються в цій сфері, характеризуються унікальною специфікою.

Необхідно відзначити, що взаємозв'язок кримінального права з криміналістикою не завжди однонаправлений. Спрадавна знаходилися люди, які порушували звичаї і правила поведінки. Залежно від оцінки скоєного, вони піддавалися різним видам суспільного осуду. Але якщо покарання – це виникла природним чином міра реагування, то поняття злочину, без перебільшення, – перший результат і перше підтвердження зародження кримінально-правової науки. Первинне поняття злочину за змістом було примітивно простим, укладало оцінку, кажучи сучасною мовою, суспільній небезпеці посягання на конкретний матеріалізований предмет – крадіжка коня, крадіжка зброї, позбавлення ока тощо. Пройшли сторіччя, перш ніж з'явилися перші узагальнення, наприклад, крадіжка не коня, а крадіжка худоби. Черговий етап – відмова від наочної індивідуалізації, поява видових узагальнень – крадіжка, шахрайство. Відповідно відбувалася універсалізація, відхід від деталізації наукових методів, що розробляються, і засобів розслідування злочинів, що не кращим способом відбулося на їх результативності.

В останні сторіччя в кваліфікації злочинів багато в чому відбувається зворотний процес – повернення у варварство: однотипні за своєю суттю злочини все частіше диференціюються, деталізуються, але не за ознаками, що визначають специфіку розслідування, а, наприклад, за суб'єктом вчинення або особою, на яку направлено посягання. Можна, звичайно, за відсутністю інших тем для досліджень, розписувати кримінально-правові характеристики умисного знищення або пошкодження майна (ст. 194 КК), умисного знищення або пошкодження майна судді, народного

<sup>36</sup> Курочкин И.Д. Основания ответственности в современном уголовном праве // Государство и право. – 2010. – № 10. – С. 87.

<sup>37</sup> Поймать террориста. Технорама. / Зеркало недели. – 2007. – № 38 (667). – С. 11.

<sup>38</sup> Терех И. Иорданец, готовившийся взорвать 60-этажный небоскреб, получил 24 года тюрьмы // Факты. – 2010. – № 194 (3208). – С. 3.

засідателя або присяжного (ст. 378 КК), умисного знищення або пошкодження майна захисника або представника особи (ст. 399 КК), умисного знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу (ст. 347 КК), умисного знищення або пошкодження майна посадовця або громадянина, виконуючого громадський обов'язок (ст. 352 КК), але надмірність такої диференціації кримінальної відповідальності очевидна. Неминуча також й однотипність, а практично тотожність, однаковість методики розслідування всіх цих злочинів. Куди важливішим є грубе порушення конституційного принципу рівності громадян перед законом. Аморальна відмінність санкцій за вказані злочини.

Збереження такої тенденції, якщо вчасно її не осмислити, загрожує в найближчому майбутньому створенням паралельного КК. Це не парадокс, а реальність. Інформаційне суспільство, що активно насаджує свої атрибути, продукує все нові і нові способи здійснення традиційних форм злочинів. Специфіка їх розслідування, безумовно, має місце. Проте специфіка розслідування – це не привід, тим більше не підстава для кваліфікації всіх без виключення таких діянь як окремих, самостійних злочинів. Проте в Особливій частині КК з'явився Розділ «Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем і комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку», що в деяких випадках призводить до дублювання, примноження відповідальності за одне й те ж діяння. Тут часто сам спосіб злочину затьмарив кримінально-правову суть посягання. Не дивлячись на оцінку суспільної небезпеки діяння, що збереглася, законодавець став варіювати покарання з урахуванням новизни способу скоєння злочину. В деяких випадках, прагнучи його індивідуалізувати, законодавець втратив орієнтацію і встановив меншу відповідальність, ніж передбачено за вчинення «базисного» злочину. Причому навіть тоді, коли новий спосіб, що використовується злочинцями, уособлює більш серйозні погрози, ніж ті, що існували раніше. І навпаки.

Так, існує та застосовується ст. 231 КК, що передбачає відповідальність за незаконне збирання з метою використання і використання відомостей, які складають комерційну або банківську таємницю. Нині практично вся така інформація обробляється і зберігається на електронних носіях. Тому умисні дії, направлені на отримання відомостей, що складають комерційну або банківську таємницю, в цілях розголошення або використання цих відомостей, за загальним правилом, тотожні несанкціонованому збуту або розповсюдженню інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в електронно-обчислю-

вальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або носіях такої інформації, створеної і захищеної відповідно до чинного законодавства, за що передбачена відповідальність у ст. 361-2 КК. У цьому випадку оцінка окремо взятої відповідальності за ст. 361-2 КК нагадує сценку в зоопарку, де мати попереджає сина: «Вовочка, не чіпай лева! У нього можуть бути блохи». Комп'ютер – це лише варіант канцелярської шафи або, за наявності системи захисту, – сейфа, де зберігається інформація на паперових носіях. Незаконність отримання відомостей, що складають комерційну або банківську таємницю, розрізняється лише за способом, необхідність виділення якого в спеціальний склад злочину вельми сумнівна.

Якщо так піде далі, то потрібно буде диференціювати відповідальність за шпигунство: у наше інформаційне століття отримати відомості, що цікавлять, набагато простіше, зламавши який-небудь сайт, ніж займатися агентурною роботою тощо.

### Рекомендована література

1. Аистова Л.С. Актуальные проблемы построения системы Особенной части УК РФ // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 21-23.

2. Баулин Ю.В. Уголовное право Украины: современное состояние и перспективы развития // Уголовное право в XXI веке. Материалы международной научной конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 31 мая – 1 июня 2001 г. – М.: ЛексЭст, 2002. – С. 30-35.

3. Бойко А.И. Система и структура уголовного права: В 3-х т. Т. II. Системная среда уголовного права. – Ростов-на-Дону: Изд-во ЮФУ, 2007. – 640 с.

4. Борисов В., Пащенко О. До питання про сутність кримінально-правової характеристики злочинів // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 3. – С. 180-190.

5. Борисов В.І. Загальна характеристика Особливої частини нового КК України // Новий Кримінальний кодекс України: Питання застосування і вивчення: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. [Харків.] 25 – 26 жовтня 2001 р. / Редкол.: Сташис В.В. (голов. ред.) та ін. – К. – Х.: –Юрінком Інтер, 2002. – С. 99-104.

6. Борисов В.І. Основні напрямки розвитку Особливої частини законодавства України про кримінальну відповідальність / 10 років чин-

ності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовт. 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов.ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011 – С. 280-283.

7. Брич А.П., Навроцький В.О. Деякі міркування щодо всеосяжного погляду на Особливу частину КК України // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 9. – С. 105-117.

8. Винокуров В.Н. Жизнь и здоровье человека как критерий построения системы Особенной части УК РФ // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 95-97.

9. Гришук В.К. Кодифікація кримінального законодавства України: проблеми історії, методології та теорії: Дис. ... д-ра юрид.наук. – К., 1992. – 438 с.

10. Гуророва Н.А. Уголовное право Украины: Особенная часть: Конспект лекций. – Х.: Одиссей, 2003. – 320 с.

11. Елисеєв С.А. Понятие системы Особенной части уголовного права // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 133-134.

12. Зелінський А.Ф., Куц В.М. Об'єкт злочину і структура Особливої частини Кримінального кодексу // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – 1997. – Вип. 2. – С. 148-155.

13. Зубкова В.И. Поощрительные нормы в уголовном законодательстве России и некоторых зарубежных стран: сравнительный анализ // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 147-150.

14. Кайшев А.В. Система компромиссов и поощрений в уголовном праве России // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 173-174.

15. Кримінальне право України. (Особлива частина): підручник / Кол. авторів А.В. Байлов, О.А. Васильєв, О.О. Житний та ін.; за заг. ред. О.М. Литвинова; наук. ред. серії О.М. Бандурка. – Харків: Вид-во ХНУВС, 2011. – 572 с.

16. Кропачев Н.М. Уголовно-правовое регу-

лирование. Механизм и система. – СПб.: Санкт-Петербургский государственный университет, 1999. – 262 с.

17. Лустова О.С. Классификация видов поощрительных норм о деятельном раскаянии // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 140-142.

18. Матвійчук В.К. Становлення і розвиток системи Особливої частини кримінального законодавства України // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 603-608 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11mvkkzu.pdf>.

19. Навроцький В.О. Кримінальне право України: Особлива частина: Курс лекцій. – К.: «Знання», 2000. – 771 с.

20. Панов М.І., Гуророва Н.О. Методологічні засади дослідження проблем Особливої частини кримінального права // Проблеми боротьби зі злочинністю. – 2009. – Вип. 100. – С. 291-304.

21. Разгильдиев Б.Т. Система уголовного права России: понятие, назначение // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 335-337.

22. Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. / Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 3-7.

23. Станько А. Проблеми систематизації Особливої частини Кримінального кодексу України // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2010. – Спец. вип. № 1. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.univer.km.ua/visnyk/362.pdf>.

24. Стручков Н.А. Объект преступного посягательства и система Особенной части УК // Советское государство и право. – 1987. – № 12. – С. 88-93.

25. Тенчов Э.С. Подсистема Особенной части уголовного права (вопросы теории и практики) // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. М: ИГПАН, – 1994. – С. 75-76.

26. Тростюк З.А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія. – К.: Атіка, 2003. – 144 с.

27. Узбекова Н.Ф. Принцип системности в уголовном праве: единство Общей и Особной части // Системность в уголовном праве.



Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 418-419.

28. Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – 504 с.

29. Хавронюк М.І. Категорії злочинів і санкції Особливої частини КК: наукові дослідження та деякі висновки / За ред. М.І. Мельника. // Кри-

мінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. – К.: А.С.К.-2001. – С. 211-276.

30. Хилюк С.В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання Особливої частини): Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2007. – 306 с.

31. Чубарев В.А. Классификация преступлений по родовому объекту посягательства // Правоведение. – 1989. – № 4. – С. 30-38.

## ГЛАВА 2

### ОСНОВИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ

Процес правозастосування в сфері кримінально-правових відносин є широким за змістом і пов'язаний із розв'язанням різних важливих питань задля реалізації завдань КК. Йдеться про призначення покарання, погашення та зняття судимості, примусові заходи медичного характеру, звільнення від кримінальної відповідальності та інші вже знайомі читачеві випадки застосування положень Загальної частини КК. Найпоширенішою ж формою дії кримінального закону в сфері практичної діяльності органів досудового слідства і суду є кваліфікація злочинів, без якої неможливе ухвалення рішення по будь-якій кримінальній справі. Кваліфікація злочинів становить собою стрижневу частину застосування Особливої частини кримінального закону.

Вивчення основ кваліфікації злочинів, викладених у цій главі, допоможе згадати окремі положення загальної частини кримінального права та додатково простежити її прямий безпосередній зв'язок з частиною особливою, у якій міститься вичерпний перелік злочинів, що підлягають кваліфікації.

#### **2.1. Поняття кваліфікації злочинів. Соціально-правове значення кваліфікації злочинів**

Термін «кваліфікація» не є суто правовим. Це слово виникло з латинської мови, де *qualis* – якість, а *qualificare* – визначати, встановлювати якість. Тобто кваліфікувати – це означає встановити приналежність чого-небудь до якого-небудь класу об'єктів. Якщо розглядати кваліфікацію у загальноправовому сенсі, то слід визначити її як юридичну оцінку тих або інших учинків людини, що здійснюється шляхом співставлення соціальних дій людей з певними нормативними категоріями (правовими орієнтирами). Кваліфікація злочинів – різновид правової кваліфікації.

Нормативне визначення поняття «кваліфікація злочинів» відсутнє, хоча це словосполучення вживається в чинному законодавстві досить часто. Наприклад, ч. 2 ст. 9 КК передбачає, що правові наслідки вироку суду іноземної держави враховуються при кваліфікації нового злочину. А згідно з п. 3 ч. 1 ст. 190 КПК України 2012 р. ухвала про

дозвіл на затримання з метою приводу повинна містити короткий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється, обвинувачується особа, і його правову кваліфікацію за законом України про кримінальну відповідальність.

Як зазначає Н.Ф. Кузнецова, автором першої у вітчизняному кримінальному праві публікації про кваліфікацію злочинів (1947 р.) був А.А. Герцензон, який називав кваліфікацію злочинів установленням відповідності даного конкретного діяння ознакам того або іншого складу злочину, передбаченого кримінальним законом<sup>1</sup>. Із тих пір мало що змінилося у розумінні цього поняття. Досі в кримінально-правовій доктрині кваліфікація злочинів переважно трактується як правова оцінка злочинного діяння із застосуванням до нього тієї кримінально-правової норми, яка містить всі ознаки фактичного складу злочину, або як установлення відповідності (тотожності, ідентифікації) ознак складу вчиненого суспільно небезпечного діяння ознакам складу злочину, передбаченого тією чи іншою кримінально-правовою нормою. Основні наукові розбіжності у розумінні поняття «кваліфікація злочинів» полягають у питанні, що з чим ідентифікується при кваліфікації<sup>2</sup>.

Кваліфікація злочинів розглядається і в динаміці як реалізація кримінального закону, пов'язаного із застосуванням до вчиненого діяння конкретної кримінально-правової норми. Мова йде про багатоступеневий процес зі співставлення окремих фактів та обставин вчиненого з ознаками складу злочину та у разі офіційної діяльності – процесуальне закріплення вибору кримінально-правової норми, яка містить ознаки певного складу злочину, в акті правозастосування (передусім, в обвинувальному вирокі суду).

Отже, про кваліфікацію прийнято говорити у двох значеннях: 1) у сенсі підсумку, результату цієї діяльності, втіленого у висновку про наяв-

<sup>1</sup> Кузнецова Н.Ф. О совершенствовании спецкурса «Основы квалификации преступлений» // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. – 2006. – № 3. – С. 56.

<sup>2</sup> Докладний огляд дискусії з цього приводу наводиться у роботі: Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений»; Науч. ред. и предисл. академика В.Н. Кудрявцева. — М.: Изд. Дом «Городец», 2007. — С. 7-17.

ність або відсутність складу злочину (кримінально-правове явище); 2) у сенсі певного процесу – специфічної оціночно-пізнавальної діяльності, яка складається з низки окремих стадій і відбувається у часовій перспективі (кримінально-процесуальне явище).

Відповідно до цього поділу П.П. Андрушко слушно пропонує розрізняти кваліфікацію злочину в кримінально-правовому та кримінально-процесуальному значеннях. У першому випадку мова йде про закріпленій в обвинувальному вирокі суду<sup>3</sup> висновок про те, що вчинене особою діяння містить ознаки конкретного складу злочину, передбаченого кримінальним законом. У другому – про діяльність службової особи правозастосовного органу з встановлення відповідності ознак вчиненого діяння з ознаками юридичного складу злочину, передбаченого кримінальним законом, яка має бути відображена в процесуальних документах<sup>4</sup>.

У поняття кваліфікації злочинів зазвичай умовно включається і юридична оцінка незлочинних діянь. Хоча треба визнати, що кваліфікація злочинів і кваліфікація діянь, які не є злочинами (малозначних діянь; діянь, вчинених за обставин, що виключають злочинність діяння; діянь осіб, котрі є неосудними, тощо), мають охоплюватися ширшим поняттям – кримінально-правовою кваліфікацією. Адже оцінка вчиненого на основі кримінального закону не обов'язково означає констатацію того, що відбулася кваліфікація злочину.

Кваліфікація злочинів має важливе соціальне та правове значення. Правильна кваліфікація означає застосування саме тієї статті (пункту і частини) або сукупності статей КК, які максимально точно охоплюють фактично вчинений злочин. Вона свідчить про суворе дотримання всіх кримінально-правових приписів. Доречним буде згадати, що за даними фахівців більшість вироків змінюється і скасовується саме через неправильну кваліфікацію злочинів<sup>5</sup>.

Будь-яка неточність у застосуванні кримінального закону зачіпає інтереси особи, суспільства і держави у сфері протидії злочинності. Тому завдяки правильній кваліфікації усувається потенційна небезпека незаконного обмеження конституційних свобод та інтересів людини і громадянина, порушення їхніх прав на справедливе

<sup>3</sup> Названий правник вважає, що кваліфікацію вчиненого особою суспільно-небезпечного діяння як злочину здійснює лише суд у своєму обвинувальному вирокі. Оцінка діяння, яка дається іншими особами, на його думку, не є кваліфікацією злочину в буквальному розумінні.

<sup>4</sup> Андрушко П.П. Кваліфікація злочинів: поняття та види // Вісник прокуратури. – 2003. – № 12. – С. 48-55.

<sup>5</sup> Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів: Навчальний посібник. – 3-є вид., доп. та перероб. – К.: Атіка, 2007. – С. 3.

судочинство, таким чином, досягається віра в те, що особи, які посягають на інтереси суспільства та окремих громадян, отримують покарання за законом<sup>6</sup>.

Отже, значення кваліфікації полягає у такому:

1) у загальносоціальному сенсі:

- правильна кваліфікація пов'язана зі зміцненням законності та правопорядку, забезпеченням прав і інтересів особи, відновленням соціальної справедливості (про законність у державі судять по тому, наскільки точно і неупереджено кваліфікуються суспільно небезпечні діяння);

- займає гідне місце у процесі формуванні правової держави;

- є результатом реалізації кримінальної політики держави;

2) у кримінально-правовому аспекті:

- правильна кваліфікація – гарантія дотримання законного режиму здійснення правосуддя;

- виражає юридичну природу діяння;

- забезпечує правильне застосування норм кримінального закону;

- є умовою правильного застосування норм кримінально-процесуального та кримінально-виконавчого законодавства;

- є основою для призначення законного та справедливого покарання;

- дозволяє правильно відобразити стан боротьби зі злочинністю у статистичних даних, установити тенденції злочинності як соціального явища, визначити ефективні шляхи запобігання вчинення злочинів.

## 2.2. Види кваліфікації злочинів

Визначення видів кваліфікації злочинів здійснюється за різноманітнішими критеріями, які покладаються в основу її розмежування. Далі пропонуються види кваліфікації злочинів, які є найбільш розповсюдженими в правовій доктрині.

1. За суб'єктом здійснення:

1.1. Офіційна (легальна) кваліфікація – це кримінально-правова кваліфікація злочину, яка здійснюється за конкретною кримінальною справою, суб'єктами – спеціально уповноваженими на це державою: органами дізнання та досудового слідства, прокурорами, суддями. За С.Д. Шапченком, йдеться про юридично значущу дію перелічених суб'єктів, об'єктивізований результат якої тягне (може потягти) певні правові наслідки. Зокрема, після набрання обвинувальним вирокі суду законної сили поведінка (діяння) особи

<sup>6</sup> Кузнецов В.В., Савченко А.В. Теорія кваліфікації злочинів: Підручник / За заг. ред. професорів Є.М. Моїсеєва та О.М. Джужи, наук. ред. к.ю.н., доц. І.А. Вартилицька. – 2-е вид., перероб. – К.: КНТ, 2007. – С. 36.

офіційно від імені держави визнається злочином, а сама особа – злочинцем<sup>7</sup>.

Така кваліфікація обов'язково має закріплюватися в офіційних документах. Документом, у якому фіксуються результати первинної офіційної кваліфікації є Єдиний реєстр досудових розслідувань. У подальшому під час руху кримінальної справи з отриманням повних відомостей про подію злочину попередня кваліфікація може змінюватися і уточнюватися (іноді, навіть неодноразово). Іронічно висловився свого часу В.Т. Маляренко: «Вимагати від дізнавача, слідчого, прокурора чи судді абсолютно істинної кваліфікації діяння на момент порушення кримінальної справи (тобто коли ще не проведено слідчих дій), яка б співпадала з кваліфікацією діяння у вироку, це означає вимагати від них особливих якостей ясновидців»<sup>8</sup>.

Наприклад, при виявленні факту викрадення чужого майна є підстави констатувати наявність злочину проти власності. Але до тих пір, поки не встановлено особу, яка вчинила викрадення, не з'ясовано суттєвих обставин вчиненого, слідчий не завжди зможе точно сказати, що в дійсності мало місце: крадіжка чи грабіж; вчинено злочин однією особою чи групою осіб; якщо була група осіб, то діяли вони за попередньою змовою чи організованою групою; вони всі були виконавцями злочину чи діяли з розподілом ролей тощо. Тільки слідчі дії можуть дати відповідь на ці запитання, оскільки кваліфікація діяння трансформується саме залежно від результатів слідства.

Остаточна кваліфікація злочинів, зазвичай, міститься в рішенні суду за тією чи іншою кримінальною справою<sup>9</sup>.

1.2. Неофіційна (доктринальна) кваліфікація – це відповідна правова оцінка злочинного діяння, яка дається окремими громадянами, науковцями, студентами, журналістами та ін. У цілому цей

<sup>7</sup> Шапченко С.Д. Кваліфікація злочинів як соціально-правове явище: основні юридичні аспекти // Альманах кримінального права: Збірник статей. Вип. 1 / Відп. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. – К.: Правова єдність, 2009. – С. 420-421.

<sup>8</sup> Маляренко В.Т. Про кваліфікацію діяння при порушенні кримінальної справи // Вісник Верховного Суду України. – 2000. – № 5. – С. 40.

<sup>9</sup> За кримінально-процесуальним законодавством, яке діяло до 2012 р., деякі фахівці, спираючись на рішення про кримінально-правову оцінку вчиненого, виділяли шість етапів кваліфікації, починаючи від порушення кримінальної справи та закінчуючи вироком, який набрав чинності (Див.: Тарарухин С.А. Кваліфікація преступлений в судебной и следственной практике. – К.: Юринком, 1995. – С. 9). На сьогодні згідно з чинним КПК варто говорити про кваліфікацію злочину, яка здійснюється на таких умовних етапах кримінально-процесуальної діяльності: 1) внесення до Єдиного реєстру досудових розслідувань відомостей про вчинене кримінальне правопорушення; 2) повідомлення про підозру; 3) складання обвинувального акту; 4) підготовче провадження; 5) судовий розгляд; 6) апеляційний розгляд справи; 7) касаційний розгляд справи; 8) провадження у ВСУ.

вид кваліфікації може здійснюватися необмеженим колом осіб, однак він відображає лише правові погляди, міркування окремих осіб. Неофіційна кваліфікація не має процесуального оформлення та не тягне юридичних наслідків. Однак не виключено, що в окремих випадках вона може вплинути на процес здійснення офіційної кваліфікації.

#### 2. За стадією здійснення:

2.1. Первинна кваліфікація – здійснювана за первинною інформацією (при усних і письмових повідомленнях, розгляді заяв і скарг, на етапі внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань).

2.2. Попередня кваліфікація – здійснювана під час досудового розслідування (при повідомленні про підозру).

2.3. Остаточна кваліфікація – вчинювана судовими інстанціями при ухваленні рішення за кримінальною справою.

#### 3. Залежно від співставлення моменту вчинення діяння і часу проведення кваліфікації:

3.1. Перспективна кваліфікація – здійснюється правова оцінка діяння, яке ще не вчинене.

3.2. Ретроактивна кваліфікація – здійснюється правова оцінка вже вчиненого діяння.

#### 4. За результатом кваліфікації:

4.1. Позитивна – в її результаті констатується, що діяння містить склад злочину.

4.2. Негативна – в її результаті не встановлюється тотожність між фактичними ознаками вчиненого діяння та ознаками складу злочину.

#### 5. Залежно від точності співставлення фактичних ознак складу злочину з юридичними ознаками складу злочину:

5.1. Правильна – така, при якій ознаки вчиненого злочину повністю співпадають з ознаками складу злочину, передбаченого кримінально-правовою нормою.

5.2. Неправильна – така, при якій ознаки злочину, що мають значення для кваліфікації, не повністю співпадають з ознаками складу злочину, передбаченого кримінально-правовою нормою.

#### 6. За стадією злочину, який кваліфікується:

6.1. Кваліфікація готування до злочину – оцінка підготовки до вчинення злочину, який особі не вдалося почати через обставини, які від неї не залежать.

6.2. Кваліфікація замаху на злочин – оцінка діяння, безпосередньо спрямованого на вчинення злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК, якщо при цьому злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від волі особи.

6.3. Кваліфікація закінченого злочину – оцінка діяння, яке містить усі ознаки складу злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК.



7. Залежно від дії співучасників злочину:

7.1. Кваліфікація діяння виконавця (співвиконавця) – оцінка діяння особи, яка вчинила злочин, передбачений КК.

7.2. Кваліфікація діяння організатора – оцінка діяння особи, котра організувала (керувала) вчинення злочину або виконувала інші дії відповідно до положень ч. 3 ст. 27 КК.

7.3. Кваліфікація діяння підбурювача – оцінка діяння особи, яка схилила до вчинення злочину.

7.4. Кваліфікація діяння пособника – оцінка діяння особи, котра сприяла вчиненню злочину.

Крім цього, можна виділяти кваліфікацію злочинів залежно від інших критеріїв. Однак, як слушно зауважує В.О. Навроцький, перелік підстав поділу кримінально-правової кваліфікації на види і, відповідно, видів такої кваліфікації може бути продовжено до безкінечності. Тому навряд чи є потреба це робити, важливіше зрозуміти складність та багатоаспектність поняття кримінально-правової кваліфікації<sup>10</sup>.

### 2.3. Стадії кваліфікації злочинів

Процес кваліфікації злочинів у своєму розвитку складається з кількох взаємозалежних стадій. Безумовно, в разі очевидності ситуації вибір правової норми відбувається миттєво та у подальшому може не змінюватися. В інших випадках (більш ускладнених) – кваліфікація повинна пройти всі стадії. Відсутність хоча б однієї із них, як правило, свідчить, що процес кваліфікації не відбувався взагалі чи є незавершеним або поверхневим.

Серед фахівців-юристів (А.Д. Гаухман, М.Й. Коржанський, А.В. Корнеєва, В.М. Кудрявцев, Н.Ф. Кузнецова, Б.О. Курінов, В.О. Навроцький, О.І. Рарог та ін.) існує багато підходів до визначення стадій (етапів) кваліфікації злочинів, кожен із яких заслуговує на увагу та являє собою індивідуальний авторський погляд на процес кваліфікації. У цій роботі пропонується найбільш узагальнений варіант у побудові стадій кваліфікації злочинів.

1. *Перша стадія.* Визначення факту порушення норм права. Усе різноманіття людських учинків може розглядатися або як правомірне поведінка, або ж як неправомірне. Завдання правозастосовця вирішити чи було порушення права у ситуації, яка їм розглядається. Слід переходити до наступної стадії, якщо таке порушення встановлено.

<sup>10</sup> Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посіб. – 2-ге вид. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 12.

Як приклад розглянемо таку реальну життєву ситуацію. *Шахтар А. за місцем свого мешкання встановив газову колонку, але зробив це у спальній кімнаті свого неповнолітнього пасинка Б. із суттєвими порушеннями вимог технічної безпеки. Однієї ночі у результаті витоку газу Б. помер. Слідчий, розглянувши фактичні обставини, відмовив у порушенні кримінальної справи, при цьому скориставшись у оцінці вчиненого формулюванням «нещасний випадок», що фігурувало у документах газової служби, яка виїжджала на місце події. Однак прокурор схилився до думки, що у розгляданому інциденті мав місце саме неправомірний вчинок А. та скасував постанову про відмову в порушенні кримінальної справи, порушивши її за фактом убивства Б.*

2. *Друга стадія.* У разі встановлення факту порушення норми права здійснюється визначення конкретного виду правопорушення (дисциплінарне, цивільно-правове, адміністративне або кримінально-правове порушення, тобто злочин). Завдяки цьому стає зрозумілим, до якого ж виду юридичної відповідальності має притягатися винна особа, а також яка галузь законодавства розпочинає свою дію.

Одне і те саме діяння не може оцінюватися як правопорушення, передбачене різними нормативно-правовими актами. Лише в окремих випадках кримінальна відповідальність може поєднуватися із притягненням особи до іншого виду юридичної відповідальності (зокрема, при застосуванні заходів цивільно-правового характеру).

Якщо буде встановлено, що вчинене діяння має підвищений характер суспільної небезпеки і не охоплюється ознаками складів дисциплінарного, адміністративного та цивільно-правового складу правопорушень, розпочинається третя стадія кваліфікації<sup>11</sup>.

3. *Третя стадія.* При визначенні вчиненого діяння як злочину, здійснюється установа групи кримінально-правових норм, які можуть містити близькі за змістом юридичні ознаки (суміжні склади злочинів). Із цієї групи повинна обиратися лише одна (за винятком сукупності злочинів) кримінально-правова норма. Стадія реалізується поетапно, шляхом «приближення» до найбільш чітких і близьких фактичному складу правопорушення ознак юридичного складу злочину.

<sup>11</sup> Окремі питання кваліфікації злочинів, які є суміжними з адміністративними проступками, цивільними правопорушеннями, а також аморальними вчинками, докладно викладені у таких роботах: Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 485-496; Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений»; науч. ред. и предисл. академика В.Н. Кудрявцева. — М.: Изд. Дом «Городец», 2007. — С. 207-279.

Юридичний склад злочину неодмінно має встановлюватися за допомогою чітко визначених фактичних обставин, які мають значення для кваліфікації. Для цього має упорядковуватися всі фактичні обставини з кримінальної справи, а також виокремлюватися із вчиненого діяння юридично значимі і незначущі ознаки, що характеризують об'єкт посягання (родовий, видовий і безпосередній), а так само об'єктивну, суб'єктивну сторони і суб'єкт злочину. Слід пам'ятати, що неправильна кваліфікація дуже часто зумовлена саме невірним встановленням фактичних ознак вчиненого злочину, оперуванням недостовірними фактичними даними. Точність правової оцінки вчиненого залежить від обсягу встановлених фактів (зібраних по справі доказів), необхідних і достатніх для констатації відповідного складу злочину.

Глибинний аналіз фактичних обставин справи і з'ясування змісту правових норм можуть призвести до висновку, що взагалі виключає будь-яку кваліфікацію діяння як злочину. Так, на цій стадії може бути констатовано, що певне діяння вчинене за обставин, які виключають злочинність діяння; наявна добровільна відмова від вчинення злочину; має місце діяння, яке є малозначним і лише формально містить ознаки діяння, передбаченого КК тощо.

4. *Четверта стадія.* Вибір із всієї сукупності норм однієї – конкретної статті (статей), яка визначає склад злочину, що повністю збігається із установленими фактичними обставинами справи. Обрана кримінально-правова норма й підлягає застосуванню, тобто з її допомогою кваліфікується діяння. У разі бланкетності диспозиції такої норми потрібно також встановити інші нормативно-правові акти, на підставі яких визначається злочинність діяння й у яких містяться положення, необхідні для встановлення ознак конкретного злочину<sup>12</sup>.

Вибір певної кримінально-правової норми завжди має бути добре обґрунтованим, що, передусім, передбачає доведення відповідності між кожною ознакою фактичного складу і визначеного юридичного складу злочину.

Інколи як завершальну стадію кваліфікації

злочинів виокремлюють юридичне закріплення результатів кваліфікації, яка є властивою офіційному виду кваліфікації. Закріплення результатів кваліфікації здійснюється у відповідних процесуальних документах органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду з визначенням фактичних обставин вчиненого злочину, а також формули кваліфікації та формулювання обвинувачення.

Виклад фактичного складу злочину передбачає конкретний опис тих обставин справи, які мають значення для кримінально-правової оцінки вчиненого діяння.

Формула кваліфікації є умовним позначенням кваліфікованого злочину відповідно до статті КК, якою встановлено його ознаки. Ця формула має містити:

1. Посилання на частину (за наявності – пункт частини) статті (або статей, якщо йдеться про сукупність злочинів) Особливої частини КК, якою передбачені ознаки юридичного складу злочину. Наприклад, якщо встановлено фактичні обставини вбивства двох або більше осіб, вчиненого з особливою жорстокістю, то формула кваліфікації матиме такий вигляд: п. 1, п. 4 ч. 2 ст. 115 КК.

2. За наявності незакінченого злочину або злочину, вчиненого у співучасті обов'язкове посилання на конкретні частини відповідних статей Загальної частини. Наприклад, якщо встановлено фактичні обставини незакінченого замаху на вчинення крадіжки, поєднаної з проникненням у житло, то формула кваліфікації виглядатиме так: ч. 3 ст. 15, ч. 3 ст. 185 КК.

Формулу кваліфікації щодо кожної винної особи слід записувати окремо.

Формулювання обвинувачення фактично являє собою розшифрування формули кваліфікації, конкретизацію її змісту. Визначаючи обвинувачення, суб'єкт кваліфікації повинен чітко та точно сформулювати ознаки злочину інкримінованого винній особі відповідно до змісту тієї статті (статей), за якими кваліфіковано діяння. Наприклад, своїми діями особа вчинила злочин, передбачений ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 194 КК, тобто закінчений замах на умисне знищення чужого майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах, вчиненого шляхом підпалу. Відтворення тексту кримінального закону має носити дослівний характер, неприпустимо пропускати певні слова чи замінювати їх більш «зручними».

## **2.4. Склад злочину – законодавча модель для кваліфікації злочинів**

Згідно з ч. 1 ст. 2 КК єдиною підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад

<sup>12</sup> Особливості кваліфікації злочинів, передбачених нормами КК із бланкетними диспозиціями, докладно висвітлені українським науковцем Г.З. Яремко (Яре-мко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія / За ред. В.О. Навроцького. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – 432 с.) і російським дослідником М.І. Пікуровим (Пікуров Н.И. Комментарий к судебной практике квалификации преступлений на примере норм с бланкетными диспозициями. – М.: Изд-во Юрайт, 2009. – 488 с.). Про проблеми і перспективи бланкетності у кримінальному праві див. також: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О.Навроцького / МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О.Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О.Дідоренка, 2010. – С. 50-60.

злочину, передбачений кримінальним законом. Із огляду на це законодавче положення підставою кваліфікації злочину є повна відповідність ознак вчиненого суспільно небезпечного діяння ознакам його складу, передбаченого здебільшого Особливою частиною КК. Особа, у діянні якої склад злочину відсутній, не підлягає кримінальній відповідальності.

На думку багатьох учених-юристів склад злочину – це абстракція, його законодавча модель, без якої конкретне діяння неможливо визнати злочином. Тому буде справедливим визначити склад злочину як сукупність об'єктивних і суб'єктивних елементів сконструйованої законодавцем моделі злочину, текстуально вираженої в КК. Ця модель є своєрідним взірцем, на підставі якого правозастосовець виявляє наявність злочину в конкретних вчинках людей. Таким чином, кваліфікація злочину являє собою встановлення тотожності ознак фактично вчиненого суспільно небезпечного діяння ознакам складу злочину, визначеного в законі. Адже з безлічі ознак суспільно небезпечного вчинку юрист обирає й відзначає лише ті, які зазначені в нормі матеріального права як складові певного складу злочину.

Під час кваліфікації відбувається зіставлення, порівняння того або іншого діяння з елементами (ознаками) передбаченої законодавцем моделі злочину, здійснюється так би мовити їх уявне накладення. Оскільки цей процес є частиною розумової діяльності правозастосовця, то для нього великого значення набуває дотримання основних законів формальної логіки: тотожності, протиріччя, виключення третього та достатньої підстави<sup>13</sup>.

У разі збігу фактичних ознак вчиненого з елементами законодавчої моделі злочину робиться висновок про наявність у діянні особи складу злочину та, відповідно, про те, що вчинено певний злочин. Однак, процес співставлення не може мати шаблонний характер, він являє собою, передусім, творчий акт звірення елементів спільності реального вчинку з ідеалізованим змістом, поняттям про нього.

Як правильно підкреслюють А.В. Наумов і А.С. Новіченко, встановлення складу злочину – це складна, кропітка пізнавально-оціночна діяльність, яка включає в себе дослідження ознак злочинного посягання, розкриття їх необхідних зв'язків, визначення їхнього юридичного значення. Вся розумова робота здійснюється в постійному зіставленні досліджуваного матеріалу зі змістом кримінально-правової норми, яка передбачає той або інший склад злочину. Процес виділення з окремого (вчиненого діяння) особливого

(склад злочину) і ототожнення його із загальним (застосовуваною нормою) становить основу кримінально-правової кваліфікації<sup>14</sup>.

Ознаки юридичного складу злочину встановлюються на підставі відповідних норм кримінального закону. Встановлення ознак кожного конкретного складу потребує обов'язкової взаємодії будь-якої норми Особливої частини КК та цілої низки норм його Загальної частини. В нормах Загальної частини кримінального законодавства зосереджена кількість ознак, притаманних всім складам злочинів або яка поширюється на їх значну більшість. Диспозиції норм Особливої частини охоплюють специфічні ознаки конкретних складів злочинів.

Однією з функцій складу злочину традиційно називається зіставляюча. Вона дозволяє юридично визначити характер та ступінь суспільної небезпеки конкретного діяння та особи злочинця. Склад злочину віддзеркалює форму протиправності, що допомагає у відмежуванні злочину від іншого правопорушення. Завдяки різноманітним складам злочинів є можливим розмежовувати суміжні злочини. Оскільки склад конкретного злочину передбачає типові ознаки, однаково притаманні нескінченій кількості подібних реальних злочинних посягань, він також здатен визначити взаємну тотожність злочинів між собою<sup>15</sup>.

Склад злочину характеризується сукупністю чотирьох елементів, якими є об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт і суб'єктивна сторона. При здійсненні кваліфікації злочинів, особливо для перевірки результатів попередньої кваліфікації, доцільно додержуватися саме такого порядку встановлення ознак відповідних елементів (спочатку об'єктивних, а потім суб'єктивних), бо він є органічним із погляду структури складу злочину і до певної міри дозволить уникнути помилок у кримінально-правовій кваліфікації.

Кожен елемент складу злочину характеризується певними ознаками, які традиційно поділяються на основні та факультативні. Будь-який із перелічених елементів із характерними для нього ознаками є для складу злочину обов'язковим. Відсутність хоча б однієї ознаки елементів складу злочину виключає його наявність в цілому. Ось чому знання, точне з'ясування, встановлення наявності, тлумачення всіх ознак складу злочину є необхідною передумовою для здійснення кваліфікації злочину.

Як відомо, у практиці правозастосування найбільші складнощі виникають при кваліфіка-

<sup>14</sup> Наумов А.В., Новіченко А.С. Законы логики при квалификации преступлений. – М.: Юрид. лит., 1978. – С. 67.

<sup>15</sup> Кримінальне право. Загальна частина: Підручник / За ред. А.С. Веніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 265.

<sup>13</sup> Иванов Е.И. Логика: Учебник. – М.: Издательство БЕК, 1998. – С. 260-288.



ції злочинів за ознаками, які мають оціночний та бланкетний характер.

На думку А.В. Наумова, оціночні поняття в кримінально-правових нормах – це ті ознаки складу злочину, які визначаються не законом або іншим нормативним актом, а правосвідомістю особи, котра застосовує відповідну правову норму, виходячи з конкретних обставин справи<sup>16</sup>. У КК міститься безліч оціночних ознак, які характеризують, як об'єктивні, так і суб'єктивні елементи складу злочину. Всі вони мають узагальнений характер законодавчого опису, що дозволяє відбити значну ступінь варіативності оціночних ознак. Як приклад, у п. 4 ч. 2 ст. 115 КК мова йде про вбивство з *особливою жорстокістю*, у ст. 117 КК – про вбивство *відразу після пологів*, у ч. 2 ст. 121 КК – про умисне тяжке тілесне ушкодження, *вчинене способом, що має характер особливо мучення*, у ч. 1 ст. 156 КК – про вчинення *розпусних дій*, у ч. 1 ст. 364 КК – про зловживання владою або службовим становищем з корисливих мотивів чи в *інших особистих інтересах*. Зазвичай конкретизація оціночних ознак диспозицій кримінально-правових норм і описаних у них складів злочинів здійснюється шляхом офіційного (передусім, легального) та неофіційного доктринального тлумачення.

Зміст бланкетних ознак передбачає його конкретизацію за допомогою аналізу відповідних положень інших нормативно-правових актів, що наповнюють його конкретним сенсом. Наприклад, аналізуючи господарські злочини, можна побачити, що диспозиції багатьох статей сформульовані як бланкетні, а тому для з'ясування суті змісту цих ознак необхідне розуміння положень цивільно-правового, господарського законодавства. Для правильної кваліфікації бланкетні ознаки мають оцінюватися не ізольовано, а в системному взаємозв'язку із криміноутворюючими ознаками злочинів, і насамперед із урахуванням характеру їх суспільної небезпеки.

Законодавчі конструкції у КК в частині бланкетності мають кілька різновидів. Найбільш розповсюдженими є вказівки у диспозиціях норм Особливої частини КК на порушення тих або інших правил, наприклад, безпеки дорожнього руху, використання повітряного простору, ядерної або радіаційної безпеки, правил безпеки під час виконання робіт із підвищеною небезпекою тощо. Інший варіант формулювання бланкетності – вказівка в диспозиції на «незаконність» того або іншого діяння.

Наприкінці цього параграфу зазначимо, що

невірне встановлення наявності або відсутності складу злочину неминуче тягне істотні помилки у кваліфікації злочинів. Найголовнішими з них можна визнати такі: невизнання наявності складу злочину в діяннях, у яких він є та визнання наявності складу злочину в діяннях, у яких він відсутній. Найчастіше ці помилки мають законодавчий (прогалини у кримінальному законі, надмірність норм, їх неточність або застарілість) та правозастосовний характер (недоліки у діяльності правоохоронних і судових органів)<sup>17</sup>.

## 2.5. Принципи кваліфікації злочинів

У доктрині кримінального права існує обґрунтована думка про доцільність виділення принципів (загальних правил) кваліфікації злочинів – найбільш загальних положень із обов'язковим урахуванням яких має здійснюватися процес кваліфікації. Йдеться про такі вихідні положення, котрими слід керуватися як при встановленні відповідності між фактичними ознаками вчиненого діяння та ознаками, закріпленими у кримінальному законі, так і шукаючи статті кримінального закону, якими передбачено відповідальність за злочин. Ці положення чітко не регламентовані законодавством, однак можуть впливати зі змісту окремих норм Конституції України, кримінального та кримінально-процесуального законодавства. Знання принципів кваліфікації злочинів є запорукою правильного вибору кримінально-правової норми, якою передбачено вчинене суспільно небезпечне діяння.

Провідний вітчизняний фахівець з проблем кримінально-правової кваліфікації В.О. Навроцький визначає та характеризує такі дев'ять принципів кримінально-правової кваліфікації:

**1. Законність.** Головний принцип, який полягає у такому. Вибір кримінально-правової норми, що підлягає застосуванню, встановлення відповідності між фактичними ознаками діяння і ознаками, передбаченими правовою нормою і процесуальне закріплення прийнятого рішення має здійснюватися відповідно до вимог нормативно-правових актів, актів офіційного тлумачення закону, обов'язкових роз'яснень і вказівок із питань застосування закону, а також науково обґрунтованих принципів кваліфікації. Правильна кваліфікація є законною, а законна – правильною.

<sup>16</sup> Наумов А.В. Применение уголовно-правовых норм: Учебное пособие. – Волгоград: Высш. следств. школа МВД СССР, 1973. – С. 97.

<sup>17</sup> Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений»; науч. ред. и предисл. академика В.Н. Кудрявцева. – М.: Изд. Дом «Городец», 2007. – С. 33-55.



*Приклад.* Дія цього принципу може виявлятися у недопустимості кваліфікації за аналогією, тобто за статтею, яка прямо не передбачає вчинене діяння.

**2. Офіційність** означає її проведення від імені держави, на підставі встановлених останньою норм кримінального матеріального і процесуального права. Держава уповноважує певні органи на застосування кримінального закону, у зв'язку з чим правові наслідки тягне за собою лише така кваліфікація, яка дана органами дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду із закріпленням її у відповідній процесуальній формі.

*Приклад.* Дія цього принципу може знаходити свій прояв у точному визначенні компетенції кожного з органів, які уповноважені на здійснення кваліфікації.

**3. Об'єктивність.** Ключове значення в процесі кваліфікації має мінімізація на неї впливу суб'єктивних чинників (припущень, здогадок, вподобань) шляхом використання об'єктивно встановлених даних, забезпечення незалежності працівників, які здійснюють кваліфікацію вчиненого діяння.

*Приклад.* Дію цього принципу можна побачити у забезпеченні незалежності учасників кримінального процесу, які уповноважені на кримінально-правову оцінку діянь.

**4. Точність.** Виражається в двох аспектах: перший стосується конкретності кримінально-правової оцінки діяння (застосування конкретної кримінально-правової норми – статті, її частини чи пункту частини статті кримінального закону), другий полягає в обов'язковості досягнення такої точності.

*Приклад.* При кваліфікації має здійснюватися вказівка на кримінальний закон, який передбачає діяння, що кваліфікується; посилання на статті Загальної частини КК; посилання на статті Особливої частини КК; посилання на статті (їх відповідні пункти, параграфи тощо) інших нормативно-правових актів, на підставі яких визначається злочинність діяння.

**5. Індивідуальність.** Вона стосується оцінки кожного злочину окремо, самостійно; кримінально-правова оцінка діяння кожної особи стосується лише її самої, тобто кваліфікація носить персональний характер; кваліфікація здійснюється кожним посадовцем одноосібно, навіть, якщо вона виступає від імені чи в складі колегіального органу (як зазначається в ч. 2 ст. 61 Конституції України, юридична відповідальність особи має індивідуальний характер).

*Приклад.* Дія цього принципу проявляється в урахуванні під час кваліфікації індивідуальних ознак, притаманних вчиненому діянню чи особі винного. Навіть співучасники одного й того ж

злочину можуть нести відповідальність за різними статтями кримінального закону.

**6. Повнота,** тобто її закінченість та вичерпність. Означає забезпечення кримінально-правової оцінки всіх діянь, вчинених особою, використання усіх чинних кримінально-правових норм та правил кримінально-правової кваліфікації, досягнення кваліфікацією такого ступеня досконалості, коли вона вже не може бути уточнена, змінена. Неприпустимо зосереджувати увагу на частині вчиненого та ставити у вину порушення лише деяких норм Особливої частини КК, хоча ця частина охоплювала найбільш небезпечні злочини, а решта – менш небезпечні посягання.

*Приклад.* При кваліфікації злочинів належить керуватися усіма структурними елементами кожної норми – її гіпотезою, диспозицією та санкцією.

**7. Вирішення спірних питань на користь особи, діяння якої кваліфікуються.** Недоліки в законодавстві та сумнівні положення не можуть погіршувати становище особи. Тому за неясності, суперечливості закону застосовуються ті його норми, які найбільш сприятливі для особи, діяння якої піддається кримінально-правовій оцінці.

*Приклад.* У цілому ряді конкретних життєвих ситуацій не має можливості дати їм однозначну кваліфікацію. За таких обставин доцільними виглядають варіанти кваліфікації, які є більш сприятливими для винної особи. Так, закінчений злочин, вчинений із неконкретизованим умислом, кваліфікується за статтею кримінального закону, яка передбачає фактично вчинене діяння.

**8. Недопустимість подвійного вмінення.** Означає, що: 1) посягання не може кваліфікуватися за нормою Особливої частини кримінального закону, якщо інша норма з числа вмінених цій же особі повністю охоплює вчинене; 2) діяння, яке отримало правову оцінку як адміністративний проступок, не може одночасно виступати як ознака злочину. Як сказано в ч. 3 ст. 2 КК – ніхто не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу.

*Приклад.* Коли певні діяння вже враховані як ознака іншого правопорушення, то вони одночасно не повинні враховуватися як ознака злочину, адже їх правові наслідки погашені фактом накладення адміністративного стягнення. Крім цього, посягання, яке передбачене самостійною кримінально-правовою нормою і є способом вчинення іншого злочину (основного), повністю охоплюється нормою про цей злочин (звісно, якщо спосіб є менш небезпечним, аніж основний злочин).

**9. Стабільність кримінально-правової кваліфікації.** Цей принцип базується на презумпції правильності кваліфікації, він є гарантією прав учасників процесу, сприяє підвищенню авторитету осіб, які уповноважені на

її здійснення. Кваліфікація, виражена у процесуальних документах, які набрали чинності, вважається правильною до того часу, поки відповідний документ не буде змінений чи не скасований в установленому законом порядку.

*Приклад.* Будь-яка зміна офіційної кваліфікації має бути належним чином обґрунтована та оформлена процесуально<sup>18</sup>.

Треба зауважити, що в літературі називаються й деякі інші принципи кваліфікації, зокрема:

**Істинність (правильність).** Передбачає неприпустимість помилок у самому процесі кваліфікації завдяки всебічному вивченню всіх фактичних обставин вчиненого злочину, а, отже, правильному вибору кримінально-правової норми.

**Суб'єктивного вмінення,** згідно з яким кваліфікація діяння базується на тому, що обставини, які мають кримінально-правове значення, охоплювалися свідомістю винного. При кваліфікації злочину варто установлювати не лише вину, але і суб'єктивне ставлення до всіх об'єктивних ознак складу злочину: об'єкту, предмету, потерпілому, діянню, наслідкам та іншим об'єктивним ознакам злочину<sup>19</sup>.

## 2.6. Правила кваліфікації злочинів у разі конкуренції кримінально-правових норм<sup>20</sup>

Традиційно в науці кримінального права конкуренцією кримінально-правових норм називають нетипову ситуацію в правозастосуванні, коли один злочин підпадає під ознаки двох (або більше) норм кримінального закону, які з різним ступенем узагальнення і різною повнотою описують вчинене діяння. При конкуренції застосуванню підлягає лише якась одна норма – та, яка найточніше відображає соціальну та правову природу вчиненого суспільно небезпечного діяння.

Із огляду на сказане, конкуренція кримінально-правових норм характеризується такими ознаками: 1) вчинено один злочин (на відміну від множинності злочинів); 2) вчинене діяння одночасно підпадає під ознаки двох (або

більше) кримінально-правових норм; 3) кожна із цих норм передбачає ознаки одного й того самого злочину; 4) зазначені норми частково співпадають як за обсягом, так і за змістом.

Зазвичай конкуренція зумовлюється необхідністю диференціації кримінальної відповідальності, а іноді банальною недосконалістю кримінального законодавства (невиправдана конкуренція). Так, конкуренція кримінально-правових норм, із яких одна є загальною, а інша спеціальною, має суто практичне значення, особливо, в тому разі, коли ця спеціальна норма якоюсь іншим чином вирішує питання кримінальної відповідальності порівняно із загальною нормою (наприклад, передбачає суворіший вид покарання), чим конкретизується ступінь суспільної небезпечності діяння.

Ігнорування правила про конкуренцію кримінально-правових норм може потягти за собою кваліфікацію за сукупністю, коли фактично вчинений один злочин. Тому потрібно пам'ятати, що на відміну від сукупності злочинів, за якої є два або більше злочинних діяння, передбачених різними статтями Особливої частини кримінального закону, при конкуренції норм має місце лише один злочин. При сукупності злочинів кваліфікація здійснюється за декількома статтями КК, а при конкуренції застосування декількох конкуруючих норм неприпустимо. При конкуренції кримінально-правових норм підлягає застосуванню лише одна з конкуруючих між собою норм.

Конкуренцію кримінально-правових норм потрібно відмежовувати від колізії, які, на перший погляд, є дуже схожими через те, що спільною ознакою колізії та конкуренції кримінально-правових норм є подвійне (потрійне тощо) нормативне регулювання одного й того ж суспільного відношення<sup>21</sup>.

Термін «колізія» (лат. *collisio*) означає сутичку, збіг протилежних обставин, сил та інтересів. На відміну від конкуренції у колізії знаходяться норми, які суперечать одна одній. Для колізії також характерна наявність декількох норм, які відрізняються за змістом одна від одної. При конкуренції норм ніякої колізії бути не може.

На відміну від конкуренції, колізія завжди є наслідком недоліків законодавчого регулювання тих чи інших питань, яка не має жодного позитивного значення. Колізії є логічною ланцюговою реакцією протиріч в законодавстві. Вони можуть накопичуватися в законодавстві і не проявлятися певний час, суперечливі правові акти можуть не застосовуватись, або застосовуватись кожен сам по собі. Особливо в сфері кримінального права колізії дають підставу для альтернатив-

<sup>18</sup> Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 98-133.

<sup>19</sup> Корнеева А.В. Теоретические основы квалификации преступлений: Учеб. пособие / Под ред. А.И. Рарога. – М.: Проспект, 2010. – С. 13-19.

<sup>20</sup> У вітчизняній кримінально-правовій літературі найбільш змістовно проблематику конкуренції кримінально-правових норм, відмінності конкуренції від колізії тощо дослідили львівські криміналісти О.К. Марін і В.О. Навроцький, з урахуванням наукових здобутків яких і побудовано цей параграф.

<sup>21</sup> Марін О.К. Конкуренція кримінально-правових норм: Монографія. – К.: Атіка, 2002. – С. 53.

ного (невиправданого) вибору найбільш зручної, «сприятливої» норми у процесі вирішення конкретної справи, створюючи таким чином реальні можливості ігнорування правопорядку та законності у процесі реалізації кримінально-правових норм.

Колізія можлива не лише між окремими положеннями кримінального закону, але й між кількома нормативно-правовими актами: між статтями КК і положеннями Конституції, міжнародно-правових документів, інших законодавчих актів.

Ось який приклад колізійності норм кримінального та адміністративного права наводить Л.П. Брич, яка зазначає, що «у колізії перебуває норма про незакінчений замах на незаконне полювання в тій частині, де йдеться про діяння, що завдало істотну шкоду (ч. 3 ст. 15 – ч. 1 ст. 248 КК), і норма про закінчений склад адміністративного правопорушення «Порушення правил використання об'єктів тваринного світу» (ст. 85 КпАП). У тій частині кримінально-правової норми, де йдеться про незаконне полювання, вчинене у заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду, або полювання на звірів, птахів чи інші види тваринного світу, що занесені до Червоної книги України, колізії з адміністративно-правовою нормою не існує. У цьому випадку кримінально-правова норма виступає як спеціальна. Відповідні діяння однозначно повинні кваліфікуватися як злочинні»<sup>22</sup>.

Однак дуже поширеними є саме внутрішньогалузеві колізії, в нашому випадку, передусім – між положеннями Загальної та Особливої частин кримінального закону. Наприклад, у Загальній частині наявність злочинної організації пов'язується з метою вчинення двох або більше злочинів (згідно з ч. 4 ст. 28 КК метою спільної діяльності членів такої організації є безпосереднє вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів), а в Особливій – одного (ч. 1 ст. 255 КК передбачає відповідальність за створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину). Однозначно, такого роду суперечності мають вирішуватися не на користь Особливої частини, положення якої щодо положень Загальної частини перебувають у субординаційному підпорядкуванні. Можливим варіантом виходу з ситуації при колізії усередині норм Загальної та усередині норм Особливої частин КК є розв'язання колізії на користь особи,

діяння якої кваліфікується відповідно до раніше визначеного принципу кваліфікації.

Такими, що потребують відмежування, також вважаються конкуренція статей кримінального закону та їх суміжність. Остання характеризується тим, що суміжні статті закону мають розмежувальні ознаки, за якими можна встановити різницю між ними. Спільність суміжних статей лише зовнішня – при більш детальному аналізі між ними вбачається різниця. Як зауважує В.О. Навроцький, «про те, що має місце саме конкуренція статей Особливої частини КК, а не їх суміжність, можна говорити на підставі уявного виключення цих статей, тобто треба почергово припустити, що кожна окрема стаття взагалі не існує. Якщо у випадку відсутності якоїсь із статей діяння не може бути кваліфіковане за іншими (через відсутність ознак складу злочину), то маємо справу із суміжними статтями. У випадку, коли діяння при відсутності однієї зі статей все одно підлягає кримінально-правовій кваліфікації (за іншою статтею), а при відсутності цієї іншої – кваліфікується за тією, відсутність якої припускалася раніше, то наяву конкуренція статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК»<sup>23</sup>.

У конкуренції кримінально-правових норм традиційно виокремлюються такі її види:

### **1. Конкуренція загальної та спеціальної норм.**

За такого різновиду конкуренції на застосування претендують: 1) загальна норма, яка в загальних рисах (як правило, більш абстрактно) визначає певне коло діянь як злочини, і 2) спеціальна норма, яка специфікує, конкретизує та звужує за обсягом загальні ознаки; вона виділяє (зазвичай за ознаками, які характеризують обтяжуючі чи пом'якшуючі обставини) із зазначеного кола певні форми діянь як самостійні злочини. Йдеться, зокрема, про ознаки спеціального суб'єкта (ст. 117 КК), потерпілого (ст. 112 КК), конкретизацію об'єктивної сторони шляхом зазначення способу вчинення злочину, часу вчинення злочину тощо. Таким чином, конкуренція загальної та спеціальної норм полягає у такому їх співвідношенні, за якого передбачений певною нормою склад злочину є різновидом, формою (окремим випадком) іншого.

Найбільш зрозумілим прикладом конкуренції загальної та спеціальної норм є конкуренція кримінально-правових норм, якими передбачено відповідальність за вчинення вбивства. Так, загальною нормою про відповідальність за умисне вбивство особи є ст. 115 КК. Враховую-

<sup>22</sup> Брич Л.П. Диференціація юридичної відповідальності за посягання на довкілля // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності: Матеріали міжнародного симпозиуму 11 – 12 вересня 2009 року. – Львів: ЛьвДУВС, 2009. – С. 38-39.

<sup>23</sup> Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посіб. – 2-ге вид. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 256.



чи особливу соціальну та правову природу названого злочину, законодавець вирішив з особливою прискіпливістю підійти до диференціації відповідальності за його вчинення. Саме тому із загальної норми про умисне вбивство виділено спеціальні норми: статті 116, 117 і 118 КК, а з деяких видів кваліфікованого убивства (ч. 2 ст. 115 КК) теж виділяються свої спеціальні норми, за якими здійснюється кваліфікація.

При конкуренції загальної та спеціальної норм застосуванню підлягає лише одна з них, а саме *спеціальна* норма. При цьому не має значення співвідношення санкцій загальної та спеціальної норм. Остання все одно «виграє», оскільки передбачає більш чіткі та конкретні ознаки злочину, який кваліфікується. Скажімо, відповідальність дорослих осіб за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність встановлено ст. 304 КК (загальна норма). Проте, якщо відбувалося втягнення неповнолітнього в заняття проституцією (ч. 3 ст. 303 КК) або здійснювалося схилення такої особи до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 2 ст. 315 КК), то кваліфікувати дії винного слід саме за вказаними статтями, якими передбачено конкретизовані та деталізовані ознаки загального втягнення неповнолітніх у антигромадську діяльність. При цьому здійснювати додаткову кваліфікацію ще й за ст. 304 КК (яка «програла» в конкуренції) не потрібно. Загальна норма ж підлягатиме застосуванню у разі, якщо у вчиненому діянні немає якоїсь ознаки спеціальної норми.

При кваліфікації потрібно чітко встановлювати скільки злочинів вчинила особа: один або кілька. Адже загальна та спеціальна норми не можуть бути підставою для кваліфікації при ідеальній сукупності злочинів. Таке можливо лише при їх реальній сукупності. Зокрема, не виключена ситуація, коли дії одного суб'єкта кваліфікуватимуться за сукупністю, тобто з посиленням на спеціальну норму (у частині, що утворює спеціальні ознаки) і загальну норму (у частині, що не підпадає під спеціальні ознаки, але відповідає ознакам загального складу).

Правильна кваліфікація при конкуренції кримінально-правових норм багато в чому залежить від точності визначення характеру кожної з конкуруючих норм: чи є та або інша норма загальною або спеціальною. При розв'язанні цього питання необхідно враховувати, що така оцінка завжди має співвідносний характер: устанавлюється, чи є норма загальною або спеціальною не взагалі, а стосовно до іншої кримінально-правової норми. При порівнянні слід керуватися загальним методологічним положенням про співвідношення загального та ча-

стини. У спеціальній нормі обов'язково повинні бути всі риси (ознаки) загальної норми. Водночас спеціальна норма повинна містити і свої, специфічні ознаки, що виділяють її із загальної норми<sup>24</sup>.

## 2. Конкуренція спеціальних норм.

Означає, що одне діяння охоплюється ознаками принаймні трьох статей Особливої частини КК, одна з яких передбачає загальну норму, а дві чи більше – спеціальні. Таке трапляється, коли у вчиненому діянні є одночасно кілька кваліфікуючих чи привілеюючих ознак, або одночасно наявні як ті, так й інші ознаки. Зрозуміло, що за цієї ситуації обирати потрібно спеціальні норми, але яку ж з них?

Традиційно фахівцями-юристами конкуренція спеціальних норм між собою поділяється на такі три підвиди:

1. *Про простий, кваліфікований та особливо кваліфікований склади злочину.* За такої конкуренції більш тяжка кваліфікуюча ознака поглинає менш тяжку; при конкуренції декількох частин статті, які передбачають кваліфікуючі обставини, повинен застосовуватись та частина, яка передбачає найбільш небезпечні ознаки з числа наявних в даному конкретному випадку. Наприклад, якщо крадіжка вчинена за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 185 КК), поєднана з проникненням у житло (ч. 3 ст. 185 КК) та вчинена в особливо великих розмірах (ч. 5 ст. 185 КК), потрібно застосовувати лише ч. 5 ст. 185 КК. Такий порядок можна пояснити тим, що кваліфікація за найбільш тяжкою ознакою дозволяє максимально відбити ступінь суспільної небезпеки вчиненого діяння. До того ж при кваліфікації за ч. 2, ч. 3 і ч. 5 ст. 185 КК покарання варто було б призначати за сукупністю злочинів, що свідчило би про порушення принципу недопустимості подвійного ввінення, оскільки особа за вчинення однієї крадіжки відповідала би трічі.

Однак посилення при кваліфікації на найбільш тяжку ознаку повністю не вирішує питання про відбиття у кваліфікації ступеня небезпеки вчиненого, оскільки менш тяжка ознака в цих випадках, так би мовити, поглинається та ігнорується. У практиці застосовується компромісний варіант розв'язання цієї проблеми. Він полягає у тому, що поряд із посиленням на частину статті, яка передбачає найбільш тяжку ознаку, у формулюванні обвинувачення вказується і менш тяжка ознака (ознаки). Так, в нашому прикладі при формулі кваліфікації ч. 5 ст. 185 КК формулювання обвинувачення виглядатиме так: крадіжка вчинена за попередньою

<sup>24</sup> Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений. – М.: Изд-во МГУ, 1976. – С. 175-176.



змовою групою осіб, поєднана з проникненням у житло, вчинена в особливо великих розмірах.

2. *Про привілейований та особливо привілейований склад злочинів.* У цьому разі повинна застосовуватись норма про більш привілейований склад злочину. Основний аргумент на користь саме такого вирішення питання – принцип гуманізму. Класичним є приклад про конкуренцію двох спеціальних норм, якими встановлено відповідальність за убивство, а саме вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 КК) та одночасно при перевищенні меж необхідної оборони (ст. 118 КК), за якої кваліфікація повинна здійснюватися лише за статтею, котрою передбачено більш м'яка відповідальність, тобто ст. 118 КК.

3. *Про привілейований та кваліфікований склад злочинів.* Тут діє правило, за якого застосовуватись повинна норма, яка передбачає привілейований склад злочину (всі сумніви при застосуванні кримінально-правових норм, зокрема про пріоритет однієї з конкуруючих норм, повинні тлумачитись на користь особи). Наприклад, у випадку, коли особа вчинила вбивство в стані сильного душевного хвилювання (норма з пом'якшуючою ознакою) двох або більше осіб, малолітньої дитини або жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності, або вчинила вбивство з особливою жорстокістю чи повторно, її дії слід кваліфікувати лише за ст. 116 КК.

### 3. Конкуренція частини та цілого.

Такий вид конкуренції кримінально-правових норм, за якого вчинений злочин підпадає під дію декількох норм, одна з яких (норма про ціле), охоплює вчинене в цілому та разом, а інша (інші) – норма (норми) про частини, визнає як самостійні злочини лише частини вчиненого суспільно небезпечного посягання<sup>25</sup>. Конкуренція частини та цілого – це конкуренція кримінально-правових норм за змістом. Норма-ціле та норма-частина знаходяться у відношенні підпорядкування, у якому більш повною є перша.

Загальне правило для кваліфікації злочинів при конкуренції частини і цілого полягає в тому, що завжди повинна застосовуватись та норма, яка охоплює з найбільшою повнотою всі фактичні ознаки вчиненого діяння. Вона має перевагу перед нормою, яка передбачає лише частину того, що вчинила особа.

Конкуренція частини і цілого наявна в кримінальному праві у таких основних формах:

1. *Конкуренція норм про простий та складений склад злочинів.* Складений злочин являє собою своєрідну сукупність злочинів, тобто однією статтею Особливої частини кримінального

закону передбачено відповідальність за посягання, кожне з яких охоплюється іншою статтею КК (умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, як злочин, передбачений ст. 121 КК – це сукупність умисного тяжкого тілесного ушкодження і вбивства через необережність).

2. *Конкуренція норм про незакінчену злочинну діяльність та закінчений злочин.* Конкуренція кримінально-правових норм про більш ранню і більш пізню стадію одного і того ж злочину вирішується на користь статті, яка передбачає пізнішу стадію. Коли в ході готування чи замаху вчиняється інший закінчений злочин, який є менш небезпечним, ніж той, щодо якого має місце відповідна попередня стадія, то за загальним правилом вчинене діяння кваліфікується за статтею, яка передбачає відповідальність за готування чи замах до найбільш небезпечного злочину. Скажімо, заповдіння під час замаху на вбивство тілесного ушкодження середньої тяжкості має кваліфікуватися як замах на злочин, передбачений ч. 1 ст. 115 КК (за відсутності обтяжуючих або пом'якшуючих обставин), а не як закінчений злочин, передбачений ст. 122 КК.

3. *Конкуренція норм про співучасть у злочині та «самостійний» злочин.* Діяння, які становлять собою співучасть у злочині, передбаченому певною статтею Особливої частини кримінального закону, можуть бути передбачені іншою його статтею як самостійний злочин (який являє собою ціле). Так, сприяння діяльності терористичної групи передбачене ч. 1 ст. 258<sup>3</sup> КК як «самостійний» злочин і, водночас, становить собою пособництво у злочині, передбаченому ч. 5 ст. 27 і відповідною частиною ст. 258 КК. За таких обставин вчинене має кваліфікуватися за статтею, якою встановлено ознаки так званого самостійного злочину, тобто ч. 1 ст. 258<sup>3</sup> КК.

Отже, одним із проявів конкуренції частини та цілого є ситуації, за яких норма про ціле враховує як конститутивну або кваліфікуючу ознаку однозначно злочинний прояв поведінки особи, завдяки чому стає можливим вчинення злочину у цілому. Тобто склад злочину, ознаки якого встановлені нормою про ціле, повинен враховувати й вчинення при цьому іншого злочинного діяння як злочину-способу. Найбільш типовими традиційно вважаються три види злочинів, які виконують функції способів вчинення злочинів: насильство, використання службових повноважень та використання підроблених документів. Такі злочини є складовими компонентами єдиного складеного злочину та не потребують кваліфікації за сукупністю з основним злочинном.

Наприклад, розбій, передбачений ст. 187 КК, охоплює застосування насильства, небез-

<sup>25</sup> Марін О.К. Конкуренція кримінально-правових норм: Монографія. – К.: Атіка, 2002. – С. 140.

печного для життя чи здоров'я особи або погрозу такого насильства, що означає поглинання розбоєм злочинів, пов'язаних із завданням шкоди здоров'ю (без додаткової кваліфікації за ст.ст. 122, 125, 126, 127, 129 та іншими статтями КК).

На жаль, законодавець не завжди чітко «окреслює» межі злочинного діяння, завдяки чому виникають спірні моменти при кваліфікації частини та цілого. Йдеться про ситуації, за яких в законі конкретно не зазначено, яке за ступенем тяжкості насильство має бути застосоване при вчиненні цілого злочину (статті 152, 153, 157, 160, 161, 162, 174, 180 КК), тобто однією із дій, що утворюють складений злочин виступає насильство над потерпілими. Для деяких злочинів це питання вирішено на рівні постанов Пленуму ВСУ, а в інших випадках – віддано на «розсуд» правоохоронних органів і суду.

Коли спосіб вчинення злочину являє собою більш тяжкий злочин (для визначення цього здійснюється порівняння розмірів покарання), ніж сам «основний» злочин, конкуренція кримінально-правових норм як така відсутня. Відповідно, кваліфікацію слід здійснювати за іншими правилами.

*Так, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ, розглядаючи у касаційному провадженні кримінальну справу з обвинувачення К. у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 121 і ч. 3 ст. 355 КК, розмірковувала таким чином. На закид адвоката про зайвість додаткової кваліфікації дій винного за ч. 1 ст. 121 КК (оскільки умисел засудженого був спрямований на примушування потерпілого до виконання цивільно-правових зобов'язань, а тому всі його дії охоплюються ч. 3 ст. 355 КК) суд відповів, що заподіяння умисних тяжких наслідків не охоплюється кваліфікуючою ознакою, передбаченою ч. 3 ст. 355 КК – «примушування до виконання цивільно-правових зобов'язань, поєднане з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я». Законодавцем встановлено більш сувору відповідальність (за санкцією) за умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, а тому такі дії потрібно окремо кваліфікувати за ч. 1 ст. 121 КК<sup>26</sup>.*

У разі, коли в складі злочину називається форма поведінки, яка може діставати як злочинний, так і не злочинний прояв і спосіб вчинення злочину отримав саме злочинний вияв (тобто «основний» злочин вчинений шляхом вчинення іншого, навіть менш тяжкого злочину), кваліфікувати діяння слід за сукупністю. Правила подолання конкуренції частини та цілого в таких випадках

застосовуватися не можуть. Скажімо, використання при шахрайстві завідомо підробленого документу ст. 190 КК не охоплюється і повинне окремо кваліфікуватися за ст. 358 КК.

## **2.7. Значення юридичної практики, прецедентів і доктрини кримінального права для кваліфікації злочинів**

Реалізуючи правові норми кримінального закону, правозастосовець нерідко стикається з тим, що суспільні відносини остаточно не врегульовані правом, у зв'язку з чим дати чітку відповідь на питання про кваліфікацію злочину лише на підставі КК неможливо. Життєві ситуації можуть виявитися неповторними і нетрадиційними, принаймні, характеризуватися такими особливостями, які важко, а часом і неможливо підігнати під якийсь єдиний шаблон. Один із найавторитетніших правників царської Росії О.Ф. Коні з цього приводу висловлювався так: сучасне життя являє стільки особливостей, що закон завжди відставатиме від «останнього слова» у проявах злочинної волі<sup>27</sup>. За таких обставин цілком справедливо на допомогу можуть прийти юридична практика, прецеденти і здобутки кримінально-правової доктрини.

Юридична практика формується у зв'язку із загальною практикою застосування правових норм усіма суб'єктами правореалізації. Одним із видів юридичної практики є практика правозастосування, яка включає в себе діяльність суб'єктів правозастосування та їх результати у вигляді документів і рішень, які вони приймають. Така практика сприяє вдосконаленню законодавства та спрямована на однакове і правильне застосування норм права.

Усталена практика правозастосування має суттєвий вплив і на процес кваліфікації злочинів. Добре відомо, що більшість з правил кваліфікації вироблено саме практикою (в процесі реальної діяльності правоохоронних органів і суду), яка протягом тривалого часу формувалася у сфері застосування кримінального законодавства. Іншого шляху і немає, бо законодавчо закріплені правила кваліфікації злочинів відсутні.

Численні прояви практики в конкретних діях та рішеннях суб'єктів правозастосування вимагають певного узагальнення, переходу до більш високого якісного рівня. Практика застосування кримінального закону зазвичай узагальнюється інстанціями, які стоять вище в системі судових

<sup>26</sup> Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 квітня 2009 року // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 8. – С. 34-35.

<sup>27</sup> Коні А.Ф. Избранные произведения. Статьи и записки. Судебные речи. Воспоминания. – М.: Госюриз-дат, 1956. – С. 620.

органів (постанови Пленуму ВСУ; аналіз і узагальнення судової практики), керівними органами міліції, прокуратури і Служби безпеки України (щодо практики дізнання та слідчої практики у вигляді листів, роз'яснень, методичних рекомендацій, вказівок тощо).

Документи, у яких міститься таке узагальнення, спрямовують свою дію не на один випадок правозастосування, а на всі випадки застосування певної кримінально-правової норми задля забезпечення ясності закону та однаковості в його розумінні. Отже, завданням аналізу результатів практичної діяльності у сфері кримінально-правових відносин є вірне, однаково правильне застосування законів при вирішенні спірних ситуацій, які належать до компетенції відповідних органів, використання досвіду і результатів цієї діяльності для належного здійснення правосуддя.

Найсуттєвішим (до певної міри авторитетнішим) актом, у якому даються роз'яснення із питань кримінально-правової кваліфікації, зазвичай вважалися постанови Пленуму ВСУ. Цей орган за допомогою узагальнення судової практики з розгляду тих або інших категорій кримінальних справ (узагальнений досвід казуального тлумачення) і надання відповідних роз'яснень протягом багатьох років сприяв правильному застосуванню кримінального законодавства шляхом визначення дійсного змісту юридичної норми. Проте обов'язкового (як зазначалося раніше, керівного) характеру рішення Пленуму найвищої судової інстанції щодо надання роз'яснень з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики не мали. Після проведення судової реформи влітку 2010 р. функція узагальнення судової практики з наданням роз'яснень рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні кримінальних справ була покладена на Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ<sup>28</sup> (це впливає з п. 6 ч. 2 ст. 36 Закону України від 7 липня 2010 року «Про судоустрій і статус суддів»)<sup>29</sup>. Тобто рішення Пленуму

<sup>28</sup> Вочевидь, з цією метою при Вищому спеціалізованому суді України з розгляду цивільних і кримінальних справ створено Науково-консультативну раду.

<sup>29</sup> На сьогодні правова природа роз'яснень Пленуму ВСУ, які надавалися до ухвалення нового закону, залишається не до кінця зрозумілою. Можна погодитися з думкою М.І. Хавронюка, який вважає, що постанови Пленуму ВСУ, які містять роз'яснення законодавства, і були видані до набрання чинності Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 року, поступово втрачають свою силу. Вони відійдуть в історію, стануть чимсь на рівні наукової доктрини, однак правозастосовці будуть «по старинці» їх враховувати (Постановлення Пленума Верховного Суду України поступово втрачатимуть силу, – начальник правового управління ВСУ Н. Хавронюк // Юридическая практика. – 2010. – 21 октября [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://yurpractika.com/>

цього Суду в межах реалізації зазначеної функції містять лише рекомендації, які можуть допомогти правозастосовцю зорієнтуватися у складних і спірних питаннях кримінально-правової оцінки вчиненого діяння. Така позиція законодавця видається виправданою. Адже судові роз'яснення не повинні підміняти закон (здійснюючи нормотворення), особливо, враховуючи, що інколи окремі положення постанов Пленуму ВСУ як з теоретичної, так і з практичної точок зору виглядають досить сумнівними та непослідовними. Правильно вважає О.І. Парог, що вища цінність і основа справжнього правосуддя – у незалежності суду від таких роз'яснень<sup>30</sup>.

Скажімо, на відверту хибність положення п. 21 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 року № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» вказував В.В. Кузнецов. На думку Пленуму Суду, умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини через деякий час після пологів за відсутності кваліфікуючих ознак, передбачених ч. 2 ст. 115 КК, тягне відповідальність за ч. 1 зазначеної статті. Однак у такому разі вбивство дитини буде завжди охоплюватися п. 2 ч. 2 ст. 115 КК (вбивство малолітньої дитини) й тому вказівка в постанові на можливість застосування ч. 1 ст. 115 КК є помилкою<sup>31</sup>.

Інший приклад про невідповідність постанови Пленуму ВСУ від 30 травня 2008 року № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи» здобуткам теорії кваліфікації (правилам кваліфікації при конкуренції кримінально-правових норм). У п. 3 зазначеного акту вимагається додатково кваліфікувати дії винного при вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 152 КК ще й за ст. 122 КК. Але ж в доктрині кримінального права не виникає сумніву, що конкуренція кримінально-правових норм як така відсутня та з'являється потреба у кваліфікації за сукупністю лише у разі, коли спосіб вчинення злочину являє собою більш тяжкий злочин, ніж сам «основний» злочин. У нашому випадку санкція ч. 1 ст. 122 м'якша за ту, що передбачена ч. 1 ст. 152 КК.

На жаль, інколи Пленум ВСУ унікав розв'язання по-справжньому неоднозначних питань кваліфікації. Ось лише один приклад. У постанові Пленуму ВСУ від 30 травня 2008 року

[com/news.php?id=0023497](http://yurpractika.com/news.php?id=0023497)). Утім, можна припустити, що прогноз М.І. Хавронюка справдиться лише у разі, якщо не відбудуться законодавчі зміни в частині регламентації повноважень ВСУ або стосовно його колишніх роз'яснень.

<sup>30</sup> Парог А.И. Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. – 2001. – № 2. – С. 53-57.

<sup>31</sup> Кузнецов В.В., Савченко А.В. Теория кваліфікації злочинів: Підручник / За заг. ред. професорів Є.М. Моїсеєва та О.М. Джужи, наук. ред. к.ю.н., доц. І.А. Вартилицька. – 2-е вид., перероб. – К.: КНТ, 2007. – С. 76.



№ 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності» відсутні такі вкрай важливі роз'яснення щодо кваліфікації злочину, передбаченого ст. 155 КК: 1) злочин, передбачений ст. 155 КК, визнається закінченим з початку вчинення хоча б одного статевого акту; 2) на кваліфікацію діяння за ст. 155 КК не впливає те, були статеві зносини одноразовими, неодноразовими або тривали більш-менш значний проміжок часу, набувши, скажімо, форми фактичного шлюбу; 3) якщо особа, яка не досягла статевої зрілості, була спочатку зґвалтована, а потім погодилась на вступ у статеві зносини, дії винного треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 152 і 155 КК<sup>32</sup>.

Не зважаючи на викладене, складно переоцінити важливість так званих постанов Пленуму для рядового правозастосовця, адже саме в них можна відшукати відповіді на безліч незрозумілих питань, викликаних прогалинами, неточностями і відвертими недоліками закону. Напевно, немає жодного судді, який би взагалі не користувався роз'ясненнями ВСУ із питань застосування кримінального закону (тим більше було б дивним ігнорувати рекомендації Пленуму ВСУ, надання яких обґрунтовується наявністю певних недоліків в роботі суддів). У переважній більшості саме в роз'ясненнях Пленуму вищої судової інстанції конкретизується «буква» закону, розкривається (описується) зміст ознак певних складів злочину, особливо тих які сформульовані неконкретно. Адже, аналізуючи правові положення закону, можна помітити, що одні приписи цілком конкретні, деталізовані, максимально наближені до певної життєвої ситуації. Водночас інші мають дещо абстрактний, розпливчастий характер, при їхньому викладі використані, як правило, загальні поняття. Наприклад, не зовсім зрозуміло, що мав на увазі законодавець, коли використав у кримінальному законі поняття «особлива жорстокість», так само як і величезну кількість інших оціночних понять. У цьому разі, безперечно, основну роль у процесі з'ясування змісту закону повинен відігравати саме правозастосовець, чия довголітня практика роботи може дозволити вищій судовій інстанції сформулювати чітке уявлення про дію кримінально-правової норми.

Як відомо, однією з форм юридичної практики є прецедент. Цей термін має латинське походження від слова «praecedens», що означає той, хто йде спереду, попередній. У самому загальному сенсі «прецедент» розглядається як попередній випадок (рішення), що є так би мовити прикладом

для подібного рішення. Загальне значення прецеденту зводиться до такого. Розглядаючи конкретну справу, суд постановляє вирок або ухвалює інше рішення: цей судовий документ є, з одного боку, імперативним актом для учасників конкретної судової справи, а з іншого боку, як окремий випадок застосування права він сам по собі породжує загальну норму – стає прецедентом. Таким чином, прецедент (судовий) являє собою «модель розв'язання конкретної кримінальної справи», яка використовується в подальшому при розгляді подібних випадків<sup>33</sup>.

Вітчизняна правова система не визнає обов'язковості судових та інших правозастосовних прецедентів. Фактично ж (на неофіційному рівні) судовий прецедент в Україні існує як аргумент вищої переконливості, здійснюючи свій вплив на процес кримінально-правової кваліфікації відповідних суб'єктів. Зокрема, у літературі слушно зауважується, що й раніше, і зараз опублікована судова практика служить зразком для прийняття аналогічних рішень при описаних обставинах всіма судами, оскільки в очах суддів ореол непогрішності вищих судових інстанцій у цих випадках застеляє зміст кримінального закону<sup>34</sup>. Крім того, вплив прецедентів на процес кваліфікації зумовлюється тими ж обставинами, що і вплив судової практики в цілому: більшість кримінально-правових норм встановлює найбільш загальні, типові ознаки складів злочинів, що не завжди дозволяє в процесі їх застосування врахувати особливості тієї або іншої правової ситуації.

Щоправда, не слід плутати прецедент, який використовується *de facto* в нашій країні для кваліфікації злочинів, з прецедентом як джерелом кримінального права в країнах англо-американської правової традиції, основними ознаками якого є такі: 1) судовий прецедент формується вищим судовим органом; 2) судовим прецедентом визнається не вся частина судового рішення, а тільки та, яка містить у собі правову норму (*ratio decidendi*); 3) правова норма (*ratio decidendi*) формується на основі розгляду конкретної кримінальної справи; 4) судовий прецедент повинен бути офіційно опублікований; 5) прецедент обов'язковий для застосування всіма судовими інстанціями<sup>35</sup>.

Натомість фактична наявність судового прецеденту як вітчизняної правової реальності зумовлена високою нормативністю правових норм

<sup>33</sup> Курс уголовного права. Общая часть: В 2 т.: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – Т. 1: Учение о преступлении. – С. 543.

<sup>34</sup> Кропачев Н.М. Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. – СПб.: Санкт-Петербургский государственный университет, 1999. – С. 208.

<sup>35</sup> Кросс Р. Прецедент в английском праве / Пер. с англ. Т.В. Апаровой. – М.: Юридическая литература, 1985. – С. 7-8.

<sup>32</sup> Пропозицію доповнити п. 16 розглядаючої постанови аналогічними за змістом положеннями висловлював член Науково-консультативної ради при ВСУ О.О. Дудоров.



кримінального закону і виниклою на цій основі необхідністю конкретизації загальних вимог закону стосовно до окремих випадків без створення самостійних норм права<sup>36</sup>. Прецедентність судових рішень в Україні передбачає певний підхід (як спосіб казуального тлумачення) до розв'язання питань кваліфікації злочинів у конкретному судовому рішенні, котрий може братися за основу правозастосовцями при ухваленні власних схожих рішень. І хоча не можна посилається на результати казуального тлумачення та офіційно ґрунтувати на ньому свої рішення, тим не менш, це тлумачення отримує велике значення для уніфікації практики кримінально-правової кваліфікації.

На практику дійсно можна зважати при кваліфікації, але, не потрібно забувати, що вона іноді йде хибним шляхом, створюючи небажані прецеденти. У цьому плані згадаємо, що останнім часом в Україні судова практика йде помилковим шляхом кваліфікації за ст. 233 КК діянь осіб, які незаконно приватизували об'єкти державного житлового фонду<sup>37</sup>. На вже існуючі обвинувальні вироки судів першої інстанції (!) орієнтуються інші правозастосовці, породжуючи тим самим хибний прецедент.

Тому про більш-менш потенційно вагоме значення судових рішень як прецедентів можна було говорити лише щодо рішень з питань кваліфікації, прийнятих відповідною Судовою палатою ВСУ, а наразі Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ, які є остаточними і перегляду не підлягають. Сила прецеденту в такому разі ґрунтується на авторитеті найвищої судової інстанції, на презумпції того, що вищий суд переконливим і аргументованим чином застосував певну норму, це тлумачення витримало перевірку часом і знайшло своє відбиття у вирокі, що набрав законної сили, а отже є одним із можливих варіантів застосування кримінального закону для нижчих судів.

З огляду на деякі положення чинного законодавства окремі фахівці наголошують також на поступовому запровадженні елементів прецедентного права в національну судову практику. Зокрема, П.П. Андрушко зауважує, що законодавець, встановивши обов'язковість для всіх суб'єктів владних повноважень і судів зазначених рішень ВСУ з питань неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кри-

мінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, фактично надав таким рішенням, як і практиці Європейського суду з прав людини, юридичну силу джерела кримінального права<sup>38</sup>.

Щодо доктрини кримінального права, то вона, будучи частиною кримінально-правової науки, є сукупністю теоретичних поглядів, ідей, уявлень про кримінальне право як галузі права (в т.ч. весь спектр проблем, які стосуються кваліфікації злочинів), про його історичну ретроспективу, тенденції й перспективи розвитку тощо. Доктрина є загальновизнаною і через це використовується в процесі правотворчої діяльності та реалізації права. Адже розв'язання всіх проблем кримінально-правової кваліфікації – це хліб насущний для фахівців у царині кримінального права.

Добре відомо, що в Стародавньому Римі твори п'яти відомих юристів були визнані загальнообов'язковими, в епоху середньовіччя керувалися так званою загальною думкою вчених. У наш час доктрина поширена як джерело кримінального права в основному в сім'ї традиційного права, у мусульманському та індуїстському праві<sup>39</sup>.

Вітчизняний правозастосовець, не знайшовши відповіді на питання про кваліфікацію злочину в офіційно визнаних джерелах кримінального права, теж часто звертається за роз'ясненнями до кримінально-правової доктрини. Не секрет, що працівники органів внутрішніх справ, прокуратури, інших правоохоронних органів і судді часто керуються при прийнятті рішень у процесі правозастосування міркуваннями, викладеними в різних науково-практичних коментарях до кримінального кодексу, підручниках, посібниках тощо.

Так, узагальнюючи практику розгляду судами Дніпропетровської області кримінальних справ про злочини, передбачені статтями 209, 209<sup>1</sup> і 306 КК, Апеляційний суд Дніпропетровської області звертає увагу на те, що підставою для одного з виправдувальних вироків суду першої інстанції за ч. 2 ст. 209 КК була думка, що особа не може бути суб'єктом легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, якщо вона була суб'єктом злочину, що передував легалізації. Позиція суду пов'язується з тим, що саме така думка висловлена у науково-практичному коментарі до ст. 209 КК О.О. Дудоровим<sup>40</sup>.

Безперечним є той факт, що аналіз змісту

<sup>36</sup> Якщо раніше ідея судового прецеденту в кримінальному праві категорично заперечувалася, то зараз все частіше лунають думки не тільки про можливість використання судового прецеденту для правозастосовної конкретизації, але й про закріплення його як джерела права.

<sup>37</sup> Дудоров О., Письменський Є. Проблеми кримінальної відповідальності за приватизацію, вчинену неправомочною особою // Юридичний вісник України. – 2009. – № 40 (744). – С. 6-7.

<sup>38</sup> Андрушко П. Джерела кримінального права України: поняття, види // Право України. – 2011. – № 9. – С. 38-39.

<sup>39</sup> Гранат Н.А. Источники права // Юрист. – 1998. – № 9. – С. 8-9.

<sup>40</sup> Берзін П.С. Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення: Монографія. – К.: Дакор, 2009. – С. 638.

кримінально-правової норми здійснюється не лише на основі положень закону, але обов'язково з урахуванням теоретичних досліджень у сфері кримінального права. Скажімо, положення щодо необхідності встановлення причиново-наслідкового зв'язку не регламентовано КК, проте є загально визнаним у доктрині кримінального права та застосовуваним у діяльності уповноважених суб'єктів кваліфікації. Аналогічно при встановленні ознак крадіжки ми говоримо про властивий їй корисливий мотив, що обґрунтовується кримінально-правовою теорією, але безпосередньо з тексту закону не впливає.

До того ж кримінальне право – це система нормативних суджень, найчастіше виражених дуже коротко, але таких які мають складний зміст, що постійно збагачується й обговорюється не лише у правозастосовній практиці, але і в літературі: наприклад, визначення умислу сформульоване в законі стисло, але розвертається воно в десятках книг і сотнях статей. Як зазначає П.П. Андрушко, органи досудового слідства, прокуратури і судді (суди) досить часто звертаються до навчальних закладів і наукових установ із запитом про надання наукових висновків з питань застосування окремих норм й інститутів кримінального права та висловлення позиції – наукової (доктринальної) – щодо кримінально-правової оцінки дій певних осіб у конкретних кримінальних справах. Правові позиції науковців, викладені у висновках до таких запитів, здебільшого враховуються правозастосовними органами, в т.ч. із питань кримінально-правової кваліфікації<sup>41</sup>.

Використання здобутків доктрини кримінального права у процесі кваліфікації звісно не має офіційного характеру. Але неможна відкидати вже започатковану практикою своєрідну форму взаємодії науковців і правозастосовців. Наприклад, посилення захисника на загально визнану думку вчених про кваліфікацію певного діяння має право на існування на рівні з посиленням на інші джерела офіційного та неофіційного тлумачення кримінального закону. Результати доктринального тлумачення надають додаткову можливість правильно зрозуміти правові приписи та допомогти їм у складних випадках застосування норм права. Разом із тим, варто погодитися з думкою П.П. Андрушко про те, що на положення доктрини кримінального права з окремих питань застосування кримінального закону не може бути посилення у процесуальних актах органів досудового слідства і суду в об-

ґрунтування рішень, що ними приймаються<sup>42</sup>.

З урахуванням викладеного, пропонуємо прислухатися думки А.Е. Жалінського та А.А. Енгельгардта і в процесі кваліфікації злочину рухатися таким шляхом у чотири кроки. Перший – уважно ознайомитися з текстом закону, прочитати його та усвідомити значення понять і конструкцій, що містяться в ньому. Другий – вивчити судову практику, тобто, знаючи текст закону, з'ясувати, як він застосовується судами. Третій – звернутися до навчальної та наукової літератури, щоб зрозуміти як у роботах окремих авторів і літературі в цілому відбиваються й ураховуються текст кримінального закону та судові рішення. Нарешті, четвертий крок – повернутися до кримінального закону, для того, щоб сформулювати, з огляду на всю отриману інформацію, обґрунтоване прийнятими аргументами думку про зміст, сенс, мету того або іншого кримінально-правового інституту, статті, норми, окремого припису<sup>43</sup>. Саме ці загальні висновки повинні скласти основу кримінально-правової оцінки діяння.

### Рекомендована література

1. Андрушко П.П. Кваліфікація злочинів: поняття та види // Вісник прокуратури. – 2003. – № 12 (30). – С. 48-55.
2. Борисов В.І., Пащенко О.О. Щодо підвищення ефективності застосування кримінально-правових норм на досудових стадіях розслідування кримінальних справ // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наук. праць. Випуск 17 / Ред. кол.: В.І. Борисов (голов. ред) та ін. – Х.: Вид-во «Кроссроуд», 2009. – С. 33-51.
3. Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений: Учеб. пособие. – М.: ИНФРА-М, 2002. – 169 с.
4. Кагадій М.І. Юридична практика в діяльності судових органів // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ. – 2004. – № 1. – С. 240-248.
5. Кваліфікація злочинів: Навч. посіб. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – 430 с.
6. Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів: Навч. посіб. – 3-є вид., доп. та перероб. – К.: Атіка, 2007. – 592 с.
7. Корнеева А.В. Теоретические основы квалификации преступлений: Учеб. пособие / Под ред. А.И. Рапога. – М.: Проспект, 2010. – 176 с.

<sup>42</sup> Там само. – С. 34.

<sup>43</sup> Жалинский А.Э., Энгельгардт А.А. Практикум по уголовному праву / Под ред. А.Э. Жалинского. – М.: Издательский Дом «Городец», 2008. – С. 80.

<sup>41</sup> Андрушко П. Джерела кримінального права України: поняття, види // Право України. – 2011. – № 9. – С. 34.

8. Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений»; Науч. ред. и предисл. академика В.Н. Кудрявцева. – М.: Изд. Дом «Городец», 2007. – 336 с.
9. Кузнецов В.В., Савченко А.В. Теория квалификации злочинів: Підручник / За заг. ред. д.ю.н., проф. В.І. Шакуна. – 4-те вид., перероб. – К.: Алерта, 2012. – 316 с.
10. Марін О.К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм: Монографія. – К.: Атіка, 2003. – 224 с.
11. Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів. – К.: Атіка, 2004. – 186 с.
12. Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів як предмет судового реагування: поняття, види та процесуальні способи усунення // Право України. – 2002. – № 10. – С. 44-49.
13. Навроцький В.О. Види суб'єктів кримінально-правової кваліфікації // Право України. – 2000. – № 3. – С. 109-113.
14. Навроцький В.О. Значення санкції статті кримінального закону для кваліфікації діяння // Вісник Академії правових наук України. – 1999. – №3 (18). – С. 117-125.
15. Навроцький В.О. Значення судової практики і прецеденту для кримінально-правової кваліфікації // Вісник Верховного Суду України. – 2000. – № 6. – С. 49-51.
16. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посіб. – 2-ге вид. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 512 с.
17. Навроцький В. Склад злочину як програма кримінально-правової кваліфікації // Юридический вестник. – 2000. – № 3. – С. 117-121.
18. Навроцький В.О. Специфіка принципів кримінально-правової кваліфікації // Вісник Університету внутрішніх справ. – 2000. – № 10. – С. 112-117.
19. Письменський Є. Значення юридичної практики, прецедентів і доктрини кримінального права для кваліфікації злочинів // Наука і правоохорона. – 2009. – № 4. – С. 112 – 117.
20. Шапченко С.Д. Кваліфікація злочинів як соціально-правове явище: основні юридичні аспекти // Альманах кримінального права: Збірник статей. Вип. 1 / Відп. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. – К.: Правова єдність, 2009. – С. 415-423.



## ГЛАВА 3

### ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

#### 3.1. *Поняття, види і загальна характеристика злочинів проти основ національної безпеки України*

Підри́в суверенітету, незалежності, демократії в Україні, дії, спрямовані проти України як соціальної і правової держави, можуть завдати значної шкоди конституційному ладу та іншим складовим національної безпеки, віддалятимуть нашу державу від досягнення сучасних ідеалів держави і суспільства. Тому посягання на ці блага є найбільш небезпечними як для самої держави, так і для суспільства та кожного його члена.

Злочини проти основ національної безпеки України, передбачені розділом I Особливої частини КК (статті 109–114), посягають не тільки на безпеку держави, а й на національну безпеку загалом, яка, відповідно до ст. 1 Закону України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 р., визначається як захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечується сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам у різних сферах державного управління (правохоронної діяльності, оборони, охорони здоров'я, забезпечення свободи слова, науково-технічної, інноваційної, соціальної, податково-бюджетної, митної, інвестиційної, монетарної та валютної політики, енергетики, захисту прав власності, екології та багатьох інших) при виникненні негативних тенденцій до створення потенційних або реальних загроз національним інтересам.

Саме завдяки своєму особливому значенню злочини проти основ національної безпеки України і розміщені в розділі I Особливої частини КК.

Для інших злочинів, які також спрямовані тим чи іншим чином проти безпеки держави, на відміну від злочинів проти основ національної безпеки України, не є характерними відверто антидержавницькі мотиви та мета підірвати або послабити Українську державу, змінити її конституційний лад, завдати істотної шкоди її безпеці.

При визначенні видів злочинів проти основ національної безпеки України слід виходити, передусім, із зазначеного вище Закону (статті 7 і 8),

згідно з яким основними реальними та потенційними загрозами національній безпеці України є, зокрема:

- у сфері державної безпеки: розвідувально-підри́вна діяльність іноземних спеціальних служб; загроза посягань з боку окремих груп та осіб на державний суверенітет, територіальну цілісність, економічний, науково-технічний і оборонний потенціал України, права і свободи громадян; загроза використання з терористичною метою ядерних та інших об'єктів на території України; прояви сепаратизму, намагання автономізації за етнічною ознакою окремих регіонів України;

- у зовнішньополітичній сфері: посягання на державний суверенітет України та її територіальну цілісність;

- у внутрішньополітичній сфері: загрози конституційному устрою; можливість конфліктів у сфері міжетнічних і міжконфесійних відносин; прояви сепаратизму;

- у науково-технологічній сфері: незахищеність внутрішнього ринку високотехнологічної продукції від іноземної технічної і технологічної експансії; вплив учених, фахівців, кваліфікованої робочої сили за межі України;

- в екологічній сфері: ризики виникнення надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру; погіршення екологічного стану водних басейнів; небезпека техногенного, у т. ч. ядерного та біологічного, тероризму;

- в інформаційній сфері: розголошення інформації, яка становить державну та іншу, передбачену законом, таємницю; намагання маніпулювати суспільною свідомістю, зокрема, шляхом поширення недостовірної або упередженої інформації.

Залежно від цього пропонується розрізняти злочини:

1) проти основ національної безпеки у сфері державної безпеки і політичній сфері: дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади (ст. 109 КК); посягання на територіальну цілісність і недоторканність України (ст. 110 КК);

посягання на життя державного чи громадського діяча (ст. 112 КК);

2) проти основ національної безпеки у сфері державної безпеки, воєнній, інформаційній, економічній і науково-технологічній сферах: державна зрада (ст. 111 КК), шпигунство (ст. 114 КК);

3) проти основ національної безпеки у сфері державної безпеки, економічній, екологічній і воєнній сферах: диверсія (ст. 113 КК).

Родовим **об'єктом** злочинів проти основ національної безпеки України є національна безпека України в різних її сферах, а основним безпосереднім об'єктом кожного окремого злочину – національна безпека у тій чи іншій її сфері.

З **об'єктивної сторони** розглядувані злочини характеризуються переважно суспільно небезпечними діями. *Час і обстановка* вчинення злочину є обов'язковими ознаками лише однієї із форм державної зради: перехід на бік ворога може бути вчинений тільки в умовах воєнного стану або у період збройного конфлікту.

**Суб'єктами** злочинів проти основ національної безпеки України є осудні особи, які досягли 16-річного віку (суб'єктом злочину, передбаченого ст. 112 КК, – 14-річного).

*Спеціальний суб'єкт* є ознакою лише двох складів злочинів проти основ національної безпеки України: у злочині, передбаченому ст. 111 КК, – це тільки громадянин України, а у злочині, передбаченому ст. 114 КК, – тільки іноземний громадянин або особа без громадянства. Кваліфікуючою ознакою злочинів, передбачених статтями 109 і 110 КК, є вчинення їх спеціальним суб'єктом – представником влади.

З **суб'єктивної сторони** злочини проти основ національної безпеки України характеризуються лише *прямим умислом*. Переважна більшість із них вчинюється з *метою* ослабити державу, що передбачає намір знизити економічний, науково-технічний, військовий тощо потенціал України.

*Мотиви* не є обов'язковими ознаками злочинів проти основ національної безпеки України. Вони можуть бути різними і мають кримінально-правове значення переважно як обставини, які пом'якшують чи обтяжують покарання (статті 66 і 67 КК). Винятком є злочин, передбачений ст. 112 КК: мотивом посягання на життя державного чи громадського діяча є бажання припинити діяльність певної особи як державного чи громадського діяча або помста за таку діяльність.

Переважна більшість цих злочинів є тяжкими й особливо тяжкими<sup>1</sup>.

На підставі вищезазначеного **злочини про-**

<sup>1</sup> За даними Державної судової адміністрації України, у 2005–2009 роках за злочини проти основ національної безпеки було засуджено усього 5 осіб: 1 – за статтею 110 і 4 – за статтею 111 КК.

**ти основ національної безпеки України** можна визначити як *передбачені КК умисні суспільно небезпечні діяння, що спричинюють істотну шкоду національній безпеці України у сфері державної безпеки, а також у політичній, інформаційній, науково-технологічній й екологічній сферах або загрожують спричиненням такої шкоди.*

### 3.2. Злочини проти основ національної безпеки у сфері державної безпеки і політичній сфері

**Дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади** (ст. 109 КК). Основним **безпосереднім об'єктом** злочину є встановлений Конституцією і законами України порядок створення і діяльності вищих органів державної влади, порушення якого створює загрозу національній безпеці у сфері державної безпеки й у політичній сфері. Його додатковим факультативним об'єктом може бути встановлений порядок виконання представниками влади своїх службових повноважень.

З **об'єктивної сторони** злочин може виявитися у таких формах: 1) дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади; 2) змова про вчинення таких дій (ч. 1 ст. 109 КК); 3) публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади; 4) розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій (ч. 2 ст. 109 КК).

*Конституційний лад* – це встановлені Конституцією України основні засади життєдіяльності суспільства, держави і людини в Україні. Його складовими є: 1) суверенітет держави (верховенство і самостійність державної влади усередині країни та її незалежність у міжнародних відносинах); 2) форма правління (спосіб організації державної влади, за яким єдиним органом законодавчої влади в Україні є Верховна Рада України, главою держави – Президент України, вищим органом виконавчої влади – Кабінет Міністрів України і т. ін.); 3) державний устрій (унітарний з відповідним поділом владних повноважень між вищими і центральними та місцевими органами державної влади) та цілісність території; 4) державний режим (демократичний, що зокрема передбачає можливість здійснення народного волевиявлення через вибори, референдум та інші форми безпосередньої демократії, гарантії місцевого самоврядування, захист державою прав і свобод людини і громадянина, ґрунтування суспільного життя на засадах полі-

тичної, економічної та ідеологічної багатоманітності).

*Державна влада* – це система сформованих у порядку, передбаченому Конституцією та законами України, органів, які уособлюють собою владу глави держави, законодавчу, виконавчу і судову влади (Президент України, парламент, вищі, центральні та місцеві органи виконавчої влади, вищі та місцеві органи судової влади), а також органи місцевого самоврядування і контрольно-наглядові та деякі інші органи, які, користуючись певною незалежністю, de-jure не належать до трьох головних гілок влади (наприклад, прокуратура України, Національний банк України, Центральна виборча комісія, Вища рада юстиції). Таким чином, існуюча в Україні державна влада є частиною її конституційного ладу.

У диспозиції ст. 109 КК поняття «державна влада» застосовується, так би мовити, у вузькому значенні. Іншими словами, мову можна вести про кримінальну відповідальність за дії, вчинені з метою неконституційного захоплення влади глави держави, законодавчої, верховної судової або вищої виконавчої влади України, оскільки тільки за умови отримання такої влади група осіб може суттєво вплинути на суверенітет держави, її форму правління, державний устрій та державний режим і заподіяти шкоду державній безпеці у масштабі держави. Дії, вчинені з метою захоплення влади на рівні місцевого самоврядування або змова про вчинення таких дій можуть бути кваліфіковані як перевищення влади службовою особою чи як самоправство. Такі дії, як проголошення певної адміністративно-територіальної одиниці України суверенною державою, кваліфікуються за ст. 110 КК як посягання на територіальну цілісність України.

Під державною владою у ст. 109 КК слід розуміти лише легітимну владу. Тому дії, спрямовані на захоплення раніше узурпованої іншими особами, нелегітимної державної влади, не містять складу розглядуваного злочину, і, якщо фактично вчинене діяння не містить складу іншого злочину, мають розглядатися лише у політичній, а не правовій площині.

До дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, можна віднести створення з вказаною метою не передбачених законодавством воєнізованих або збройних формувань, захоплення й утримання будівель, що забезпечують діяльність органів державної влади, організацію великомасштабних масових заворушень (у цих випадках дії винних мають кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 109 КК і статтями 260, 341 або 294 КК), фактичне створення незаконних органів державної влади тощо.

Загалом такими діями можна визнавати лише ті, вчинення яких фактично може бути засобом досягнення зазначеної мети.

*Спосіб* вчинення дій, спрямованих на зміну чи повалення конституційного ладу, завжди є насильницьким, а способом узурпації (захоплення) державної влади можуть бути також обман, підкуп тощо.

Розглядаючи положення ч.ч. 3 і 4 ст. 5 Конституції України «право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами», «ніхто не може узурпувати державну владу» у системному зв'язку з іншими положеннями Основного Закону, Конституційний Суд України дійшов висновку, що тільки народ має право безпосередньо шляхом всеукраїнського референдуму визначати конституційний лад в Україні, який закріплюється Конституцією України, або змінювати конституційний лад внесенням змін до Основного Закону в порядку, встановленому його розділом XIII, і що узурпація державної влади означає неконституційне або незаконне її захоплення органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, громадянами чи їх об'єднаннями тощо (Рішення Конституційного Суду України у справі про здійснення народом влади № 6-рп/2005 від 5 жовтня 2005 року).

*Змова* у ст. 109 КК передбачає угоду між двома чи більше особами про вчинення спільних дій з відповідною метою та яка містить певні істотні умови, що стосуються способу, часу і місця їх вчинення, засобів і знарядь. Змова є закінченим злочином з моменту досягнення угоди із зазначених умов.

*Публічні заклики* – це хоча б одне відкрите звернення до невизначеного, але значного кола осіб, в якому висловлюються ідеї, погляди чи вимоги, спрямовані на те, щоб шляхом поширення їх серед населення чи його окремих категорій (представників влади, військовослужбовців тощо) схилити його (населення), до певних дій. Публічність є оціночною ознакою, і питання про наявність її має вирішуватися в кожному конкретному випадку з урахуванням часу, місця, обстановки здійснення закликів тощо. Публічні заклики можуть мати місце на мітингу, зібранні, в інших місцях скупчення людей.

*Розповсюдження матеріалів* – це дії, метою яких є доведення змісту відповідних матеріалів до відома невизначеного чи певного кола осіб. Воно може здійснюватися шляхом підкидання листівок до поштових скриньок, розклеювання їх на дошках для оголошень, розсилання листів певним групам адресатів тощо.

*Матеріали* – письмові звернення, зафіксовані



в оголошенні, листівці, плакаті, газеті чи на іншому носіїві інформації – у цьому злочині є *засобами* вчинення злочину. Адже вони є речами, які знаходяться у динамічному (а не в статичному, на відміну від предмета злочину) стані і за допомогою них суб'єкт впливає на об'єкт цього злочину.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується *прямим умислом*. Насильницька зміна чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади є кінцевою *метою* дій, зазначених у ст. 109.

**Кваліфікуючими ознаками** є вчинення відповідних публічних закликів, а також розповсюдження матеріалів із закликами *особою, яка є представником влади, або повторно, або організованою групою, або з використанням засобів масової інформації* (ч. 3 ст. 109 КК).

*Засобами масової інформації* є друковані, аудіовізуальні та електронні засоби масової інформації. Їх використання для вчинення вказаних вище дій означає виступи в них зі статтями, інтерв'ю тощо.

**Посягання на територіальну цілісність і недоторканність України** (ст. 110 КК). Основним **безпосереднім об'єктом** цього злочину є національна безпека у сфері державної безпеки й у політичній сфері, яка полягає у відсутності загрози порушення встановлених Конституцією, законами України і міжнародними правовими актами територіальної цілісності України та порядку визначення її території. Його додатковим факультативним об'єктом може бути встановлений порядок виконання представниками влади своїх службових повноважень, особисті права та свободи людини і громадянина, життя та здоров'я особи, власність тощо.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 110 КК, характеризується діями, які можуть виявитися у таких трьох формах: 1) дії, вчинені з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України; 2) публічні заклики до вчинення дій, метою яких є зміна меж території (державного кордону) України; 3) розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення дій, метою яких є зміна меж території (державного кордону) України.

*Державний кордон України* – це лінія і вертикальна поверхня, що проходить по цій лінії, які визначають межі території України, а саме: межі суходолу, вод, надр, повітряного простору. Державний кордон України визначається Конституцією та законами України, а також міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Лінія

державного кордону детально описується у відповідному міжнародному договорі і наноситься на карту, яка є невід'ємною частиною договору (делімітація). Ця лінія проходить: на суходолі – по характерних точках і лініях рельєфу або ясно видимих орієнтирах, на морі – по зовнішній межі територіального моря України, а також певним чином на річках, озерах та інших водоймах, на мостах, греблях, інших спорудах, і позначається на місцевості чітко видимими прикордонними знаками (демаркація).

*Дії, вчинені з метою зміни меж території України на порушення порядку, встановленого Конституцією України*, – це будь-які дії, спрямовані на передачу частини території України під юрисдикцію іншої держави або на зменшення території України шляхом утворення на її території іншої суверенної держави. Прикладами можуть бути призначення всеукраїнського референдуму з даного питання не Верховною Радою України, а іншим державним органом чи службовою особою, або проголошення певної адміністративно-територіальної одиниці України суверенною державою тощо. Якщо особа вчинює певні дії з метою зміни меж території областей, інших адміністративних одиниць без намагання змінити зовнішні межі території України, відповідальність за ст. 110 КК виключається. У разі, коли такі дії вчинено службовою особою, вони можуть бути кваліфіковані за статтями 364 (364-1), 365 (365-1), 366, 423, 424 КК.

Щодо *дій, спрямованих на зміну державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України*, то Конституція України не встановлює порядку зміни державного кордону. Виходячи із наведеного вище поняття державного кордону (як умовної лінії), слід вважати, що його зміна, навіть здійснена внаслідок збройного захоплення частини території країни, водночас означає зміну меж її території.

Відповідні *матеріали* – письмові чи зафіксовані на іншому носіїві інформації – є *засобами* вчинення злочину.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується *прямим умислом*. Для першої форми злочину характерною є також наявність *мети* – змінити межі території (державного кордону) України.

**Кваліфікуючими ознаками** (ч. 2 ст. 110 КК) є вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 110 КК, *особою, яка є представником влади, або повторно, або за попередньою змовою групою осіб або поєднання відповідних дій з розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі*.

Під *розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі* треба розуміти доведення до високого ступеня, граничне посилення серед певних груп населення настроїв неприязні, ненависті до

представників інших етнічних груп чи конфесій або до атеїстів. У цьому випадку кваліфікація за сукупністю зі злочином, передбаченим ст. 161 КК, непотрібна. Між тим, якщо умисні дії, передбачені ч. 1 ст. 110 КК, поєднуються з розпалюванням расової ворожнечі, або з дискримінацією громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних переконань, за мовними ознаками тощо, це потребує додаткової кваліфікації за ст. 161 КК.

**Особливо кваліфікуючими ознаками** є настання в результаті вчинення злочину таких суспільно небезпечних наслідків, як загибель людей, або інших тяжких наслідків (ч. 3 ст. 110 КК). Під *іншими тяжкими наслідками* треба розуміти загибель однієї людини, заподіяння одній, двом чи більше особам тяжких тілесних ушкоджень, заподіяння кільком або багатьом особам середньої тяжкості або легких тілесних ушкоджень, настання великої матеріальної шкоди внаслідок зруйнування чи пошкодження прикордонних інженерних споруд або інших важливих об'єктів, виникнення масових безпорядків, розрив чи суттєве погіршення дипломатичних стосунків з іншою державою тощо. При визначенні як такої, що створює тяжкі наслідки, матеріальної шкоди слід враховувати як конкретний розмір збитків, завданих уражальними чинниками джерела небезпеки, так і обсяги технічних і матеріальних ресурсів, необхідних для ліквідації наслідків надзвичайної ситуації, та її територіальне поширення; фізичної шкоди, – як кількість постраждалих, так і ступінь тяжкості заподіяних їм тілесних ушкоджень чи характер захворювання, що призвело до втрати ними працездатності; шкоди іншого виду – як кількість осіб, нормальні умови життєдіяльності яких було порушено (як правило, сто осіб і більше), так і час, протягом якого це порушення мало місце (понад три доби).

Психічне ставлення до вказаних наслідків може характеризуватися умислом або необережністю.

**Посягання на життя державного чи громадського діяча** (ст. 112 КК). Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 112 КК, є національна безпека у політичній сфері (у сфері здійснення вищої державної влади, яка забезпечує її нормальне функціонування, та у сфері діяльності політичних партій). Крім того, цей злочин має обов'язковий додатковий об'єкт – життя особи.

Специфічною ознакою злочину є **потерпілий**. Ним може бути тільки державний чи громадський діяч, обраний (призначений) на посаду у встановленому Конституцією і законами України порядку. Перелік осіб, які можуть бути

потерпілими, міститься у ст. 112 КК і є вичерпним. Тому посягання на життя інших вищих посадових осіб України за мотивами їх державної діяльності не тягне відповідальності за ст. 112 КК і за відповідних обставин кваліфікується за п. 8 ч. 2 ст. 115 КК або за іншою відповідною нормою Особливої частини КК. Не може кваліфікуватися за ст. 112 КК і посягання на життя осіб, які є членами сім'ї відповідного державного діяча або які тимчасово виконують обов'язки, скажімо, Генерального прокурора України, Голови Національного банку України, міністра тощо.

Правильна кваліфікація дій винного за ст. 112 КК потребує також точного встановлення часових меж, в яких та чи інша особа виконує повноваження державного чи громадського діяча.

Умисне вбивство або замах на вбивство державного чи громадського діяча за наявності відповідних підстав належить кваліфікувати тільки за статтею 112 КК. Разом з тим, коли умисне вбивство зазначених осіб чи замах на нього вчинені за інших обтяжуючих обставин, передбачених ч. 2 ст. 115 КК, дії винної особи додатково кваліфікуються і за відповідними пунктами цієї статті (п. 12 постанови Пленуму ВСУ № 2 від 7 лютого 2003 року «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи»).

**З об'єктивної сторони** злочин полягає у посяганні на життя – *вбивстві* або *замаху* (як закінченому, так і незакінченому) *на вбивство* державного чи громадського діяча, що можуть проявитися у діях (здійснення пострілу, вкладення радіоактивної речовини в кабінеті тощо) або у бездіяльності (наприклад, невчинення необхідної медичної процедури). Злочин є *закінченим* з моменту здійснення замаху, незалежно від настання фактичних наслідків (шкода здоров'ю державного діяча може бути не заподіяна зовсім).

**Суб'єктом** злочину, передбаченого ст. 112 КК, є осудна особа, якій на момент вчинення злочину виповнилося 14 років.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом: особа усвідомлює, що вона посягає на життя державного чи громадського діяча, і бажає спричинити його смерть.

**Мотивами** вчинення цього злочину можуть бути тільки такі: бажання не допустити чи припинити державну чи громадську діяльність певної особи, змінити її характер, або помста за таку діяльність. У будь-якому разі для кваліфікації злочину за ст. 112 КК достатньо, щоб ініціатор посягання на життя державного чи громадського діяча (організатор, підбурювач чи хоча б один із виконавців, коли їх двоє і більше) керувався вказаними вище мотивами. Інші співучасники можуть діяти з корисливим мотивом, із бажання допомогти ініціатору тощо. В окремих випадках

це може мати значення для кваліфікації їхніх дій. Посягання на життя державного діяча не кваліфікується за ст. 112 КК, коли воно вчинене для зведення особистих рахунків, або його мотивами є ревності, намагання уникнути відповідальності, хуліганський мотив абощо.

Якщо винний, бажаючи вбити потерпілого, вказаного у диспозиції ст. 112 КК, у зв'язку з його державною чи громадською діяльністю, помилився і позбавив життя іншу людину (скажімо, схожу за зовнішнім виглядом), його діяння слід кваліфікувати за правилами фактичної помилки: за статтями 15 і 112 КК як замах на злочин, котрий він намагався вчинити, та за відповідною частиною ст. 115 КК.

Певні складнощі може викликати кваліфікація посягання на життя державного чи громадського діяча, коли цей злочин вчиняється на замовлення. У ситуації, коли безпосередній виконавець злочину не знає, кого саме і за яких первинних мотивів замовника він убиває, його дії не можуть кваліфікуватися за ст. 112 КК. Оскільки безпосередній виконавець не усвідомлював справжнього значення вчинюваних ним дій, але його наміром охоплювалось те, що він вчинює вбивство на замовлення, він повинен нести відповідальність за п. 11 ст. 115 КК. Вчинення такого вбивства не тільки на замовлення, а й із корисливих мотивів вимагає додаткової кваліфікації дій виконавця за п. 6 ст. 115 КК. Коли безпосередній виконавець злочину усвідомлює, що вбиває державного чи громадського діяча у зв'язку з його державною чи громадською діяльністю, його дії треба кваліфікувати за ст. 112 КК, а дії замовника як організацію чи підбурювання до вчинення цього злочину за статтями 27 і 112 КК. Додаткової кваліфікації за п. 11 ст. 115 КК у такому випадку не потрібно, оскільки посягання на життя державного чи громадського діяча охоплює будь-які об'єктивні ознаки умисного вбивства за обставин, які обтяжують покарання, крім вбивства з корисливих мотивів.

У випадку, коли винний вчинив посягання на життя державного чи громадського діяча і водночас вбивство інших людей шляхом вибуху чи інших загальнонебезпечних дій, відповідальність настає за сукупністю злочинів, передбачених статтями 112 і 113 КК або п.п. 1, 5 ч. 2 ст. 115 КК. В усіх інших випадках, коли умисне вбивство або замах на вбивство державного чи громадського діяча вчинені за обтяжуючих обставин, передбачених ч. 2 ст. 115, дії винної особи кваліфікуються за ст. 112 КК і додатково за відповідними пунктами цієї статті.

### **3.3. Злочини проти основ національної безпеки у сфері державної безпеки, воєнній, інформаційній, економічній і науково-технологічній сферах**

**Державна зрада** (ст. 111 КК). **Безпосереднім об'єктом** злочину є національна безпека України переважно у сфері державної безпеки, воєнній, інформаційній, економічній і науково-технологічній сферах.

З **об'єктивної сторони** державна зрада може проявитися у таких формах: 1) перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту; 2) шпигунство; 3) надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України.

*Перехід на бік ворога* означає, що громадянин України надає безпосередню допомогу державі, з якою Україна на той час перебуває у стані війни або збройного конфлікту. Цей злочин може полягати у вступі на службу до військових чи інших формувань ворожої держави (поліції, розвідки), наданні допомоги агентам спецслужб іноземних держав тощо.

*Воєнний стан* – це особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності.

Поняття *збройний конфлікт* має самостійне правове значення для кваліфікації, якщо такий конфлікт відбувається поза межами воєнного стану – у разі фактичного початку воєнних дій, але ще до оголошення воєнного стану або ж у мирний час.

Перехід на бік ворога є *закінченим* злочином з моменту, коли громадянин України виконав в інтересах ворога певні дії на шкоду України. Надання згоди виконати такі дії (наприклад, поступити на службу до поліції) є готуванням до вчинення злочину і залишає можливість добровільно відмовитися від його доведення до кінця.

Поняття *шпигунство*, його предмет, об'єктивна і суб'єктивна сторони будуть розкриватися при висвітленні ознак злочину, передбаченого ст. 114 КК.

*Надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України* полягає у сприянні їх можливим чи дійсним зусиллям заподіяти шкоду державній безпеці України.

Підривною слід визнавати будь-яку діяльність, пов'язану зі спробою зміни системи вищих органів державної влади нелегітимним шляхом, з втручанням у міжнародну або внутрішню політику України, зі спробою змінити її територію або знизити обороноздатність, з ужиттям заходів щодо поси-



лення економічної залежності України від інших держав тощо. Таким чином, види підривної діяльності проти України можуть бути різноманітними. Різний вигляд може мати й допомога у проведенні такої діяльності. Вона може надаватися шляхом організації чи виконання конкретного злочину, схилення до державної зради інших осіб, усунення перешкод для вчинення певних діянь тощо.

*Іноземна держава* – це будь-яка держава, крім України, незалежно від того, чи визнана вона Україною як суверенна і чи має Україна з нею дипломатичні відносини.

Під *іноземною організацією* слід розуміти державну чи недержавну установу, підприємство, об'єднання іншої країни, в т.ч. політичну партію, релігійну організацію, а також міждержавну чи міжнародну організацію, в т.ч. неофіційну, нелегітимну чи злочинну («тіньовий» уряд у вигнанні, терористична організація тощо), крім офіційної міжнародної організації, членом якої є Україна. Іноземною організацією є також військова, політична, фінансова чи інша розвідка.

*Представник іноземної держави або іноземної організації* – це особа, яка уповноважена виражати інтереси тієї чи іншої іноземної держави (іноземної організації) та діє від її імені або представляє її за спеціальним повноваженням, у т.ч. таємним (неофіційним). До представників іноземних держав слід відносити, зокрема, глав та членів дипломатичних представництв (послів, посланників, повірених у справах, радників, аташе), консульських установ (консулів, консульських агентів), осіб, що включені до парламентських і урядових делегацій іноземних держав як їх члени та перебувають на території України з офіційними чи неофіційними дорученнями.

*Закінченим злочин* у цій формі є з моменту вчинення відповідного діяння, яким особа надала допомогу в проведенні підривної діяльності проти України.

**Суб'єктом** державної зради у будь-якій її формі може бути тільки громадянин України, який досяг 16-річного віку.

Якщо під час провадження у справі буде встановлено, що особа, яка обвинувачується у державній зраді, має, крім українського, ще й громадянство іншої держави, слід виходити із того, що набуття нею іноземного громадянства виключає її з числа громадян України. Тому вчинені нею шпигунські дії слід кваліфікувати за ст. 114 КК, а діяння, вчинені нею в інших формах із числа передбачених ст. 111 КК, – за відповідними іншими статтями Особливої частини КК, якщо фактично вчинене містить склад іншого злочину.

За сукупністю злочинів, передбачених статтями 111 і 114 КК, діяння може бути кваліфіковане лише у разі, якщо шпигунські дії протягом певного

періоду особа вчинювала, будучи громадянином України, а протягом іншого періоду – будучи іноземцем.

Факт від'їзду громадянина України для постійного проживання в іншій країні ще не виключає його із сфери відносин з Українською державою. Тому, наприклад, передача такою особою представникам іноземної держави відомостей, що становлять державну таємницю, кваліфікується за ст. 111 КК.

Якщо зраджує державі службова особа, виконуючи при цьому владу чи службове становище, її дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 111 і 364 (364-1, 423) КК.

**Суб'єктивна сторона** державної зради характеризується виною у виді прямого умислу. При вчиненні державної зради винний усвідомлює, що він здійснює перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту (вчинює шпигунські дії, надає іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомогу в проведенні підривної діяльності проти України) і бажає цього.

Слова «на шкоду суверенітетові, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України» визначають суб'єктивну спрямованість дій винного і не є характеристикою суспільно небезпечних наслідків діяння. Факт заподіяння вказаної шкоди не має значення для кваліфікації діяння за ст. 111 КК. Проте фактичне спричинення діями винного такої шкоди створює підстави для додаткової кваліфікації його діяння за іншою статтею КК (наприклад, за ст. 112 КК).

Окремої уваги потребує встановлення **мети** вчинення відповідних дій при державній зраді. При вчиненні цього злочину у першій та другій його формах мета вчинення відповідних дій має враховуватися для правильної кваліфікації.

Наприклад, такі дії, передбачені статтями 427, 429, 431, 430 КК, як здача ворогові начальником ввірених йому військових сил, не зумовлене бойовою обстановкою залишення ворогові укріплень, бойової та спеціальної техніки чи інших засобів ведення війни, самовільне залишення поля бою під час бою або відмова під час бою діяти зброєю, вчинені з метою сприяння ворогові, добровільна участь військовополоненого у роботах, які мають воєнне значення, або в інших заходах, які завідомо можуть заподіяти шкоду Україні, а так само насильство над іншим військовополоненим чи жорстоке поводження з ним з метою припинити таку, що провадилась останнім у таборі, діяльність, спрямовану на шкоду ворогові, мають кваліфікуватися за ст. 111 КК як перехід на бік ворога в умовах воєнного стану, в період збройного кон-

флікту або як надання іноземній державі допомоги у проведенні підривної діяльності проти України, а добровільна здача в полон завідомо для участі у воєнних діях на боці ворога – як готування до злочину, передбаченого ст. 111 КК. Розголошення громадянином України державної таємниці (ст. 328 КК) з метою у такий спосіб передати її іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам треба кваліфікувати як державну зраду у формі шпигунства.

Мотивами державної зради можуть бути користь, помста, бажання полегшити виїзд на постійне місце проживання в іншій країні тощо.

Ч. 2 ст. 111 КК визначає **спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності**, можливий за сукупності трьох умов, коли громадянин України: 1) вступив у зв'язок з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками й отримав їх злочинне завдання; 2) не вчинив жодних дій на виконання цього злочинного завдання; 3) добровільно заявив органам влади України про свій зв'язок із зазначеними державою, організацією або їх представниками та про отримане завдання<sup>2</sup>.

**Шпигунство** (ст. 114 КК). **Безпосереднім об'єктом** злочину є національна безпека України переважно в інформаційній, а також політичній, воєнній, економічній і науково-технологічній сферах.

**Предметом** шпигунства, передбаченого статтями 111 і 114 КК, є *відомості, що становлять державну таємницю*. Ними є інформація у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку, розголошення якої може завдати шкоди національній безпеці України і яка рішенням державних експертів з питань таємниць визнана державною таємницею та включена до Зводу відомостей, що становлять державну таємницю (ЗВДТ).

Зовнішньою (матеріальною) ознакою віднесення документа, виробу або іншого матеріального носія інформації до предметів, які містять відомості, що становлять державну таємницю, є наданий йому гриф секретності – реквізит матеріального носія таємної інформації, який засвідчує ступінь її секретності («особливої важливості», «цілком таємно», «таємно»).

З **об'єктивної сторони** шпигунство полягає у таких діях: 1) передача іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей,

що становлять державну таємницю; 2) збирання з метою передачі вказаним адресатам відомостей, що становлять державну таємницю.

*Передача* відомостей означає їх усне повідомлення (телефоном, радіо тощо), вручення матеріальних носіїв інформації (прямо чи з використанням тайника) або надання доступу до них (скажімо, шляхом передачі ключа від камери схову), або їх пересилання (з використанням поштового, електронного зв'язку тощо) безпосередньо адресату чи посереднику.

Якщо вказані відомості було передано іншій державі на підставі міжнародних угод та у порядку, передбаченому законодавством України, це не є злочином. Протягом 1998–2010 рр. Україною укладено і ратифіковано угоди про взаємний захист (охорону) таємної (секретної) інформації та матеріалів з НАТО, а також Ізраїлем, Індією, Китаєм, Росією, США, Туреччиною, Францією, ФРН і ще близько двадцятьма державами.

*Іноземна держава* у цьому випадку – поняття збірне. Передача іноземній державі певних відомостей передбачає передачу їх не державі як субстанції, а офіційному державному органу, в т.ч. розвідувальному.

Збирання відомостей полягає в їх пошуку і добуванні (наприклад, шляхом розпитування певних осіб, візуального спостереження та підслуховування, зняття інформації з каналів зв'язку, проникнення до комп'ютерних систем, виготовлення копій документів), придбання будь-яким способом (таємне чи відкрите викрадення, купівля, обмін документів чи зразків зброї, макетів секретного об'єкта тощо) з наступним зосередженням їх в одному чи кількох місцях.

В окремих випадках способами збирання відомостей, що становлять державну таємницю, можуть бути «благодійні» акції, спрямовані нібито на виявлення талановитих молодих вчених або на визначення можливих об'єктів інвестицій (опитування, анкетування, конкурси та ін.), використання спеціальних космічних (супутникових), повітряних, морських і наземних технічних засобів.

Якщо шпигунство вчинене шляхом несанкціонованого втручання в роботу комп'ютерів, автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку, це потребує додаткової кваліфікації за ст. 361 КК, а шляхом несанкціонованих дій з інформацією, яка обробляється в них або зберігається на їх носіях, – за ст. 362 КК.

Якщо особою викрадено з метою передачі іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам предмети, відомості про які становлять державну таємницю (зразки військової зброї, спеціальної техніки, криптографічного

<sup>2</sup> Про особливості і вади законодавчого формулювання спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності за злочини, передбачені статтями 111 і 114 КК, див: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. та допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 251-275.

чи іншого обладнання, радіоактивні матеріали тощо), або офіційні документи, що знаходяться на державних підприємствах і містять державну таємницю, ці дії, залежно від їх конкретного способу, а також від особливостей предмета і суб'єкта, слід додатково кваліфікувати за статтями 185–191, 262, 357, 410 КК.

Шпигунство, поєднане з незаконним використанням спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, за наявності підстав кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених статтями 114 (111) і 359 КК.

Шпигунство у вигляді передачі певних відомостей вважається закінченим злочином з моменту їх фактичного повідомлення (вручення, відправлення, закладення в тайник тощо), а у вигляді збирання – з моменту вчинення дій, спрямованих на набування (нагромодження, зосередження) хоча б частини відповідної інформації за наявності мети передати її відповідному адресатові.

Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 114 КК, є тільки іноземець або особа без громадянства.

Згідно з міжнародними угодами України в умовах воєнного конфлікту особа зі складу збройних сил сторони, яка перебуває у конфлікті, не вважається такою, що займається шпигунством, і не може бути притягнута до кримінальної відповідальності за ст. 114 КК, якщо вона: а) від імені цієї сторони збирає інформацію на території, що контролюється супротивною стороною, але, діючи таким чином, носить формений одяг своїх збройних сил (лазутчик); б) проживаючи на території, окупованій супротивною стороною, від імені сторони, від котрої вона залежить, збирає на цій території інформацію, що має воєнне значення, але при цьому не діє обманним шляхом або навмисно не вдається до таємних дій; в) не проживаючи на території, окупованій супротивною стороною, фактично займається шпигунством на цій території, але її не захоплено до того, як вона знову приєдналась до збройних сил, до яких вона належить.

Ч. 2 ст. 114 КК передбачає спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вже передала чи збрала для передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомості, що становлять державну таємницю.

Таке звільнення можливе за сукупності трьох умов, із яких тільки дві цілком залежать від волі вказаної особи: 1) особа припинила раніше розпочату шпигунську діяльність; 2) вона добровільно повідомила органи державної влади України про вчинене; 3) внаслідок виконання особою перших двох умов і вжитих органами державної влади України заходів (у т.ч. за участю цієї ж особи) було відвернено заподіяння шкоди інтересам України.

### 3.4. Злочини проти основ національної безпеки у сфері державної безпеки, економічній, екологічній і воєнній сферах

**Диверсія** (ст. 113 КК). Основний **безпосередній об'єкт** диверсії – національна безпека у сфері державної безпеки, економічній, екологічній і воєнній сферах відповідно до спрямованості конкретного акту диверсії. Крім того, для цього злочину характерним є обов'язковий додатковий об'єкт, який є альтернативним і має різний зміст у різних формах цього злочину: це життя та здоров'я особи, власність, довкілля.

**Предметом** диверсії можуть бути: 1) будівлі, споруди та інші об'єкти, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення, від яких залежить життєдіяльність регіонів чи інших великих територій, належне функціонування певних галузей економіки, структур державного управління (електростанції, мости, дамби, греблі, вокзали, порти тощо), в т.ч. підприємства, зруйнування чи пошкодження яких само по собі є фактором небезпеки (хімічні підприємства, пожежонебезпечні виробництва тощо); 2) стада тварин, риба у водоймищах; 3) посіви сільськогосподарських чи інших культур, лісові масиви тощо.

**Об'єктивна сторона** диверсії проявляється в семи формах, кожна з яких передбачає вчинення суспільно небезпечних дій (зокрема, вибухів і підпалів), спрямованих на: 1) масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди їх здоров'ю; 2) зруйнування або пошкодження об'єктів, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення; 3) радіоактивне забруднення; 4) масове отруєння; 5) поширення епідемій; 6) поширення епізоотій; 7) поширення епіфітотій.

**Вибух** – це процес вивільнення великої кількості енергії в обмеженому об'ємі за короткий проміжок часу. Вибух може бути: ядерний (виділення енергії елементарних речовин при їх поділі або синтезі); хімічний (моментальне згоряння газів, вибухових та інших речовин); електричний (потужні електричні розряди); тепловий (виділення енергії перегрітої пари); кінетичний (виділення енергії при зіткненні предметів); пружного стиснення (наприклад, балонів із стисненим газом).

**Підпал** – це свідоме застосування джерела вогню до певних об'єктів.

До інших дій, спрямованих на масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди їх здоров'ю, на зруйнування або пошкодження певних об'єктів можна віднести, скажімо, пошкодження дамби гідроелектростанції, яке потягло затоплення населеного пункту, або пуск ракети, спрямованої на важливий воєнний



об'єкт, або організацію катастрофи поїзда тощо.

*Масове знищення людей* – це позбавлення життя багатьох людей (конкретна їх кількість визначається судом з урахуванням обставин справи).

Під *тілесними ушкодженнями* розуміється порушення анатомічної цілісності тканин, органів та їх функцій, що виникає як наслідок дії одного чи кількох ушкоджуючих факторів – фізичних, хімічних, біологічних, психічних, а під *іншою шкодою здоров'ю людей* – неврологічний розлад, втрата працездатності тощо.

До *дій, спрямованих на радіоактивне забруднення*, можуть бути віднесені зруйнування чи пошкодження джерел іонізуючого випромінювання, порушення агрегату чи виробу, де містяться радіоактивні речовини, тощо.

*Масові отруєння* – це заподіяння шкоди життю чи здоров'ю більш-менш широких кіл населення шляхом їх отруєння. *Дії, спрямовані на масове отруєння*, полягають у домішуванні токсичних речовин до води, повітря, продуктів харчування тощо.

Під *епідемією* розуміють процес поширення заразних захворювань людей (чуми, холери тощо), що відбувається на значній території у відносно короткий проміжок часу, коли показник інфекційної захворюваності серед населення певної місцевості у певний час перевищує звичайний рівень, характерний для даної інфекційної хвороби, і відзначається відповідною динамікою.

*Епізоотія* – це такий, що характеризується безперервністю на значній території за відносно короткий проміжок часу, процес поширення заразних (інфекційних та паразитарних) захворювань (скасу, чуми, ящуру тощо) свійських чи інших тварин.

*Епіфітотія* полягає у значному поширенні грибкових, вірусних чи бактеріологічних захворювань сільськогосподарських рослинних культур, лісових насаджень, водних та інших рослин. Такі захворювання можуть бути спричинені дією шкідників (комах, кліщів) чи фітопатогенів (вірусів, бактерій).

*Дії, спрямовані на поширення епідемії, епізоотії чи епіфітотії*, можуть полягати у розповсюдженні будь-яким способом на території України збудників чи переносників (гризунів, комах, кліщів тощо) відповідних хвороб або у спробі такого розповсюдження.

Диверсія, вчинена у будь-якій із її форм, є *закінченою* з моменту вчинення вибуху, підпалу, затоплення, обвалу чи інших дій відповідної спрямованості, незалежно від того, чи фактично настали ті або інші наслідки.

**Суб'єктивна сторона** диверсії характеризується прямим умислом. Характерною ознакою диверсії є те, що вчинення зазначених вище дій

не є самоціллю, а використовується винним як засіб досягнення його головної *мети* – ослаблення держави. Саме за ознакою спеціальної мети (не враховуючи деяких інших ознак) диверсію треба відмежовувати від таких суміжних умисних злочинів, як, наприклад, умисне вбивство двох чи більше осіб або способом, небезпечним для життя багатьох осіб, терористичний акт, пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів, умисне знищення або пошкодження майна, забруднення моря, випуск або реалізація недоброякісної продукції, зараження венеричною хворобою, екоцид тощо.

Вказана мета означає наявність прагнення знизити економічний, науково-технічний, військовий потенціал держави тощо. При цьому не вимагається, щоб винний намагався суттєво ослабити державу (повалити, підірвати її), достатньо його бажання хоча б певним чином вплинути на ту чи іншу складову її потенціалу. Склад злочину побудований як формальний, а тому на перший план виступає не фактичний результат (ослаблення держави чи принаймні реальна загроза такого ослаблення), а саме вороже ставлення особи до держави.

### Рекомендована література

1. Анашкин Г.З. Ответственность за измену Родине и шпионаж. – М.: Юрид. лит., 1964. – 230 с.
2. Антонов А. Специальные основания освобождения от уголовной ответственности за государственную измену, шпионаж, насильственный захват или удержание власти // Уголовное право. – 2009. – № 3. – С. 7-11.
3. Асланов Р.М. Преступления против государственной власти. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 480 с.
4. Бантишев О.Ф., Шамара О.В. Кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України (проблеми кваліфікації): Монографія. – К.: Наук.-вид. відділ НА СБ України, 2010. – 168 с.
5. Гринько С.Д. Уголовно-правовые и криминологические проблемы противодействия посягательствам на основы конституционного строя и безопасности государства. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2008. – 55 с.
6. Діордіца І.В. Кримінально-правова відповідальність за дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 20 с.
7. Дьяков С.В., Игнатьев А.А., Карпушин М.П. Ответственность за государственные преступления. – М.: Юрид. лит., 1988. – 223 с.

8. Земцов В.И. Уголовная ответственность за незаконное пересечение и противоправное изменение государственной границы Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук – М., 2000. – 168 с.
9. Климчук О. Нове у кримінальній відповідальності за диверсію // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 3. – С. 84-86.
10. Кучера А.В. Злочини проти основ національної безпеки України. – Івано-Франківськ: «Сімик», 2003. – 72 с.
11. Ліпкан В.А., Діордіца І.В. Національна безпека України: кримінально-правова охорона: Навчальний посібник. – К.: КНТ, 2007. – 292 с.
12. Маляр Г.В. Проблеми політичної злочинності в зарубіжній кримінології: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 20 с.
13. Савинский А.В. Уголовно-правовая оценка посягательств на основы конституционного строя и безопасность государства. Монография. – Архангельск: Изд-во Помор. ун-та, 2008. – 188 с.
14. Савченко Д.А. Основы конституционного строя Российской Федерации и их уголовно-правовая защита: Учеб. пособие. – Новосибирск: СибАГС, 2000. – 215 с.
15. Самойлов А.С., Мирзоев Г.Б., Ежов А.Н. Уголовная ответственность за преступления против основ конституционного строя и безопасности государства. – М.: РАА, 2004. – 300 с.
16. Смирнов Е.А. Особо опасные государственные преступления (Вопросы квалификации в связи с применением уголовно-правовой нормы). – К.: КВШ МВД СССР, 1974. – 180 с.
17. Сотула О.С. Кримінальна відповідальність за посягання на життя державного чи громадського діяча. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2003. – 20 с.
18. Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 393-437.
19. Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 112 -120.
20. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с. – С. 826-834.
21. Царев Д.В. Общее понятие и признаки преступлений против основ конституционного строя и безопасности государства в России. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2005. – 25 с.
22. Шлапаченко В.М. Кримінальна відповідальність за шпигунство в законодавстві держав-членів НАТО. Навчальний посібник. – К.: Національна академія Служби безпеки України, 2007. – 57 с.
23. Шлапаченко В.М. Кримінальна відповідальність за шпигунство в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 20 с.

## ГЛАВА 4

## ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЖИТТЯ ТА ЗДОРОВ'Я ОСОБИ

## 4.1. Злочини проти життя особи: загальна характеристика

Злочини проти життя прийнято вважати найнебезпечнішими посяганнями на особу<sup>1</sup>. Таке твердження потребує деяких уточнень з урахуванням положень чинного законодавства. Згідно зі ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються у нашій державі найвищою соціальною цінністю. Втім, таке фундаментальне положення не виключає диференціації кримінальної відповідальності за різні за своєю соціальною спрямованістю та юридичною природою посягання на життя особи. Як відомо, до вказаної групи злочинів відносяться вбивства (статті 115–119 КК) та доведення до самогубства (ст. 120 КК).

У свою чергу вбивства поділяються на вчинені умисно (статті 115–118 КК) або з необережності (ст. 119 КК). Умисні вбивства теж розрізняються за ступенем своєї суспільної небезпеки на прості (ч. 1 ст. 115 КК), кваліфіковані (ч. 2 ст. 115 КК) та привілейовані (статті 116–118 КК).

При оцінці злочину проти життя як суспільно небезпечного діяння особливого значення набуває ознака його **протиправності**. Правомірне позбавлення життя іншої особи, як це має місце, наприклад, за умов необхідної оборони (ст. 36 КК), крайньої необхідності (ст. 39 КК), знешкодження ворога в умовах у період збройного конфлікту або бойового зіткнення не тільки не є суспільно небезпечними, але й набуває рис суспільно корисних або принаймні суспільно нейтральних вчинків.

Таким чином, можна говорити про неправомірне, правомірне та невинне позбавлення життя іншої людини. Що ж стосується доведення до самогубства, то найбільш доцільно вважати таке діяння або кримінально караним,

<sup>1</sup> Щодо окремих проблемних питань розглядуваного розділу Особливої частини КК, зокрема, в частині співвідношення понять «особа» та «людина» див.: Гришук В.К. Питання системності кримінально-правового захисту людини за новим Кримінальним кодексом України // Вибрані наукові праці. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 478;

Гришук В.К. Окремі питання коментування норм Кримінального кодексу України про злочини проти особи // Там само. – С. 632; Гришук В.К. Некоторые вопросы ответственности за преступления против личности по УК Украины // Там само. – С. 637.

або (якщо відсутні ознаки жорстокого поводження з особою, шантажу, примусу до протиправних дій або систематичного приниження її людської гідності) таким, що заслуговує суспільного осуду як аморальна поведінка. Самогубство та замах на самогубство як акт самостійного добровільного уходу особи з життя не розглядається як злочин за чинним українським законодавством, однак згідно з релігійними поглядами вважається тяжким гріхом.

У всіх випадках смерть людини незмінно залишається незворотною втратою, тому позбавлення особистості життя з точки зору інтересів потерпілого та потерпілої сторони жодному адекватному відшкодуванню не підлягає. Ось чому законодавство про кримінальну відповідальність покликане однаково і надійно захищати життя будь-якої людини, незважаючи на її особисті біологічні і соціальні якості: вік, стать, національність, стан здоров'я, конфесійну приналежність, моральність поведінки, місце, яке особа займає у суспільстві, тощо<sup>2</sup>.

**Родовим об'єктом** цієї групи злочинів є суспільні відносини, що забезпечують недоторканість життя<sup>3</sup> будь-якої іншої людини,

<sup>2</sup> Кількість умисних вбивств, що вчиняються в Україні, є значною. Так, в 1972 р. в Україні було зареєстровано 1577 вбивств, в 1992 р. – 3679, в 2000 р. – 4034, в 2006 р. – 3220, в 2007 р. – 2906, а в 2008 р. – 2707 вбивств. Для порівняння: в Республіці Польща кількість вбивств в 1992 р. становила 1048, в 2000 р. – 1316, в 2006 р. – 826, в 2007 р. – 861, а в 2008 р. – 772 вбивства. Якщо взяти до уваги чисельність населення України в різні періоди згідно з повідомленнями Державного комітету статистики України, то коефіцієнт убивств, вчинених в Україні на 10 тис. населення, у 1992 р. становив 0,71, в 2000 р. – 0,82, в 2006 р. – 0,69, в 2007 р. – 0,62, а в 2008 р. – 0,59. В цей же час, враховуючи чисельність населення Республіки Польща, коефіцієнт вбивств на 10 тис. населення цієї країни становив в 1992 р. – 0,27, в 2000 р. – 0,34, в 2006 р. – 0,22, в 2007 р. – 0,23 і, в 2008 р. – 0,20 (Маковецька Н.Є. Умисні вбивства за кримінальним правом України та Республіки Польща: юридичний аналіз складів злочинів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Львів, 2010. – С. 1).

<sup>3</sup> Життя людини як об'єкт кримінально-правової охорони – це період існування людської істоти як біологічного організму, що розпочинається фізіологічними пологами, характеризується комплексним природним (біологічним) та соціопсихічним її функціонуванням і закінчується її біологічною смертю (Тришнова Я.О. Кримінально-правова оцінка позбавлення життя людини із співчуття до неї: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2010. – С. 8).



тобто біологічне та суспільне її існування від народження до загибелі у результаті насильницького впливу.

Певне значення має дослідження механізму та наслідків порушення злочином проти життя конкретного суспільного відношення як вираження **безпосереднього об'єкта** кожного такого окремо взятого злочину. Безпосереднім об'єктом у цьому випадку є суспільні відносини, що забезпечують недоторканість життя будь-якої окремої іншої людини. Як відомо, будь-яке конкретне суспільне відношення складається принаймні з його предмету, суб'єктів та соціального зв'язку. Як предмет конкретного суспільного відношення виступає життя окремої людини, яка бере участь у таких відносинах. Елементом суспільних взаємовідносин, який безпосередньо зазнає злочинного впливу й таким чином усувається, що, у свою чергу, призводить до припинення існуючих взаємовідносин, є людина як унікальна особистість, яка має природне та конституційно гарантоване право на життя. Вона потерпає від незворотного наслідку – винного протиправного заподіяння смерті. Іншими неодмінними учасниками цих стосунків є особи, які мають будь-які законні інтереси, пов'язані з біологічно обумовленою тривалістю життя конкретного члена суспільства (родичі, друзі, знайомі, колеги тощо, за великим рахунком навіть держава, яка позбавляється свого громадянина). Розрив соціального зв'язку проявляється у тому, що потерпіла особа позбавляється фактичної можливості реалізувати своє природне право на життя та виконувати всі соціальні функції. Зацікавлені особи позбавляються фактичної можливості реалізації своїх інтересів, пов'язаних з продовженням життя іншої людини та не можуть виконувати обов'язки щодо неї.

Для злочинів проти життя особливе значення має визначення моментів початку життя особи та її припинення у біологічному сенсі.

У кримінальному праві існує загальноприйнята аксіома, відповідно до якої посягання на життя є можливим з моменту початку пологів у фізіологічному сенсі. Внутрішньоутробна ліквідація плоду до початку пологового процесу, якщо вона здійснюється особою, яка не має спеціальної медичної освіти, або незаконне знищення плода, що спричинило тривалий розлад здоров'я, безплідність, смерть потерпілої є посяганням на існування плода майбутньої людини. Такі дії тягнуть за собою відповідальність за ст. 134 КК як незаконне проведення абортів (кримінальний аборт)<sup>4</sup>. Посягання на плід після

<sup>4</sup> На думку Н.О. Антонюк, моментом початку життя (тобто моментом, з якого можна позбавити життя) слід розуміти появу будь-якої частини тіла дитини з утроби матері (Антонюк Н.О. Вдосконалення законодавчої конструкції складу

початку пологів вважається вже вбивством чи замахом на вбивство, наприклад, спроба позбавити життя дитину, що народилася мертвою (при помилці в об'єкті посягання)<sup>5</sup>.

Кінцевим моментом життя<sup>6</sup> юридичною практикою вважається біологічна смерть. При біологічній смерті життя в організмі незворотно припиняється і його життєздатні функції не можуть бути відновлені. Біологічній смерті нерідко передують так звана клінічна смерть, коли у людини припиняється дихання і серцебиття, але протягом дуже короткого часу зберігається можливість повернення особи до життя внаслідок своєчасної медичної допомоги. Посягання на життя людини, яка перебуває в стані клінічної смерті, за умови усвідомлення цієї обставини винним, може бути кваліфіковане як закінчене вбивство, якщо результатом цього буде біологічна смерть, або замах на вбивство, якщо біологічна смерть не настала з причин, що не залежали від волі винного.

Для будь-якого складу злочину проти життя необхідною конструктивною ознакою є **потерпілий**, тобто будь-яка інша фізична особа, якій злочином заподіяно фізичну шкоду у вигляді смерті. При доведенні до самогубства потерпілим може бути й особа, яка вчинила замах на самогубство. У випадках недоведеного до кінця злочину проти життя потерпілим буде особа, смерть якої не настала з причин, що не залежали від волі винного. У реальній дійсності такій особі може бути спричинено тілесне ушкодження, інша шкода здоров'ю, іноді – лише моральна шкода. Ця обставина зайвий раз підкреслює існуючий тісний

«Умисного вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини» (ст. 117 КК України) // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2009. – № 49. – С. 198-206). Про початковий момент життя людини див. також § 7 цієї глави.

<sup>5</sup> Реєстрації в органах реєстрації актів цивільного стану підлягають: 1) народжені живими або мертвими з масою тіла 500 г і більше (або якщо маса тіла при народженні невідома, з довжиною тіла 25 см і більше, або при терміні вагітності 22 тижні і більше); 2) народжені живими або мертвими з масою тіла менше 500 г при багатоплідних пологах, якщо термін вагітності становить 22 тижні і більше; 3) плоди, що народилися живими до 22-го тижня вагітності (тобто зростом менше ніж 25 см і масою тіла менше ніж 500 г) та прожили понад 7 повних діб (168 годин після народження) як живонароджені при передчасних пологах (п. 2 Порядку реєстрації живонароджених і мертвнонароджених, затвердженого наказом МОЗ від 29 березня 2006 р. № 179). Цим же наказом МОЗ затверджено Інструкцію з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвнонародженості.

<sup>6</sup> Відповідно до ст. 15 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» людина вважається померлою з моменту, коли встановлена смерть її мозку. Смерть мозку означає повну і незворотну втрату всіх його функцій. Момент смерті мозку може бути встановлено, якщо виключені всі інші можливі за даних обставин причини втрати свідомості та реакцій організму. Діагностичні критерії смерті мозку та процедура констатації моменту смерті людини встановлюються МОЗ. Йдеться про Інструкцію щодо констатації смерті людини на підставі смерті мозку, затверджену наказом МОЗ від 25 вересня 2000 р. № 226.

зв'язок між злочинами проти життя та злочинами проти здоров'я.

Наявність множинності потерпілих або спеціального потерпілого зазвичай вказує на кваліфікований чи окремий склад злочину проти життя. Так, множинність потерпілих характерна для умисного вбивства двох або більше осіб (п. 1 ч. 2 ст. 115 КК), вбивства двох або більше осіб, вчиненого через необережність (ч. 2 ст. 119 КК), доведення до самогубства двох або більше осіб (ч. 2 ст. 120 КК).

Спеціальний потерпілий є обов'язковою ознакою таких складів злочинів проти життя: умисне вбивство малолітньої дитини або жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК); умисне вбивство заручника або викраденої людини (п. 3 ч. 2 ст. 115 КК); умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку (п. 8 ч. 2 ст. 115 КК); умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства, систематичного знуцання або тяжкої образи з боку потерпілого (ст. 116 КК); умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини під час пологів або відразу після пологів (ст. 117 КК); умисне вбивство, вчинене при перевищенні меж необхідної оборони, а також у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст. 118 КК); доведення до самогубства, вчинене щодо особи, яка перебувала в матеріальній або іншій залежності від винного (ч. 2 ст. 120 КК); доведення до самогубства, якщо воно було вчинене щодо неповнолітнього (ч. 3 ст. 120 КК).

Іноді наявність спеціального потерпілого односторонньо вказує на те, що життя є додатковим об'єктом. Це зумовлює необхідність з'ясування основного об'єкту і відповідно змінює кваліфікацію діяння зі злочину проти життя на інший, передбачений Особливою частиною Кримінального кодексу, злочин.

**3 об'єктивної сторони** вбивство становить собою суспільно небезпечне, протиправне діяння. Переважна більшість вбивств вчиняється шляхом дії. Частіше за все такі дії мають інформаційний вираз у вигляді наступних дієслів і дієслівних оборотів: забити, зарізати, заколоти, зарубати, замордувати, застрелити, підірвати, розірвати, задушити, задавити, утопити, спалити, заморозити, отруїти, вдарити чим-небудь, наприклад, електричним струмом, скинути з висоти, фатально злякати, непоправно морально травмувати, створити смертельно небезпечну довготривалу психотравмуючу ситуацію тощо.

Це не виключає можливості вчинення вбив-

ства шляхом *бездіяльності*, коли особа повинна та може запобігти смерті, але свідомо не робить цього. Наприклад, мати, маючи умисел позбавити життя немовля, не годує його; лікар з наміром заподіяти смерть хворому не надає останньому необхідної медичної допомоги.

За особливостями конструкції об'єктивної сторони всі без винятку злочини проти життя є *матеріальними* за своїм складом, тобто вони вважаються закінченими тільки після настання смерті потерпілої особи, а при доведенні до самогубства (ст. 120) – суспільно небезпечного наслідку у вигляді самогубства або замаху на нього. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складів вбивства та доведення до самогубства є наявність причинного зв'язку між діянням і наслідком.

Якщо біологічна смерть не настає незалежно від волі винного, який діє з прямим умислом, має місце замах на вбивство. В інших випадках, коли винний діяв з непрямим умислом або з необережності, ненастання смерті слід кваліфікувати, виходячи з фактичних наслідків як відповідні злочини проти здоров'я, оскільки будь-яке вбивство завжди вчиняється за допомогою нанесення тілесних ушкоджень або заподіяння іншої шкоди здоров'ю.

Як правило, для кваліфікації злочину проти життя не має значення час його скоєння. Виняток – умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини, конструктивною ознакою якого є його вчинення під час пологів або відразу після пологів (ст. 117 КК).

Для більшості складів злочинів проти життя *спосіб* їх вчинення не має значення для кваліфікації. Незважаючи на це, видається за доцільне у кожному випадку кваліфікації подібних діянь обов'язково встановлювати спосіб, оскільки ця ознака може суттєво допомогти доведенню наявності та гранично можливої конкретизації інших ознак злочину, наприклад, характеризувати діяння як справді спрямоване на умисне заподіяння смерті іншої людини. З іншого боку, у деяких випадках спосіб здатен змінювати кваліфікацію (п. 4 ч. 2 ст. 115 КК – умисне вбивство, вчинене з особливою жорстокістю; п. 5 ч. 2 ст. 115 КК – умисне вбивство, вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб). Також спосіб є конструктивною ознакою у доведенні до самогубства, оскільки склад цього злочину може бути встановлений лише за умови застосування до особи жорстокого поводження, шантажу, примусу до протиправних дій або систематичного приниження її людської гідності (ч. 1 ст. 120 КК).

*Обстановка* скоєння злочину проти життя в деяких випадках здатна змінювати основний (простий) склад злочину на кваліфікований

або привілейований. Кваліфіковані склади створюються, коли умисне вбивство поєднане із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом (п. 10 ч. 2 ст. 115 КК) чи вчинене на замовлення (п. 11 ч. 2 ст. 115 КК). Привілейований склад має місце, коли умисне вбивство вчинене при перевищенні меж необхідної оборони, а також у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця.

**Суб'єктом** злочинів проти життя є фізична особа (вбивець, вбивця), яка згідно з ч. 1 ст. 22 КК до вчинення злочину досягла шістнадцяти років (статті 118–120 КК) або згідно з ч. 2 ст. 22 КК вчинила злочин проти життя у віці від чотирнадцяти до шістнадцяти років (статті 115–117 КК). Така особа також повинна бути осудною, в т.ч. обмежено осудною.

Якщо злочин проти життя вчиняється спеціальним суб'єктом, то основний (простий) склад цього злочину змінюється на кваліфікований або привілейований. Так, наявність кваліфікованого вбивства пов'язана зі скоєнням цього злочину: гвалтівником або особою, яка насильницько задовольняє статево пристрасть неприродним способом (п. 10 ч. 2 ст. 115 КК); особою, яка діє на замовлення (п. 11 ч. 2 ст. 115 КК); особою в складі групи, що діє за попередньою змовою (п. 12 ч. 2 ст. 115 КК); особою, яка раніше вчинила умисне вбивство, за винятком вбивства, передбаченого статтями 116–118 КК. Встановлення кваліфікованого складу самогубства (ч. 2 ст. 120 КК) залежить у т.ч. від факту його вчинення особою, у матеріальній або іншій залежності від якої знаходився потерпілий.

Якщо посягання на життя особи вчинено суб'єктом, який знаходився в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства, систематичного знущання або тяжкої образи з боку потерпілого, то скоєне утворює привілейований склад умисного вбивства, передбаченого ст. 116 КК. Мати новонародженої дитини є обов'язковою ознакою іншого привілейованого складу умисного вбивства (ст. 117 КК). Також обов'язковою ознакою привілейованого складу умисного вбивства, передбаченого ст. 118 КК, є особа, яка перевищує межі необхідної оборони або заходи, необхідні для затримання злочинця.

**Суб'єктивна сторона** злочинів, що посягають на життя, характеризується виною у формі як умислу, так і необережності. Необережна форма вини при вбивстві (ст. 119 КК) може бути виражена як у вигляді злочинної самовпевненості, так і злочинної недбалості. При доведенні до самогубства (ст. 120 КК) суб'єктивна сторона може мати вигляд умислу або необережності. Теоретично

не виключено, що при доведенні до самогубства двох або більше осіб (ч. 2 ст. 120 КК) щодо деяких з них у наявності буде умисел, а щодо інших - необережність.

Якщо законодавець додатково характеризує умисел за допомогою мотиву, це перетворює простий склад умисного вбивства на кваліфікований. Тому умисне вбивство є кваліфікованим за наявності його вчинення: з корисливих мотивів (п. 6 ч. 2 ст. 115 КК); з хуліганських мотивів (п. 7 ч. 2 ст. 115 КК); за мотивами помсти за виконання особою службового або громадського обов'язку (п. 8 ч. 2 ст. 115 КК); з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості (п. 14 ч. 2 ст. 115 КК). Умисне вбивство стає кваліфікованим і за наявності мети приховати інший злочин або полегшити його вчинення (п. 9 ч. 2 ст. 115 КК). Емоційний стан у вигляді сильного душевного хвилювання є конструктивною ознакою окремого привілейованого складу умисного вбивства, передбаченого ст. 116 КК.

## 4.2. Просте умисне вбивство

Відповідальність за просте умисне вбивство, тобто основний склад умисного вбивства<sup>7</sup>, що містить в собі тільки конструктивні ознаки цього злочину (без обтяжуючих та пом'якшуючих обставин, що мають значення для кваліфікації), передбачена ч. 1 ст. 115 КК. Цей склад злочину має базове, загальне значення. Без нього неможлива кваліфікація жодного умисного вбивства як у межах аналізованого розділу, так і інших розділів Особливої частини Кримінального кодексу<sup>8</sup>.

Юридичним **безпосереднім об'єктом** кримінально-правової охорони згідно з ч. 1 ст. 115 КК є всі суспільні відносини, що забезпечують недоторканість *життя* будь-якої окремої іншої людини (юридично-визначеного потерпілого) від умисного вбивства, зокрема:

- 1) у бійці;
- 2) у сварці;
- 3) з помсти на ґрунті особистих стосунків;
- 4) з ревнощів;

<sup>7</sup> Див. також: Гришук В.К. Основний склад умисного вбивства за Кримінальним кодексом України 2001 року // Вибрані наукові праці. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 501.

<sup>8</sup> Маковецька Н.Є. зазначає, що поняттю вбивства за кримінальним правом України та Республіки Польща притаманні такі ознаки: 1) вбивство є діянням, яке може бути вчиненом як у формі дії, так і у формі бездіяльності; 2) вбивство є умисним діянням; 3) вбивство є протиправним діянням; 4) вбивство є насильницьким діянням; 5) вбивством є діяння, що посягає на життя іншої людини; 6) вбивством є діяння, що заподіює смерть іншій людині (Маковецька Н.Є. Умисні вбивства за кримінальним правом України та Республіки Польща: юридичний аналіз складів злочинів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Львів, 2010. – С. 6).



5) вчиненого на прохання потерпілого;  
6) з використанням безпорадного стану потерпілого (за винятком вбивства малолітньої дитини, відповідальність за яке передбачено у п. 2 ч. 2 ст. 115 КК);

Фактичний безпосередній об'єкт простого умисного убивства – це конкретне суспільне взаємовідношення, що забезпечує недоторканість життя реальної окремої особи – фактичного потерпілого (Іванова, Петрової, Юрченка тощо), яка має численні особисті характеристики (прізвище, ім'я та по-батькові; дату народження, тобто початок життя, тощо) від перелічених вище видів посягань, що набувають конкретного вигляду, розгортаються в умовах певного місця, визначеного часу, встановленим шляхом, за конкретних обставин, за допомогою конкретних знарядь та засобів.

Юридично-визначена **об'єктивна сторона** простого умисного вбивства складається з: 1) дії або (значно рідше) бездіяльності, що посягає на життя будь-якої іншої особи; 2) наслідку у вигляді заподіяння смерті цієї людині; 3) причинного зв'язку між діями, що посягає на життя будь-якої іншої особи, та наслідком у вигляді заподіяння смерті цій людині.

Фактична дія полягає у завданні ударів, побоїв у життєво важливі органи реального (фактичного) потерпілого (голову, грудну клітку, живіт тощо), нанесенні тяжких тілесних ушкоджень, що спрямовані на умисне спричинення смерті потерпілому, або заподіяння іншої тяжкої шкоди здоров'ю, небезпечної для життя конкретної людини в момент заподіяння. Бійка припускає взаємне побиття, обоюдне завдання ударів, побоїв. Їй, як правило, передують лайка, образи, сварка, штовханина, інші дії попереднього характеру, однак це не обов'язково. Залежно від обстановки, що склалася, бійка може початися і без подібних «прелюдій». Мінімальна кількість учасників бійки – дві людини, максимальна кількість – необмежена. Проте при кваліфікації вбивства у бійці, в якому взяли участь декілька осіб, необхідно встановити наявність чи відсутність об'єктивної та суб'єктивної спільності дій учасників бійки, а також вид злочинної групи. Якщо кожен з учасників бійки діяв окремо, не маючи спільного умислу на позбавлення життя потерпілого, то просте вбивство буде ставитися в вину тільки тій особі, яка безпосередньо лишила життя потерпілого. У тих випадках, коли особи діють у групі, але намір позбавити життя потерпілого виникає після початку бійки, має місце просте умисне вбивство, вчинене групою осіб. Якщо дії суб'єктів погоджені хоча б у загальних рисах до початку бійки (час погодження не має значення), тобто вони діють за попередньою змовою на вбивство, скоєне треба кваліфікувати

за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК як умисне вбивство, вчинене за попередньою змовою групою осіб.

Факт бійки можна констатувати і в тому випадку, якщо її учасники нанесли один одному тільки по одному удару. Видається, що немає підстав вважати бійкою таке дійство, коли одна людина активно нападає, а інша тільки пасивно захищається від супротивника, який явно перевершує її за своїми фізичними показниками. Хоча така обставина скоріш за все не змінить формулу кваліфікації (ч. 1 ст. 115 КК), але формулювання кваліфікації буде виглядати дещо інакше і становити собою інший різновид простого вбивства, що згодом може бути враховано судом при визначенні обсягу кримінальної відповідальності, зокрема, розміру покарання.

Сварка становить собою гостру суперечку, що супроводжується взаємними докорами, образами, грубими, лайливими словами. Такі дії можуть перетворитися і на бійку, однак це трапляється не завжди.

*Так, 4 липня 2005 року Г., М. та потерпіла З. в її будинку на вул. Гоголя, 9/1 у м. Ковелі спільно вживали спиртні напої. Між Г. та З. виникла сварка, у процесі якої у Г. виник умисел на вбивство останньої. З цією метою він наніс їй численні удари ножем в груди та живіт, спричинивши проникаючі колото-різані ушкодження грудної клітки та серця, внаслідок чого настала смерть потерпілої З. Суд правильно кваліфікував дії Г. як умисне вбивство під час сварки на ґрунті особистих стосунків за ч. 1 ст. 115<sup>9</sup>.*

Фактичний наслідок – заподіяння біологічної (незворотної) смерті конкретній реальній особі (Іванову, Петровій, Юрченку тощо). Цей юридичний факт повинен бути належним чином констатований та закріплений у відповідних документах, що мають кримінально-процесуальне значення. Вбивство – це матеріальний склад злочину. Тому, якщо наслідку у вигляді смерті не заподіяно, але той, хто посягав, діяв із прямим умислом на вбивство, скоєне слід кваліфікувати як закінчений або незакінчений замах на вбивство залежно від суб'єктивного критерію конкретної винної особи (ч. 2 або ч. 3 ст. 15 і ч. 1 ст. 115 КК). Такий підхід впливає, зокрема, з п. 4 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 року № 2 «Про судову практику в справах проти життя та здоров'я особи». Якщо особа діє з неконкретизованим прямим умислом, який охоплює й намір позбавити потерпілого життя, що особливо характерно для вбивства в бійці, або з непрямым умислом на вбивство, недове-

<sup>9</sup> Кримінальне судочинство в Україні: Судова практика. Злочини проти життя особи (вбивства): Офіц. вид. / Верх. Суд України. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 150.

дене до кінця посягання на життя особи слід кваліфікувати, виходячи з реальних наслідків скоєного.

При вирішенні питання про наявність у винної особи умислу на позбавлення потерпілого життя слід враховувати як спосіб і знаряддя злочину, так і кількість та локалізацію тілесних ушкоджень, а також інші обставини вчинення злочину, на підставі яких можна зробити висновок про зміст і спрямованість умислу винного.

*С.В. спочатку було визнано винним в умисному вбивстві своєї дружини С.Й., вчиненому за таких обставин. 7 березня 1985 р. приблизно о 15 год. між С.В., який перебував у стані алкогольного сп'яніння, та його дружиною С.Й. виникла сварка, під час якої С.В. кухонним ножом завдав потерпілій удар у черевну порожнину, заподіявши їй тяжке тілесне ушкодження, небезпечне для життя в момент заподіяння. Незважаючи на надану медичну допомогу, 11 березня 1985 р. С.Й. померла. Згодом у справі було встановлено, що потерпілій було завдано тільки один удар ножом, С.В. після завдання удару намагався надати їй допомогу, на слідстві та в суді стверджував, що не мав умислу на вбивство своєї дружини. Тому судова колегія в кримінальних справах ВСУ попередні судові рішення змінила, перекваліфікувавши дії засудженого зі ст. 94 КК 1960 р. (ч. 1 ст. 115 чинного КК) на ч. 3 ст. 101 КК 1960 р. (ч. 2 ст. 121 КК 2001 р.), тобто з простого умисного вбивства на умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілої.*

Оскільки вбивство має матеріальний склад злочину, слід неодмінно встановлювати причинний зв'язок між діяннями, що посягають на життя особи, та заподіянням їй смерті. Присутність причинного зв'язку при простому умисному вбивстві (а, отже, й при всіх інших видах вбивств) об'єктивно існує, коли діяння, що посягає на життя людини, передують у часі настанню смерті, є головним визначальним чинником її настання, з неминучістю викликає настання смерті як незворотного наслідку<sup>10</sup>.

*18 жовтня 2002 р. Ш. у своєму будинку під час вживання разом із Ж. та К. спиртних напоїв умисно вдарив останнього рукою в обличчя. У відповідь К. ударив Ш., а коли той упав на підлогу, з метою вбивства почав завдавати йому руками й ногами удари в життєво важливі органи, потім кухонним ножом заподіяв чотири різані рани в ділянці шиї та щелепи і при цьому відрізав вухо. Ж. також з метою позбавити*

*Ш. життя завдав йому декілька ударів руками й ногами в ділянки розташування життєво важливих органів, а потім стрибнув на його грудну клітку, чим заподіяв численні переломи ребер справа і зліва, розриви капсули та паренхіми печінки. В наслідок травматичного шоку від одержаних тілесних ушкоджень Ш. помер на місці вчинення злочину. Вироком суду злочинна діяльність К. і Ж. кваліфікована за ч. 1 ст. 115 КК<sup>11</sup>.*

Умисне вбивство також розглядається як просте, коли воно вчинене з використанням безпорадного стану потерпілого (потерпілої). Безпорадний стан означає, що людина неспроможна чинити опір вбивці, потребує допомоги інших осіб, безпомічна самотужки уникнути смерті. Такий стан може бути викликаний тяжкою хворобою, екстремальним самопочуттям, виснаженістю організму, інвалідністю, перенесеною операцією, вживанням спиртних напоїв, наркотичних засобів, психотропних речовин, непритомністю, звичайним сном або сном під впливом снодійного, похилим віком потерпілої особи тощо.

*К. співмешкав з Р. і проживав разом з нею, її матір'ю О. (1929 р.н.) та двома неповнолітніми дітьми в будинку, що знаходиться в с. Порозок Краснопільського району Сумської області. 25 червня 2005 р. прийшовши додому в стані алкогольного сп'яніння, він учинив сварку зі своєю співмешканкою Р. та її матір'ю О. Коли співмешканка пішла з дому до своїх знайомих, К. продовжив сварку з її матір'ю, в процесі якої ображав та бив її руками та ногами, а потім здавив руками шию і таким чином задушив її. Такі дії правильно кваліфіковано судом за ч. 1 ст. 115 КК<sup>12</sup>.*

Якщо безпорадний стан потерпілого пов'язаний з його малолітством, то вчинене необхідно кваліфікувати за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК як умисне вбивство малолітньої дитини.

Практиці відомі випадки, коли вбивство вчиняється на прохання потерпілого. Прохання означає звернення до будь-якої персони з виразом бажання допомоги піти з життя, якщо особа не в змозі самотійно заподіяти собі смерть. Згідно з чинним законодавством такі випадки повинні кваліфікуватися за ч. 1 ст. 115 КК. В.В. Сташис і М.І. Бажанов наводять приклад, коли наявність складу злочину, що розглядається, було встановлено в діях Б., який на прохання К. убив його двома пострілами з рушниці<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Судово-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Упорядник і автор передмови М.І. Хавронюк. – К.: Юрисконсульт. – 2006. – С. 215.

<sup>12</sup> Кримінальне судочинство в Україні: Судова практика. Злочини проти життя особи (вбивства): Офіц. вид. / Верх. Суд України. – К.: Вид Дім «Ін Юре», 2007. – С. 146.

<sup>13</sup> Сташис В.В., Бажанов М.І. Личность под охраной уго-

<sup>10</sup> Про проблеми причинного зв'язку у кримінальному праві див., зокрема: Дудоров О., Письменський Є. Сучасний стан кримінально-правового вчення про причинний зв'язок: критичний аналіз // Вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2011. – № 2. – С. 527-534.

С.В. Бородин рекомендує відрізнити від убивства на прохання потерпілого вбивство з жалю (евтаназію<sup>14</sup>), коли винний виконує прохання тяжко хворої людини про позбавлення її життя. Вчений вважає, що у кримінальному кодексі доцільно було би передбачити відповідальність за вбивство із жалю як за вбивство, вчинене за пом'якшуючих обставин. Норми аналогічного змісту є, наприклад, в КК Данії, Іспанії, Польщі<sup>15</sup>. Що ж стосується міри покарання, то її можливо було б передбачити в межах покарання за привілейований склад вбивства, як, наприклад, за вбивство при перевищенні меж необхідної оборони. У подальшому, за певних умов, навіть було б доречно декриміналізувати цей вид простого вбивства<sup>16</sup>.

ловного закона. Глава 3 Уголовного Кодекса Украины с научно-практическим комментарием. – Симферополь: «Таврида», 1996. – С. 53.

<sup>14</sup> Див. також: Гришук В.К. Еутаназія в теорії і практиці зарубіжних держав і в Україні // Вибрані наукові праці. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 493; Гришук В.К. Еутаназія: pro et contra // Там само. – С. 548; Гришук В.К. Кримінально-правова кваліфікація еутаназії // Там само. – С. 607; Куц В., Триньова Я. Рецензія на книгу: Капинус О.С. Эвтаназия как социально-правовое явление. – М., 2006 // Уголовное право. – 2007. – № 5. – С. 133-137; Рагог А. В связи с рецензией на книгу: Капинус О.С. Эвтаназия как социально-правовое явление // Уголовное право. – 2007. – № 5. – С. 138-142.

<sup>15</sup> Бородин С.В. Преступления против жизни. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс». 2003. – С. 111. Приблизницею подібного варіанту вирішення цієї кримінально-правової проблеми виступає вітчизняна дослідниця Я.О. Триньова. Вона пропонує включити до Розділу II Особливої частини КК України статтю під назвою «Позбавлення життя людини із співчуття до неї», яка б передбачала відповідальність за позбавлення життя людини на її осмислене прохання із співчуття, викликаного її фізичними або моральними стражданнями, з метою їх припинення (Триньова Я.О. Кримінально-правова оцінка позбавлення життя людини із співчуття до неї: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 15).

Наведене формулювання, вочевидь, не зовсім точно відображає суть злочинного діяння, якому присвячується пропонувана норма. Річ у тім, що моральні страждання людини, які здатні викликати до неї співчуття, можуть бути зумовлені не лише вкрай незадовільним станом її здоров'я (наприклад, це може бути нерозділене кохання). При цьому сама Я.О. Триньова переконана в тому, що джерелом страждань у контексті пропонуваної норми КК мають бути саме невиліковна хвороба, фізичні чи психічні вади людини. Отже, формулювання наведеної норми КК потребує уточнення у плані більш чіткого позначення обстановки відповідного кримінально караного діяння.

<sup>16</sup> Науковцями також висувається гіпотеза, що за певних обставин позбавлення життя людини із співчуття до неї на осмислене прохання останньої не слід визнавати вбивством, навіть «привілейованим», оскільки це не відображає соціально-правової суті зазначеного діяння. Натомість пропонується визнати позбавлення життя людини із співчуття до неї, самостійним злочином проти життя і віднести його до окремої групи цих злочинів – умисне спричинення смерті без ознак вбивства.

Запропоноване бачення кримінально-правової природи позбавлення життя людини із співчуття до неї обумовлює доцільність уточнення доктринального визначення вбивства. Таким пропонується визнавати умисне протиправне насильницьке позбавлення життя людини. В результаті висувається класифікація злочинів проти життя: а) вбивство;

До інших видів вбивства без обтяжуючих та пом'якшуючих обставин, які в слідчій та судовій практиці зустрічаються порівняно рідко, належать: вбивство, вчинене винним у зв'язку з неправомірними діями потерпілого, за відсутності ознак складу злочину, передбаченого ст. 116 КК; вбивство, вчинене у результаті неправомірного застосування зброї представником влади; вбивство з переляку людини, помилково сприйнятою винним за нападника; вбивство, вчинене при проведенні наукового експерименту чи при випробуванні винаходу тощо.

**Суб'єктом** простого умисного вбивства виступає будь-яка фізична особа, якій до вчинення цього злочину виповнилося чотирнадцять років. Така особа повинна бути осудною, тобто під час вчинення простого вбивства усвідомлювати свою діяльність (бездіяльність), спрямовану на позбавлення життя іншої людини чи небезпечну для її життя через бійку, використання безпорадного стану потерпілого, виконання прохання потерпілого позбавити його життя або іншу діяльність (бездіяльність) у межах об'єктивної сторони простого вбивства і керувати ними.

Суб'єктом цього злочину також буде особа, визнана судом обмежено осудною, тобто така, яка під час вчинення простого вбивства, через наявний у неї психічний розлад, не була здатна повною мірою усвідомлювати свою діяльність (бездіяльність), спрямовану на позбавлення життя іншої людини чи небезпечну для її життя за перелічених вище обставин та (або) керувати ними.

**Суб'єктивна сторона** умисного вбивства характеризується як прямим, так і непрямым умислом. Для вбивства в бійці більш розповсюдженим є неконкретизований умисел. При прямому юридично-визначеному умислі на просте вбивство особа: усвідомлює, що вчинена нею дія або бездіяльність спрямована на позбавлення життя іншої особи у бійці, при сварці, за проханням потерпілого, з використанням безпорадного стану потерпілої особи або за відсутності ознак інших видів вбивств; передбачає настан-

б) умисне спричинення смерті без ознак вбивства; в) необережне спричинення смерті; г) доведення до самогубства. Слід зауважити про існування, окрім позбавлення життя людини на її прохання із співчуття до неї, ще трьох різновидів умисного припинення життя іншої людини, які, через відсутність необхідних кримінально-правових ознак, за певних умов взагалі не повинні вважатися злочинними, а саме: а) еїтаназія, тобто припинення життя невиліковно хворого, здійснене на його усвідомлене прохання лікарем; б) органазія, тобто припинення життя невиліковно-хворого, здійснене лікарем на прохання інших уповноважених осіб; в) самогубство, асистоване лікарем. (Триньова Я.О. Кримінально-правова оцінка позбавлення життя людини із співчуття до неї: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 10-11).



ня смерті іншої людини і бажає її настання. При непрямому умислі, усвідомлюючи та передбачаючи всі вище перелічені інтелектуальні складові, вона не бажає, але свідомо припускає настання смерті іншої людини. Якщо наявний неконкретизований умисел, суб'єкт свідомо припускає настання наслідків і у вигляді смерті, і у вигляді тілесних ушкоджень будь-якої тяжкості. За таких обставин його діяння слід кваліфікувати виходячи з тих наслідків, що мали місце у реальній дійсності.

Просте умисне вбивство завжди вчиняється з прямим умислом, коли воно скоєне з мотивів помсти або з ревнощів. Вбивство з помсти вчинюється, коли винна особа вважає, що з боку потерпілого їй було заподіяно якесь суттєве зло. А сам акт убивства розглядається суб'єктом як справедлива відплата за заподіяне нещастя, винуватцем якого він (вона) визнає особу потерпілого. Причини для помсти можуть бути які завгодно, за виключенням помсти у зв'язку з виконанням особою службового або громадського обов'язку. В останньому випадку скоєне слід кваліфікувати за п. 8 ч. 2 ст. 115 КК.

Коли мотив убивства – ревнощі, це означає, що поштовхом до вбивства є болісний у психічному розумінні сумнів у чийсь любові, вірності. Суб'єкт цього виду вбивства підозрює в комусь свого суперника в коханні та морально страждає від чиеїсь прихильності до когось іншого. Якщо вбивство з ревнощів вчиняється стосовно жінки, яка перебувала завідомо для винного у стані вагітності, скоєне необхідно кваліфікувати за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК. Дійсний чи уявний факт подружньої зради не може розцінюватися як обставина, що пом'якшує відповідальність, за виключенням умисного вбивства, вчиненого у стані сильного душевного хвилювання, коли зрада сприймається винною особою як тяжка образа з боку потерпілого. Ця обставина змінює кваліфікацію з ч. 1 ст. 115 на ст. 116 КК.

### **4.3. Кваліфіковані складу умисного вбивства**

До кваліфікованих видів умисного вбивства відносяться складу злочинів, передбачених ч. 2 ст. 115 КК. Необхідною умовою кваліфікації умисного вбивства як такого, що включає обтяжуючі обставини, є початкове встановлення усіх ознак одного з видів простого умисного вбивства. Тільки таким чином можливе дослідження особливостей, властивих ознакам, що характеризують елементи того чи іншого кваліфікованого складу. Крім того, такий підхід зберігає час правозастосувача, оскільки якщо

в діянні немає складу простого умисного вбивства, то подальший процес кваліфікації не має жодного сенсу.

Усі умисні вбивства, вчинені за обтяжуючих обставин, відносяться до особливо тяжких злочинів проти життя.

Для остаточної кваліфікації діяння за ч. 2 ст. 115 КК достатньо встановлення в діянні винної особи хоча б одного складу злочину умисного вбивства за обтяжуючих обставин з наведеного у згаданій нормі вичерпного переліку. При цьому вказується, який саме пункт цієї статті інкримінується суб'єкту злочину. Якщо вчинене умисне вбивство підпадає під два або більше пунктів ч. 2 ст. 115 КК, вказуються всі відповідні пункти за умови, що вони не знаходяться у суперечності один до одного. Згідно з п. 18 постанови постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я особи» при засудженні особи за декількома пунктами ч. 2 ст. 115 КК покарання за кожним пунктом цієї статті окремо не призначається. Проте при його призначенні необхідно враховувати наявність у діях винного декількох кваліфікуючих ознак умисного вбивства як обставини, що впливає на ступінь тяжкості вчиненого злочину.

**Умисне вбивство двох або більше осіб** (п. 1 ч. 2 ст. 115 КК). Підвищена суспільна небезпека цього складу умисного вбивства пов'язана з множинністю потерпілих, тому що смерть може бути протиправно заподіяна необмеженій кількості людей. На оцінку суспільної небезпеки цього виду умисного вбивства також впливає велика особиста небезпека суб'єкту злочину, що має прояв в його готовності та здатності позбавити життя одразу кількох осіб.

Дії, що створюють злочинну діяльність вбивці, можуть вчинятися одночасно або мати розрив у часі, іноді доволі великий. Наявність розриву в часі між різними актами заподіяння смерті при реалізації єдиного умислу на вбивство двох або більше осіб значення для кваліфікації злочину за п. 1 ч. 2 ст. 115 КК не має. Зміст такого умислу розкривається наступним чином. До початку дій, що утворюють об'єктивну сторону цього злочину, особа усвідомлювала майбутню спрямованість своїх дій на позбавлення життя двох або більше осіб, передбачала можливість чи неминучість настання їх смерті як результат своєї діяльності і бажала чи свідомо припускала настання смерті охоплюваної її наміром множини потерпілих. Дії суб'єкта можуть кваліфікуватися за п. 1 ч. 2 ст. 115 КК за умови, що доведено, що його умисел був спрямований на одночасне позбавлення життя декількох осіб. Проте, за умови єдності умислу, така кваліфікація, як вже зазна-

чалось, не виключена і при розриві у часі. Доказом єдності умислу може додатково слугувати єдність мотивів, але її наявність не обов'язкова, оскільки згідно з п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я особи» не має значення, яким мотивом керувався винний і чи був він однаковим при позбавленні життя кожного з потерпілих. Склад цього злочину відсутній, коли умисне вбивство двох або більше осіб не охоплювалося єдиним замислом винного і він мав окремий умисел на вбивство кожного з потерпілих. У цьому випадку скоєне може кваліфікуватися як умисне вбивство, вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство (п. 13 ч. 2 ст. 115 КК).

13 травня 2005 р. приблизно о 19 год. 30 хв. у смт. Троїцько-Харцизьк С.В., О. і С.О. зустріли В., який, як вони вважали, був винен їм гроші, і, погрожуючи розправою, вимагали повернення грошей до 21 год. Після цієї розмови у В. виник умисел на їх вбивство. З цією метою він взяв дома кухонний ніж, і, коли С.О. прийшов приблизно о 21 год. до буд. 25 на вул. Зарічній у смт. Троїцько-Харцизьк, В. запросив його зайти у двір. Там після того, як С.О. наніс кулаком кілька ударів у обличчя В., останній під вигаданим приводом нібито передачі грошей запропонував йому пройти за будинок і пропустив уперед. Після цього В. наніс ножом один удар у спину С.О., а коли той повернувся – наніс ножом другий удар в область серця. Від отриманих колото-різаних поранень потерпілий помер на місці скоєння злочину.

Переконавшись у тому, що С.О. помер, В. перемістив його труп за будинок, вийшов на вулицю і запросив С.В. зайти у двір під приводом вживання спиртних напоїв разом із С.О. Коли С.В. зайшов у двір, В. пропустив його вперед і наніс ножом два удари в спину, заподіявши два проникаючих колото-різаних поранення, внаслідок чого потерпілий помер на місці скоєння злочину.

Після переміщення трупа С.В. за будинок В. вийшов на вулицю і запросив О. зайти у двір, повідомивши, що його чекають С.О. та С.В. Коли О. зайшов у двір, В. знову пропустив його вперед і наніс ножом два удари в спину, заподіявши проникаючі колото-різани поранення, внаслідок чого потерпілий помер на місці події. Суд кваліфікував дії В. за п. 1 ч. 2 ст. 115 КК<sup>17</sup>.

Вбивство однієї людини і замах на життя іншої за наявності єдиного умислу на позбавлення їх життя слід кваліфікувати за сукупністю ч. 1 (ч.

2) ст. 115, ч.ч. 2 чи 3 ст. 15 та п. 1 ч. 2 ст. 115 КК незалежно від послідовності злочинних дій.

Окремо слід звернути увагу на ситуації, коли вбивство двох або більше осіб, вчинене через певний період після закінчення неправомірних дій з боку винних, виключає перебування засудженого у стані необхідної оборони чи сильного душевного хвилювання.

Так, вироком Апеляційного суду Донецької області І. було визнано винним у вчиненні умисного вбивства двох осіб – В. і П. та незаконному повожденні зі зброєю і боєприпасами до неї і засуджено за п. 1 ч. 2 ст. 115 та ч. 1 ст. 263 КК України. У касаційній скарзі засуджений стверджував, що, стріляючи з пістолета в потерпілих, він захищався від неправомірних дій з боку останніх, умислу й мотиву на їх вбивство у нього не було. Відповідно до ст. 36 КК України дії з припинення суспільно небезпечного посягання будуть правомірними, якщо вони зумовлені потребою негайного відвернення чи припинення посягання. Однак суд визнав встановленим, що після того, як потерпілі вимагали в І. гроші в розмірі 200 грн., погрожували йому пістолетом, вони дали йому можливість зникнути. При цьому один потерпілий залишився у гаражі, а інший на сходовій площадці у під'їзді будинку, де проживав засуджений.

І., зайшовши до свого помешкання, взяв там пістолет і, повернувшись до гаража разом із потерпілим В., зробив у останнього постріл зі свого пістолета, а потім відразу ж двічі вистрілив у П., який стояв до нього спиною. Смерть обох потерпілих настала на місці від кульових вогнепальних поранень голови з пошкодженням головного мозку. За таких обставин в діях І. ознак необхідної оборони не вбачається, а тому суд обґрунтовано дійшов висновку, що він вчинив вбивство двох осіб з помсти після конфлікту, який стався між ним та потерпілими<sup>18</sup>.

**Умисне вбивство малолітньої дитини або жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності** (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК). Суспільна небезпека цього кваліфікованого складу умисного вбивства зумовлена тим, що смерть заподіюється спеціальним потерпілим: 1) малолітній дитині; 2) жінці, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності.

Охорона материнства і дитинства, в т.ч. кримінально-правовими засобами, є одним з пріоритетних завдань держави (ч. 3 ст. 51 Конституції України). Це завдання набуває особливої актуальності в контексті сучасної складної демографічної ситуації в Україні.

<sup>17</sup> Кримінальне судочинство в Україні: Судова практика. Злочини проти життя особи (вбивства): Офіц. вид. / Верх. Суд України. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 178-179.

<sup>18</sup> Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 вересня 2008 р. // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 12. – С. 33-35.

Як роз'яснюється в абз. 1 п. 6 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я особи», під убивством малолітньої дитини розуміється умисне позбавлення життя особи, якій не виповнилося 14 років. Вік малолітства встановлюється насамперед СК (ч. 2 ст. 6). Особа не вважається малолітньою, починаючи з 0 годин дня, наступного за днем народження, коли їй виповнюється 14 років. Тому аналізований склад злочину буде констатуватися і тоді, коли вбивство вчинене в 14-й день народження.

До другої категорії потерпілих належить жінка, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності. Видається, що для віднесення жінки до цієї категорії вона, перш за все, сама має безсумнівно бути впевнена в наявності такого стану (за допомогою лікаря, спеціальних тестів тощо). Судовий практиці відомий приклад, коли суд без достатніх підстав дійшов висновку про наявність у діях винного кваліфікуючої ознаки, передбаченої п. «д» ст. 93 попереднього КК України (умисне вбивство жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності), оскільки відповідно до висновку судово-медичної експертизи даних про вагітність потерпілої немає, а інші об'єктивні докази у справі з цього питання були відсутні<sup>19</sup>. На кваліфікацію дій винного за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК не впливають: джерело інформації про вагітність потерпілої (саме потерпіла, інші особи, медичні документи, об'єктивні ознаки, котрі здатні свідчити про вагітність, тощо); наявність чи відсутність сімейних стосунків (незнайомі особисто, знайомі, коханці, подружжя тощо). Кваліфікація злочину не залежить також від строку вагітності та життєздатності плоду.

Винна особа достовірно знає, що вчиняє дії, спрямовані на позбавлення життя малолітньої дитини або жінки, яка перебуває у стані вагітності, чи припускає, що потерпілий є малолітнім, або за обставинами справи повинен був і міг усвідомлювати малолітство потерпілого, передбачає неминучість або можливість настання смерті такої дитини чи згаданої жінки, бажає, а якщо не бажає, то свідомо припускає настання смерті указаних осіб.

Коли винний, вбиваючи потерпілого внаслідок сумлінної помилки, не усвідомлював, не міг і не повинен був усвідомлювати, що потерпілому не виповнилося ще 14 років, його дії, виходячи з обставин справи, необхідно кваліфікувати не за п. 2 ч. 2 ст. 115, а за іншою нормою КК. У випадку, коли особа помилково вважає, що вбиває малолітнього в той час, як насправді потерпі-

лому вже виповнилося 14 років, її дії належить кваліфікувати за сукупністю як закінчене вбивство реального потерпілого (потерпілої) та як замах на позбавлення життя малолітньої дитини. Аналогічно вирішуються питання кваліфікації при відповідних варіантах помилок в стані вагітності жінки.

*М. визнано винним у вчиненні умисного вбивства малолітньої дитини за таких обставин. 14 вересня 2005 р. приблизно о 13 год. М., який мав близькі стосунки з Д.О. і неприязні – з її малолітньою дочкою Д.К. (1994 р.н.), прийшов з метою позбавлення життя останньої до кв. 15, розташованої в ж/м Парус, 1а у м. Дніпропетровську. Коли Д.К. відкрила йому двері, М., вневпившись, що вона знаходиться вдома одна, з метою її умисного вбивства поклав на обличчя потерпілої подушку і став її душити, до того ж тиснув на її шию передпліччям та ліктем до тих пір, поки Д.К. не перестала подавати ознаки життя. Після цього М. поклав труп Д.К. у раніше підготовлену сумку і виніс у лісосмугу поблизу р. Дніпро у м. Дніпропетровську. Суд правильно кваліфікував це діяння за п. 2 ч. 2 ст. 115 як умисне вбивство малолітньої дитини<sup>20</sup>.*

Додамо також, що при призначенні покарання за діяння, кваліфіковані за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК, суд не може повторно врахувати обставини, передбачені п. 6 і п. 7 ч. 1 ст. 67 КК, оскільки вказані в цих нормах обставини, які обтяжують покарання, вже встановлені при кваліфікації злочину. Виключення у частині застосування п. 6 ч. 1 ст. 67 КК можливе тільки в тих випадках, коли малолітня дитина одночасно перебувала в безпорадному стані.

**Умисне вбивство заручника або викраденої людини** (п. 3 ч. 2 ст. 115). Соціальна зумовленість цієї норми викликана, передусім, необхідністю попередити потенційно можливе позбавлення життя потерпілих під час вчинення щодо них злочинів, передбачених ст. 146 (незаконне позбавлення волі або викрадення людини) і ст. 147 (захоплення заручників), шляхом встановлення максимальної кримінальної відповідальності. Суспільна небезпечність таких вбивств значною мірою посилюється суттєвим обмеженням можливості самозахисту потерпілих від посягання на їх життя.

Одна з умов настання відповідальності за умисне вбивство заручника потребує, щоб потерпілий був саме заручником, тобто особою, яка була захоплена чи трималася з метою спонукати її родичів, державну або іншу установу, підприємство чи організацію, фізичну або служ-

<sup>19</sup> Бюлетень законодавства і юридичної практики. – 1993. – № 4. – С. 86.

<sup>20</sup> Кримінальне судочинство в Україні: Судова практика. Злочини проти життя особи (вбивства): Офіц. вид. / Верх. Суд України. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 207.



бову особу до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника.

Таким чином, спочатку вчиняється предикатний злочин, передбачений, як правило, ст. 147 КК, як умова наступного злочину, передбаченого п. 3 ч. 2 ст. 115 КК. При цьому необов'язковим є скоєння таких злочинів однією і тією ж особою. Не виключається також, що заручником може стати працівник влади, працівник правоохоронного органу чи їх близькі родичі, особи, які мають міжнародний захист. У такому випадку як предикатні злочини виступатимуть, відповідно, злочини, передбачені ст.ст. 349 і 444 КК самостійно або у сукупності зі ст. 147 КК залежно від можливого кола потерпілих.

Викрадена людина – особа, яка протягом певного часу протиправно позбавлена викрадачем фізичної свободи (волі) та особистої недоторканості в частині права на свободу пересування, вільний вибір місця проживання у результаті її таємного чи відкритого заволодіння шляхом застосування до неї насильства або обману. Таким чином, під викраденою людиною в складі злочину, передбаченого п. 3 ч. 2 ст. 115 КК, переважно слід розуміти потерпілого за змістом ст. 146 КК.

Аналіз абз. 2 п. 7 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2 дає підстави вважати, що з суб'єктивної сторони склад злочину, що розглядається, може бути вчинений тільки з прямим умислом. Дії кваліфікуються як умисне вбивство заручника незалежно від того, чи була винна особа причетною до вчинення злочину, передбаченого ст. 147 КК. Разом з тим мотив такого вбивства повинен мати зв'язок із зазначеним злочинном (це можуть бути бажання спонукати зазначених у ст. 147 КК осіб до вчинення або утримання від вчинення певних дій, помста за невиконання висунутих вимог, прагнення приховати захоплення чи тримання заручника або інший злочин, вчинений під час їх здійснення, тощо).

Таким чином, особа усвідомлює, що її дії спрямовані на позбавлення життя заручника або викраденої людини, передбачає можливість чи неминучість настання їх смерті і, керуючись мотивами, пов'язаними зі статтями 146, 147, 349, 444 КК, бажає настання смерті саме цих осіб.

**Умисне вбивство, вчинене з особливою жорстокістю** (п. 4 ч. 2 ст. 115 КК). За цією нормою дії винного кваліфікуються у тому разі, коли він, позбавляючи потерпілого життя, усвідомлював, що завдає йому особливих фізичних (шляхом заподіяння великої кількості тілесних ушкоджень, тортур, мордування, катування, в т.ч. з використанням вогню, струму, кислоти,

лугу, радіоактивних речовин, отрути, яка завдає нестерпного болю, тощо), психічних або моральних страждань (шляхом зганьблення честі, пониження гідності, заподіяння тяжких душевних переживань, знущання тощо).

Слід звернути увагу на те, що сама по собі значна кількість тілесних ушкоджень не свідчить про спричинення потерпілому особливих страждань. Ознака особливої жорстокості як кваліфікуюча обставина пов'язується не тільки із способом вбивства, а й іншими даними, які свідчать про спричинення потерпілій особі особливих мук і страждань.

*Так, вироком апеляційного суду м. Києва С. був засуджений за ч. 1 ст. 115 КК України. Його визнано винним у вчиненні умисного вбивства потерпілої Ш., якій він наніс два удари металевою палицею по голові, одного удару ножом у потиличну частину голови, два удари ножом у груди та, задушуючи шию потерпілої рукою, по одному удару ножицями в кожне око. Смерть Ш. настала на місці події впродовж короткого проміжку часу від чисельних колото-різаних поранень тіла (голови, шиї, грудей) з ушкодженням внутрішніх органів. За висновком судово-медичної експертизи жодне з нанесених тілесних ушкоджень не було смертельним. Допитаний у судовому засіданні судово-медичний експерт зазначив, що потерпіла фактично не втрачала свідомості та відчувала фізичні страждання протягом 30 хвилин. З урахуванням названих обставин колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ скасувала цей вирок суду на тій підставі, що з обвинувачення необґрунтовано виключено кваліфікуючу ознаку «вбивство потерпілої з особливою жорстокістю»<sup>21</sup>.*

П. 4 ч. 2 ст. 115 КК застосовується також тоді, коли вбивство вчинювалося в присутності близьких потерпілому осіб, і винний усвідомлював, що такими діями завдає останнім особливих психічних чи моральних страждань.

Умисне вбивство слід визнавати вчиненим **способом, небезпечним для життя багатьох осіб** (п. 5 ч. 2 ст. 115 КК), у тому випадку, якщо винний, реалізуючи умисел на позбавлення життя потерпілого, усвідомлював, що застосовує такий спосіб убивства, який є небезпечним також й для життя інших людей (вибух, підпал, отрута системи водопостачання питної води, яку використовує район міста тощо).

Умисне вбивство вважається вчиненим **із корисливих мотивів** (п. 6 ч. 2 ст. 115 КК), коли винний у зв'язку із смертю потерпілого бажав

<sup>21</sup> Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 червня 2005 р. // Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах: Офіц. вид. / Верховний Суд України; відп. ред. П.П. Пилипчук. – К.: Концерн «Ін Юре», 2007. – С. 209-221.

отримати матеріальні блага для себе чи інших осіб, одержати або зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків, досягти іншої матеріальної вигоди. Для інкримінування п. 6 ч. 2 ст. 115 КК має значення момент виникнення корисливих спонукань. За цією нормою дії винного кваліфікуються тільки у тому випадку, якщо корисливий мотив виник до початку чи під час вчинення злочину. У разі, якщо він виник після вчинення вбивства, кваліфікація за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК виключається.

У разі умисного вбивства під час розбійного нападу, вимагання або незаконного заволодіння транспортним засобом, наркотиками або зброєю тощо, дії винного слід кваліфікувати за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК й тими статтями Особливої частини КК, якими встановлена відповідальність за злочинне заволодіння відповідним видом майна (ст. 187, ст. 189, ст. 262, ст. 308, ст. 312, ст. 313, ст. 289 КК).

Не можна кваліфікувати як убивство з корисливих мотивів (або замах на нього) дії особи, яка застосувала насильство не під час розбійного нападу і не з метою збереження викраденого майна, а після закінчення нападу та з метою уникнути затримання.

*Л. та інша особа за попередньою змовою вчинили розбійний напад із проникненням до приміщення магазину з метою заволодіння чужим майном. Коли Л. та інший учасник злочину заволоділи грошима, їх почали переслідувати Л.О., К. та Л.М. Винний Л. із метою позбавити життя Л.О. зробив у нього постріл з обріза, але промахнувся. Після цього під час переслідування з тією ж самою метою Л. з близької відстані намагався зробити постріл в Л.М., але через осічку пострілу не сталося, і в цей момент Л. було затримано. Судова колегія в кримінальних справах ВСУ ухвалою змінила вирок судової колегії в кримінальних справах Дніпропетровського обласного суду щодо Л., виключивши з нього п. «а» ст. 93 КК України 1960 р. (вбивство з корисливих мотивів) з таких підстав. Вказані дії щодо Л.О., а потім Л.М. Л. вчинив після того, як ним та іншим учасником нападу розбій було закінчено. Гроші, якими вони заволоділи, були не в Л. Коли їх почали переслідувати, вони розбіглися в різні боки й іншому учасникові нападу вдалося втекти. Тому зазначені дії Л. вчинив з метою втекти від переслідувачів. Отже, Л. діяв не з метою збереження викраденого, а з тим, щоб уникнути затримання. Тому судова колегія дійшла висновку, що дії Л. стосовно потерпілих Л.О. і Л.М. не можна розцінювати як замах на їх вбивство з корисливих мотивів<sup>22</sup>.*

<sup>22</sup> Ухвала судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України від 18 березня 1995 р. // Практика судів

Умисне вбивство вважається вчиненим **із хуліганських мотивів** (п. 7 ч. 2 ст. 115 КК), коли винний позбавляє іншу особу життя внаслідок явної неповаги до суспільства, нехтування загальнолюдськими правилами співжиття та нормами моралі, а також без будь-якої причини або через малозначний привід. Певні труднощі викликають випадки відмежування вбивства, вчиненого на ґрунті особистих ворожнечих стосунків, від вбивства з хуліганських мотивів.

*Вироком Апеляційного суду Донецької області Д. було засуджено за ч. 2 ст. 15, п. 7 ч. 2 ст. 115 КК України. Його визнано винним у вчиненні замаху на вбивство з хуліганських мотивів за таких обставин. Д., перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, на літньому майданчику біля входу до магазину «Олімп», безпідставно втрутився в розмову раніше йому незнайомого Н. із Ш., висловився на його адресу нецензурною лайкою. У відповідь на це Н. також відповів нецензурно, що Д. сприйняв як образу. Він пішов додому, взяв кухонну сокиру і повернувся до магазину. Там Д. наніс кілька ударів обухом і лезом сокири по голові Н. Під час нападу потерпілий заскочив у хол магазину. Д. продовжував наносити удари, але Н., захищаючи голову, підставляв руки, у зв'язку з чим деякі поранення сокирою, зокрема, лезом, прийшлися до долонь і плечей Н. Оскільки Н. встиг підставити руку і відхилитися, удар у потилицю вийшов дотичним. Захищаючись, потерпілий наніс Д. удар кулаком по голові, збив його з ніг, вибив із його рук сокиру й утримував до прибуття працівників міліції, яких викликали продавці магазину. Таким чином, умисел на вбивство Н. не довів до кінця з причин, які не залежали від його волі, – у зв'язку з активним опором потерпілого. За висновками судово-медичної експертизи Н. були заподіяні легкі тілесні ушкодження з короткочасним розкладом здоров'я, а саме: садна у потиличній області, на лівому плечовому суглобі, лівій кисті, забито-рубані рани правої кисті.*

У касаційній скарзі засуджений просив вирок змінити, перекваліфікувати його дії на ч. 1 ст. 296 КК України. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ відзначила, що висновок Апеляційного суду Донецької області про те, що Д. діяв з прямим умислом на позбавлення життя потерпілого Н., яке не настало з причин, не залежних від волі засудженого, відповідає дослідженню у суді доказам. Однак при кваліфікації дій Д. не враховано, що після конфлікту у потерпілого з винним виникли неприязні стосунки, а тому не можна оцінювати дії Д. як вчинені

України у кримінальних справах 1993–1995 р.р. – Бюлетень законодавства та юридичної практики України. – 1996. – № 3. – С. 7-9.

з хуліганських мотивів, навіть і враховуючи, що вони вчинені у приміщенні, де знаходились інші особи. Тому колегія суддів перекваліфікувала дії Д. з ч. 2 ст. 15, п. 7 ч. 2 ст. 115 КК України на ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 115 КК України, визнавши його винним у закінченому замаху на умисне вбивство на ґрунті неприязних стосунків<sup>23</sup>.

**Умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цієї особою службового або громадського обов'язку** (п. 8 ч. 2 ст. 115 КК) має місце, якщо злочин вчинено з метою не допустити чи припинити правомірну діяльність потерпілого у зв'язку з виконанням ним указанного обов'язку, змінити характер останньої, а також із мотивів помсти за неї незалежно від часу, що минув із моменту виконання потерпілим своїх обов'язків до вбивства.

Для кваліфікації дій винного за п. 8 ч. 2 ст. 115 КК не обов'язково, щоб вбивство було вчинене саме в момент виконання потерпілим свого службового чи громадської обов'язку. Відповідальність за цієї нормою настає незалежно від того, коли були вчинені потерпілим дії, які послужили приводом для вбивства.

Для кваліфікації **умисного вбивства як такого, що вчинене з метою приховати інший злочин** (п. 9 ч. 2 ст. 115 КК), не має значення, чи був винний причетний до злочину, який приховується. Винна особа може переслідувати мету повністю приховати раніше вчинений злочин або лише обставини, які впливають на кваліфікацію та міру покарання. Вбивство з метою полегшити вчинення іншого злочину винний може здійснювати як до, так і в процесі вчинення наміченого злочину. Саме тому за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК слід кваліфікувати випадки вбивства потерпілого, свідка або особи, яка має докази вчинення злочину.

Дії винного, який учинив умисне вбивство з метою приховати злочин іншої особи, не потрібно додатково кваліфікувати ще й за ст. 396 КК. Якщо вбивство з метою приховування злочину, вчиненого іншою особою, було заздалегідь обіцяне, відповідальність настає за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК та за пособництво в тому злочині, який приховувався.

За п. 10 ч. 2 ст. 115 КК кваліфікується **умисне вбивство, поєднане зі зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом**. При цьому винний може здійснити вбивство в процесі вчинення цих злочинів або відразу після їх закінчення. У першому випадку вбивство вчиняється

для того, щоб подолати опір потерпілої особи чи із садистських мотивів, а у другому – щоб приховати злочин і уникнути відповідальності. У таких випадках дії винної особи необхідно додатково кваліфікувати ще й за ч. 4 ст. 152 чи за ч. 3 ст. 153 КК. Вбивство і зґвалтування або задоволення статевої пристрасті неприродним способом можуть бути вчинені як однією, так і різними особами (наприклад, при вчиненні злочину групою осіб)<sup>24</sup>.

Особливої уваги потребують випадки вчинення **умисних вбивств, вчинених на замовлення**. За п. 11 ч. 2 ст. 115 КК настає відповідальність за вбивство, вчинене виконавцем за дорученням замовника. Таке доручення, як роз'яснює Пленум ВСУ, може мати форму наказу, розпорядження, а також угоди, відповідно до якої виконавець зобов'язується позбавити потерпілого життя, а замовник – вчинити або, навпаки, не вчинити в інтересах виконавця певні дії матеріального (грошову винагороду, передачу прав на майно та ін.) чи нематеріального характеру (звільнення від кримінальної відповідальності, розв'язання різних життєвих проблем тощо.).

Безумовно, що більшість вбивств на замовлення вчиняються виконавцем із метою отримання грошової винагороди або інших матеріальних благ, тобто з корисливих мотивів. У таких випадках дії винного кваліфікуються за п. 6 та п. 11 ч. 2 ст. 115 КК.

Дії замовника вбивства залежно від обставин справи кваліфікуються як пособництво або підбурювання у вчиненні цього злочину з посиленням на відповідну частину ст. 27 та за п. 11 ч. 2 ст. 115 КК. Якщо замовник вбивства бажає отримати в результаті смерті потерпілого матеріальні вигоди, то його дії потребують додаткової кваліфікації ще й за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК. У разі коли виконавець керувався корисливим мотивом, а замовник якимось іншими спонуканнями (помста, ревності, особиста неприязнь, заздрість тощо), то у провину останньому п. 6 ч. 2 ст. 115 КК не ставиться.

**Умисне вбивство, вчинене за попередньою змовою групою осіб** (п. 12 ч. 2 ст. 115 КК), має місце, якщо воно вчинене спільно двома або більше особами, які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його вчинення.

За п. 13 ч. 2 ст. 115 КК слід кваліфікувати **умисне вбивство, вчинене повторно**, тобто таке, що вчинене хоча б у другий раз. Ця норма застосовується незалежно від того, чи був винний засуджений за раніше вчинене вбивство. Якщо особу, яка вчинила повторне вбивство, за

<sup>23</sup> Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 березня 2005 р. // Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах: Офіц. вид. / Верховний Суд України; відп. ред. П.П. Пилипчук. – К.: Концерн «Ін Юре», 2007. – С. 218-221.

<sup>24</sup> Див. з цього приводу також § 2 глави 6 підручника.



жодне з них не було засуджено, останнє вбивство кваліфікується за п. 13 ч. 2 ст. 115 КК, а вчинене раніше кваліфікується самостійно. Утворюють повторність і незакінчене вбивство або співучасть в ньому.

Умисне спричинення смерті, якому передувало умисне вбивство, що охоплюється статтями інших розділів Особливої частини КК України (терористичний акт, диверсія, бандитизм, посягання на життя працівника правоохоронного органу тощо), також слід кваліфікувати за п. 13 ч. 2 ст. 115 КК.

Однак вчинення вбивства, передбаченого статтями 116–118 КК, не дає підстав розглядати наступне умисне вбивство як повторне. Також не може кваліфікуватися як повторне умисне вбивство у тому випадку, якщо судимість за раніше вчинене спричинення смерті погашена чи знята у встановленому порядку.

При вчиненні декількох умисних убивств за обтяжуючих обставин, передбачених різними пунктами ч. 2 ст. 115 КК, дії винного кваліфікуються за цими пунктами та за п. 13 ч. 2 цієї статті з урахуванням повторності<sup>25</sup>.

Специфічними ознаками юридичних складів злочинів – умисного вбивства за кваліфікуючих (обтяжуючих) обставин – є: 1) наявність хоча б однієї з обтяжуючих обставин, передбачених ч. 2 ст. 115 КК; 2) відсутність відповідних ознак складів злочинів, передбачених статтями 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, ч. 2 ст. 438, ст. 443 КК, якими встановлена відповідальність за специфічні різновиди умисного вбивства за обтяжуючих обставин; 3) відсутність пом'якшуючих обставин, передбачених статтями 116–118 КК.

У випадках, коли винна особа, вчиняючи умисне вбивство, керувалась не одним, а декількома мотивами, судам належить з'ясувати, який із них був домінуючим, і кваліфікувати злочинні дії за тим пунктом ч. 2 ст. 115 КК, яким визначено відповідальність за вчинення вбивства з такого мотиву. Разом з тим в окремих випадках, залежно від конкретних обставин справи, можлива кваліфікація дій винної особи і за кількома пунктами ч. 2 ст. 115 КК, якщо буде встановлено, що передбачені ними мотиви (мета) рівною мірою викликали у винного рішучість вчинити вбивство (п. 19 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2.)

Умисне вбивство або замах на вбивство державного чи громадського діяча, працівника пра-

воохоронного органу чи його близьких родичів, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця, судді, народного засідателя чи присяжного або їх близьких родичів, захисника чи представника особи, яка виконує обов'язки з військової служби, представника іноземної держави або іншої особи, яка має міжнародний захист, за наявності відповідних підстав належить кваліфікувати тільки за статтями 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 443 КК. Разом з тим, коли умисне вбивство зазначених осіб чи замах на нього вчинені за інших обтяжуючих обставин, передбачених ч. 2 ст. 115 КК, дії винної особи додатково кваліфікуються і за відповідними пунктами цієї статті (абз. 5 п. 12 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2)<sup>26</sup>.

#### 4.4. Привілейовані склади умисного вбивства

До цього виду умисного вбивства належать такі склади злочинів: умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства, систематичного знуцання або тяжкої образи з боку потерпілого (ст. 116 КК); умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини під час пологів або відразу після пологів (ст. 117 КК); умисне вбивство, вчинене при перевищенні меж необхідної оборони, а також у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст. 118 КК)<sup>27</sup>.

Оцінка суспільної небезпеки вказаних злочинів зумовлена насамперед входженням до їх складів спеціальних потерпілих та поведінкою чи ставленням цих осіб, які завдають суттєвої

<sup>26</sup> Стверджуючи в п. 12 постанови від 7 лютого 2003 р. № 2 про те, що посягання на життя у відповідних складах злочину є спеціальним видом умисного вбивства, передбаченого п. 8 ч. 2 ст. 115 КК, Пленум не врахував, що ч. 2 ст. 115 КК містить не декілька, а один кваліфікований склад злочину з альтернативними обтяжуючими обставинами» (Шепелева Н.В. До питання про відповідальність за посягання на життя, встановлену спеціальними кримінально-правовими нормами // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 9. – С.34).

Роз'яснення Пленуму, відповідно до якого, якщо умисне вбивство зазначених осіб чи замах на нього вчинені за інших (крім п. 8) обтяжуючих обставин, передбачених ч. 2 ст. 115, то дії винної особи потрібно додатково кваліфікувати і за відповідними пунктами цієї статті, суперечить правилу про неприпустимість одночасної кваліфікації злочину за загальною і спеціальною кримінально-правовими нормами, призводить до штучного створення множинності злочинів, а тому є неприйнятним.

<sup>27</sup> Див. докладніше: Остапенко Л.А. Кримінально-правова характеристика умисних вбивств при пом'якшуючих обставинах (статті 116, 117, 118 КК України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 20 с.

<sup>25</sup> Більш детально про різновиди кваліфікованого вбивства див., зокрема: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – С. 217–229; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І.Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 276–286.

шкоди законним правам, свободам та інтересам суб'єкта злочину. Знижуючи суспільну небезпеку вбивства, законодавець бере до уваги такі обставини, як протизаконне насильство з боку потерпілого, заподіяння суб'єкту злочину особливих фізичних чи моральних страждань, що інтенсивно провокує останнього до активної протидії потерпілій особі та значною мірою звужує можливість суб'єкту злочину віддавати собі звіт у своїх діях та керувати ними.

**Умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання** (ст. 116 КК). Потерпілі від цього злочину є спеціальними потерпілими і розподіляються на три взаємопов'язані групи. По-перше, це особи, які вчиняють протизаконне насильство, здатне раптово викликати у суб'єкта злочину стан сильного душевного хвилювання. Насильство може бути як фізичним (заподіяння тілесних ушкоджень або побоїв, незаконне позбавлення волі тощо), так і психічним, наприклад, погроза завдати фізичну, моральну чи майнову шкоду. Протизаконність насильства означає явну, відверту, неприховану невідповідність таких дій приписам чинного законодавства, наприклад, таке перевищення влади або службових повноважень, яке супроводжується насильством. При цьому протиправність насильства усвідомлюється як суб'єктом злочину, так і потерпілою особою. Якщо застосування насильства здійснюється у відповідності до вимог закону, наприклад, є адекватним заходом, необхідним для затримання злочинця, то особа, яка його спричиняє, не може бути потерпілим у сенсі ст. 116 КК, а відповідальність за умисне вбивство настає на загальних підставах.

*15 квітня близько 19 год. сестра засудженого Людмила намагалася запобігти інтимному зв'язку своєї матери із потерпілим М., який, знаючи, що матери Людмили є психічно хворою та легко вступає у статевий зв'язок із незнайомими чоловіками, вирішив скористатися цим. Будучи озлобленим проти Людмили, М. почав її бити. Людмила одразу розповіла про те, що сталося, своєму братові А. Той пішов до телятника, де знаходився М. та почав сварити останнього за неправильну, недостойну поведінку. М. у відповідь на це неочікувано наніс А. удар вилами по тулубу, а згодом намагався повторити такий саме удар. Однак цей удар прийшовся у віз, і держак зламався. А. Відразу схопив уламок держак, що лежав на землі, та став переслідувати М. Наздогнавши М., з метою його вбивства, він цим уламком наніс декілька ударів М. по голові. Від переломів лоботемної та потиличної кісток черепа з наступним крововиливом під оболонку головного мозку М. помер<sup>28</sup>.*

<sup>28</sup> Судебная практика. Убийства, изнасилования и дру-

Як бачимо, в цьому прикладі протизаконне насильство з боку потерпілого знайшло відображення в побитті сестри винного та завданні несподіваного удару вилами та намаганні завдати ще один удар самому винному. Потерпілий не знаходився в стані необхідної оборони або затримання злочинця, тобто не існувало обставин, що виключали протиправність його дій. Тому застосоване ним насильство було розцінено судом як протизаконне.

Наступна категорія потерпілих – це особи, які систематично знущуються над винним чи іншими, в першу чергу близькими суб'єкту злочину людьми. Знущення може бути як фізичного, так і психічного, психотравмуючого характеру. Особа, яка знущується, свідомо заподіює іншій особі тим чи іншим шляхом тривалі фізичні муки, страждання. Також вона може збиткувати, глумитися, висміювати, насміхатися, глузувати, кепкувати, тримати суб'єкта злочину та інших небайдужих йому осіб, які знаходяться в той чи іншій залежності від неї, протягом певного часу вкрай незручному або принизливому для них становищі, тощо.

Систематичність означає, що такі дії потерпілого мають між собою стійкий внутрішній зв'язок, відповідають єдиній меті, повторюються щонайменше три рази. При цьому кожний вчинок, який входить до фактичної множини таких дій, може мати неоднакову, як довгу, наприклад, шляхом створення ситуації, що постійно травмує психіку, так і миттєву тривалість у часи. Це потребує ретельного дослідження, встановлення та оцінки кожного окремого прояву подібної поведінки потерпілого та її впливу на фізичний та психічний стан осіб, над якими він знущується. Така оцінка здатна допомогти з'ясуванню реальних умов для виникнення афекту<sup>29</sup>.

Остання категорія потерпілих – це особи, які тяжко ображають винного або вкрай негативно впливають на нього через тяжку образу іншої людини. До тяжкої образи слід відносити явну непристойну поведінку потерпілого, що особливо принижує гідність чи ганьбить честь винного

гигіє преступления против личности. Сборник судебных решений по уголовным делам. – К.: Товариство «Знання» України, 1993. – С. 128.

<sup>29</sup> Приклад відповідної поведінки потерпілого від розглядуваного злочину наводить А.С. Міхлін у рецензії на монографію С.В. Бородин. В одній із кримінальних справ було встановлено, що чоловік протягом кількох років систематично знущався над дружиною, дочкою і сином, бив їх, неодноразово гвалтував 14-річну дочку. Його 16-річний син, не витримавши знущань, підсипав отруту у горілку, яку згодом випив батько. Дії сина були кваліфіковані за ст. 107 КК РФ, яка передбачає відповідальність за убивство, вчинене у стані афекту (Міхлін А.С. Рецензія на книгу: С.В. Бородин. Преступления против жизни. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003 // Государство и право. – 2004. – № 2. – С. 126-127).

або близьких йому осіб (п. 23 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2). Непристойна поведінка може мати прояв і у вербальній формі, і у формі послідовної низки дій, що знаходяться в явній суперечності зі встановленими у певному середовищі правилами поведінки.

*М. прийшов до П. за обіцяною останнім відеокасетою, але той запропонував подивитися відеофільм у нього, на що М. погодився. Після того, як М. випив запропонованого господарем чаю, йому стало погано, і він став засинати, навіть не зміг подивитися фільм. П. порадив переночувати у нього і через погане самопочуття він, М., змушений був залишитися. Прокинувся він від того, що П., який повністю оголений лежав поруч, торкався руками інтимних частин його тіла. Сам він також був без трусів, хоча лягав спати в них. Крім того, він помітив, що П. перебував у дуже збудженому стані. М. схопив ніж і завдав П. 16 ударів у різні частини тіла, заподіявши тяжкі тілесні ушкодження, від сукупності яких настала смерть потерпілого. Згідно з показаннями свідків потерпілий був гомосексуалістом, що об'єктивно узгоджується з висновком судово-медичної експертизи. Суд обґрунтовано дійшов висновку про знаходження М. під час вчинення ним убивства П. у стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок тяжкої образи з боку потерпілого.*

**Суб'єкт** злочину – спеціальний, оскільки він неодмінно знаходиться в стані такого, що раптово виникло, сильного душевного хвилювання (фізіологічного афекту). Поняття «сильне душевне хвилювання» характеризує особливу негативну напруженість емоційного стану людини. Воно пов'язане з максимально можливим для певної особи ступенем збудженості, стурбованості її внутрішнього психічного світу, інтенсивними настроями, переживаннями та почуттями. Сильне душевне хвилювання, частіше за все, дістає прояв у вигляді практично неконтрольованого гніву, невротичного зриву, почуття досади, глибокого відчаю тощо. Завдяки підвищеній інтенсивності такі настрої не можуть бути довготривалими. Проте під час таких емоційних станів, що домінують у свідомості, людина значною мірою (але все ж не повністю) позбувається контролю над своєю поведінкою і спроможністю належним чином керувати своїми діями.

Інакше кажучи, вольова сфера звужується до мінімуму внаслідок того, що людина значною мірою знаходиться під впливом інстинктивних рухів. Нерідко спостерігається навіть тимчасова втрата пам'яті. З цього приводу Пленум ВСУ звернув увагу на те, що вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, характеризується не лише умислом, а й таким

емоційним станом винного, який значною мірою знижував його здатність усвідомлювати свої дії або керувати ними (абз. 1 п. 23 постанови Пленуму від 7 лютого 2003 р. № 2).

Момент виникнення сильного душевного хвилювання визначається ст. 116 КК як раптовий. Звідси випливає, що одним із критеріїв душевного хвилювання є раптовість скоєння злочину як безпосередня реакція на подію, яка його викликала.

Також для застосування ст. 116 КК необхідна відсутність перерви між виникненням афектованого умислу та вчиненням вбивства. Встановлення вказаної перерви буде означати, що вина особа мала реальну можливість віддати собі звіт у своїх діях та взяти їх під контроль.

*Т., перебуваючи в квартирі на кухні, під час сварки та бійки зі своєю співмешканкою С. з приводу аморальної поведінки останньої, вирішив її вбити. С. відчинила двері в кімнату, де перебували М. та Р. і почала кричати. Вийшовши в коридор, свідки побачили, що Т. бив С., вони почали їх розбороняти. Коли потерпіла вибігла на вулицю, Т. кинувся їй навздогін, потім повернувся до будинку, де схопив ніж, яким у дворі завдав С. 4 удари в голову, груди та шию. Від отриманих тілесних ушкоджень потерпіла померла на місці події.*

Із урахуванням наведеної послідовності дій, після належного дослідження обставин справи, беручи до уваги достатній проміжок часу між виникненням умислу та його здійсненням, суд остаточно дійшов висновку про відсутність у Т. стану сильного душевного хвилювання та визнав його винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК.

Із **суб'єктивної сторони** злочин, передбачений ст. 116 КК, вчиняється з прямим або непрямым афектованим умислом. Особа значною мірою обмежено усвідомлює, що вона вчиняє дії, спрямовані на позбавлення життя іншої особи, з боку якої вона зазнала протизаконного насильства, систематичного знуцання або тяжкої образи, передбачає настання смерті цієї особи, бажає або, хоча і не бажає, але свідомо припускає настання її смерті.

*Г. убив В., який, знаходячись в нетверезому стані, вчинив хуліганські дії. Г. вимагав від В., щоб той припинив хуліганити. В. у відповідь вдарив Г. два рази брудним картузом по обличчю. Обурившись, Г. відштовхнув від себе В. і, коли той упав, вдарив його ногою, внаслідок чого зламав йому п'яте ребро, що викликало серцевий шок та смерть. Г. був засуджений за умисне вбивство за ст. 94 КК 1960 р. Однак вища судова інстанція перекваліфікувала дії Г. на ст. 95 КК 1960 р., визнавши, що Г. вчинив умисне*



вбивство в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства з боку потерпілого<sup>30</sup>.

**Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини** (ст. 117 КК)<sup>31</sup>. Юридично-визначений **безпосередній об'єкт** цього злочину відображає принциповий підхід законодавця щодо моменту виникнення права на недоторканість життя. Відповідні суспільні відносини знаходяться під охороною кримінального законодавства незалежно від тривалості життя людини, яким би нетривалим воно не здавалося. Таким чином, кожна мить життя людини має соціальну значущість, є найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України), незалежно від ставлення до неї самого близького оточення, навіть її рідної матери. Це зайвий раз підкреслює, що за своїм повноцінним змістом, в повному обсязі об'єкт злочину не може бути нічим іншим, як тільки суспільними відносинами.

Плід людини фактично набуває статусу новонародженої дитини після початку пологового процесу. До початку такого процесу жінка може здійснити лише переривання вагітності, що не тягне за собою кримінальної відповідальності за чинним законодавством.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого ст. 117 КК, спеціальний – це мати новонародженої дитини. Мається на увазі біологічна матір дитини, яка народжується. За основу конструювання цього привілейованого складу злочину законодавець бере таку пом'якшуючу обставину, яка і робить згадану жінку спеціальним суб'єктом, а саме – її особливий психічний і фізичний стан, що супроводжує процес пологів, знижує спроможність породіллі керувати своїми діями під час пологів або відразу ж після них. Звідси зрозуміло, що наведена пом'якшуюча обставина не поширюється на осіб, діючих у співучасті зі спеціальним суб'єктом: співвиконавців, організаторів, підбурювачів, пособників. Дії співучасників умисного вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини кваліфікуються, відповідно, як вбивство малолітньої дитини (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК) чи як співучасть у вбивстві малолітньої дитини (ч.ч. 3, 4, 5 ст. 27 та п. 2 ч. 2 ст. 115 КК).

**Суб'єктивна сторона** злочину передбачає

<sup>30</sup> Сташис В.В., Бажанов М.И. Личность под охраной уголовного закона. Глава 3 Уголовного Кодекса Украины с научно-практическим комментарием. – Симферополь: «Таврида», 1996. – С. 63.

<sup>31</sup> Див. докладніше: Антонюк Н.О. Вдосконалення законодавчої конструкції складу «Умисного вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини» (ст. 117 КК України) // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2009. – № 49. – С. 198-206.

прямий або непрямий умисел. Жінка, яка знаходиться у процесі пологів або відразу після пологів, усвідомлює вчинення нею дії чи бездіяльності, спрямованої на позбавлення життя своєї новонародженої дитини, передбачає невідворотність або реальну можливість смерті своєї дитини, бажає чи свідомо припускає її настання. Мотив та мета вчинення злочину впливу на кваліфікацію не мають.

Слід погодитися з існуючою в літературі точкою зору, згідно з якою необережне вбивство матір'ю, яка знаходиться в особливому стані, своєї новонародженої дитини кримінальної відповідальності не тягне. Якщо ж таке вбивство трапиться, коли породіллі знаходитиметься в звичайному стані після пологів, то є підстави до притягнення її до відповідальності за ст. 119 КК, хоча за певних ситуацій тут може мати місце казус. Крім того, важко на рівні моралі і здорового глузду уявити собі, як буде досягатися мета покарання за змістом ч. 2 ст. 50 КК, яке має призначення не тільки кари, а й засобу виправлення засуджених<sup>32</sup>.

**Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця** (ст. 118 КК). **Безпосередній юридично-визначений об'єкт** цього злочину полягає у суспільних відносинах, що забезпечують недоторканість права на життя того, хто посягає на охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільні інтереси та інтереси держави, якщо при цьому було допущено перевищення меж необхідної оборони або недоторканість права на життя особи, яка вчинила злочин, якщо при цьому було допущено перевищення заходів, необхідних для затримання такої особи.

**Потерпілі** від цього злочину є спеціальними та розподіляються на дві групи, взаємопов'язані особливостями застосування інституту обставин, що виключають злочинність діяння.

Перша група – особи, які посягають на охоронювані законом права та інтереси людини, яка захищається, або іншої людини, а також суспільні інтереси та інтереси держави. Це означає, що зазначені особи реально вчиняють таке посягання, яке за своїм характером і можливими наслідками може заподіяти істотну шкоду громадянам, суспільству чи державі. Буквальне тлумачення ч. 1 ст. 36 КК, яка вказує, що захист при необхідній обороні відбувається від суспільно небезпечного посягання, дозволяє віднести до кола тих, хто нападає, не тільки

<sup>32</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2-е вид., перероб. та доп.) / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – С. 290.

суб'єктів, передбачених КК злочинів, але і, зокрема, психічно хвору людину, якщо вона вчиняє суспільно небезпечне діяння в стані неосудності, також, особу, яка здійснює збройний напад, не досягнувши при цьому віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, тощо. При цьому завжди важливо, щоб суспільно небезпечне посягання подібних осіб було наявним. Теорія кримінального права, а також правозастосовна практика визнають наявним: а) посягання, що може негайно початись; б) посягання, яке вже безпосередньо здійснюється, але ще не завершено; в) завершене посягання, момент завершення якого унаслідок певних фактичних обставин не був усвідомлений особою, яка оборонялась<sup>33</sup>.

Перелічені теоретичні положення певним чином знайшли своє відображення в абз. 2 п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. №1 «Про судову практику у справах про необхідну оборону», де зазначається, що стан необхідної оборони виникає не лише в момент вчинення суспільно небезпечного посягання, а й у разі створення реальної загрози заподіяння шкоди. При з'ясуванні наявності такої загрози необхідно враховувати поведінку нападника, зокрема спрямованість умислу, інтенсивність і характер його дій, що дають особі, яка захищається, підстави сприймати загрозу як реальну. Перехід використовуваних при нападі знарядь або інших предметів від нападника до особи, яка захищається, не завжди свідчить про закінчення посягання.

Друга група спеціальних потерпілих від аналізованого злочину – це особи, які вчинили діяння, передбачене як злочин українським законодавством про кримінальну відповідальність. Цілком зрозуміло, що у значній більшості затримань таких осіб в силу об'єктивних обставин немає остаточної та навіть попередньої кваліфікації скоєного ними. До того ж, громадяни, у т.ч. потерпілі від злочину теж мають право на її затримання. Тому слід визнати більш коректним формулювання цієї групи потерпілих в сенсі диспозиції ст. 118 КК як явних злочинців, тобто осіб, стосовно яких немає жодних сумнівів щодо факту вчинення ними злочину, незалежно від наявності процесуально оформленої кваліфікації вчиненого ними діяння.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Ним можуть бути: а) особи, які перевищили межі необхідної оборони; б) особи, які перевищили заходи, необхідні для затримання злочинця. Ч. 3 ст. 36 КК визнає перевищенням меж необхідної обо-

рони умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту<sup>34</sup>.

*Перевищення меж необхідної оборони у процесі заподіяння смерті було встановлено судом у діях А. До павільйону пасіки, яку охороняв А., прийшов Б., який, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, почав набирати мед із бідону. На зауваження А. Б. відповів агресивно і між ними зав'язалась бійка, під час якої А. виштовхнув Б. з павільйону. Тоді Б. взяв молоток і, повернувшись, почав стукати у двері павільйону, намагався нанести А. удари. У відповідь на це А. з метою захисту, однак з перевищенням меж необхідної оборони взяв сокиру і, відбивши напад Б., наніс останньому 14 травматичних ударів лезом сокири в голову, унаслідок чого потерпілий загинув.*

*Маловисківський районний суд Кіровоградської області у вироку звернув увагу на те, що в А. умисел на вбивство був пов'язаний із прагненням припинити незаконні дії потерпілого, який посягнув на права підсудного шляхом вчинення нападу. Суд також зазначив, що, використовуючи сокиру як знаряддя захисту, А. мав можливість зупинити напад потерпілого, вразивши нападника не в особливо важливий орган – голову, а в інші органи, що виключило б настання смерті потерпілого. Відповідно, дії А. були кваліфіковані за ст. 118 КК як умисне вбивство при перевищенні меж оборони<sup>35</sup>.*

Згідно з ч. 2 ст. 38 КК, перевищенням заходів, необхідних для затримання злочинця, визнається умисне заподіяння особі, що вчинила злочин, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці затримання злочинця. Про перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, може свідчити явне порушення об'єктивних або суб'єктивних умов

<sup>34</sup> Відповідно до п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 1 для встановлення наявності або відсутності ознак перевищення меж необхідної оборони необхідно враховувати не лише відповідність чи невідповідність знарядь захисту і нападу, а й характер безпеки, що загрожувала особі, яка захищалася, та обставини, що могли вплинути на реальне співвідношення сил, зокрема: місце і час нападу, його раптовість, неготовність до його відбиття, кількість нападників і тих, хто захищався, їхні фізичні дані (вік, стать, стан здоров'я) та інші обставини. Цей же пункт постанови Пленуму ВСУ вимагає від суду, який встановив в діях особи перевищення меж необхідної оборони, у вироку зазначити, у чому саме воно полягало. Також необхідно з'ясувати, чи мала особа, яка захищалася, реальну можливість ефективно відбити суспільно небезпечне посягання іншими засобами із заподіянням нападникові шкоди, необхідної і достатньої в цій обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання.

<sup>35</sup> Архів Маловисківського районного суду Кіровоградської обл. Справа № 1-114/2007 за 2007 р.

<sup>33</sup> Кримінальне право. Загальна частина: Підручник / За ред. А.С. Веніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 641- 642.

правомірності затримання такої особи<sup>36</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину. Якщо прийняти до уваги вчинення умисного вбивства за обов'язкової присутності спеціальної мети, тобто захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання при перевищенні меж необхідної оборони або затримання злочинця при перевищенні заходів, необхідних для його затримання, то цілком очевидно, що аналізований злочин може вчинюватися у відповідності до своєї соціальної обумовленості лише з прямим умислом. Відсутність спеціальної мети виключає стан необхідної оборони або стан затримання злочинця. Отже, відповідальність в таких випадках повинна наставати на загальних засадах за умисне вбивство, вчинене з непрямим умислом або за вбивство, вчинене через необережність.

При конкуренції ст. 118 КК з нормами, що передбачають відповідальність за деякі кваліфіковані види умисного вбивства (п. 1 ч. 2 ст. 115, п. 2 ч. 2 ст. 115, п. 4 ч. 2 ст. 115, п. 5 ч. 2 ст. 115, п. 13 ч. 2 ст. 115 КК КК), діяння слід кваліфікувати за ст. 118 КК. У тих випадках, коли виникає конкуренція між двома привілейованими складами, передбаченими ст. 116 (умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання) та ст. 118 КК (умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця), перевагу слід надавати ст. 118 КК, оскільки остання містить більш привілейовану норму.

#### 4.5. Вбивство через необережність (ст. 119 КК)

Соціальна обумовленість кримінальної відповідальності за вбивство через необережність пов'язана з тим, що цей вид посягання на життя людини має значну суспільну небезпеку. Вбивство через необережність традиційно залишається відносно розповсюдженим злочином. Досить зазначити, що загибель людей частіше настає внаслідок всіх можливих різновидів необережного вбивства, ніж внаслідок умисних вбивств. Часто-густо спричинення смерті через необережність тягне загибель декількох осіб, великої кількості людей. Суспільна небезпека необережного позбавлення життя набуває особли-

вого значення в нашу епоху швидких глобальних змін, зумовлених безпрецедентно стрімким розвитком науково-технічного прогресу, широким використанням джерел підвищеної небезпеки<sup>37</sup>. В суспільстві постійно зростає рівень нетерпимості до зневажливого, недбайливого, легковажного, самовпевненого, недбалого ставлення до життя іншої людини.

Співставлення суспільної небезпеки (залежно від ступеня тяжкості) убивства через необережність та умисного вбивства показує, що необережне позбавлення людини життя прирівнюється до привілейованих видів умисного вбивства, а за своїм кваліфікованим складом навіть узгоджується з суспільною небезпекою простого умисного вбивства, особливо коли це стосується спеціальних складів вбивства через необережність, передбачених в інших розділах Особливої частини КК (наприклад, ч. 2, ч. 3 ст. 286).

Основний (простий) склад вбивства через необережність, передбачений ч. 1 ст. 119 КК, відіграє роль базового конструктивного складу для кваліфікованого (ч. 2 ст. 119 КК) та спеціальних складів необережного вбивства (наприклад, загибель людей, яку спричинило знищення або пошкодження майна – ч. 2 ст. 194 КК; загибель людей, яку спричинило забруднення або псування земель – ч. 2 ст. 239 КК; загибель людей в зв'язку з терористичним актом – ч. 3 ст. 258 КК тощо).

**Просте вбивство, вчинене через необережність (ч. 1 ст. 119)<sup>38</sup>. Об'єктивна сторона** такого вбивства складається з: 1) самовпевненої чи недбалі дії або бездіяльності,

<sup>37</sup> У доктрині обґрунтовується необхідність посилення кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ст. 119 КК України, у випадку заповдіння смерті з необережності у сфері дії джерел підвищеної небезпеки. Для того, щоб не допустити конкуренції кримінально-правових норм у разі введення такої кваліфікуючої ознаки, пропонується у примітці до ст. 119 КК окреслити коло джерел підвищеної небезпеки (технічні і транспортні засоби, зброя, наркотичні засоби, сильнотокі та отруйні речовини тощо) (Гороховська О.В. Вбивство через необережність: проблеми кримінальної відповідальності: Монографія / Наук. ред. А.А.Музика. – К.: Вид. ПАЛІВОДА А.В., 2007. – С. 68, с. 142-143).

Щоправда, на переконання харківських правознавців, і такий крок не дозволить вирішити проблему розмежування заповдіння смерті через необережність у сфері дії джерела підвищеної небезпеки, з одного боку, та злочинів, які включають в себе необережне заповдіння смерті та які передбачені іншими розділами Особливої частини КК, наприклад, ч. 2 ст. 134, ч. 2 ст. 270, ч. 2 ст. 271, ч. 2 і ч. 3 ст. 286 (Тютюгін В., Ус О. Вбивство через необережність: проблеми кримінальної відповідальності (рецепція) // Вісник Академії правових наук України. – 2007. – №3 (50). – С. 252).

<sup>38</sup> Щодо юридичної характеристики цього складу злочину див. також: Гришук В.К. Вбивство через необережність за кримінальним кодексом України 2001 р. // Вибрані наукові праці. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 555.

<sup>36</sup> Більш детально про це див.: Кримінальне право. Загальна частина: Підручник / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, В.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 656-661.



що створює реальну загрозу для життя будь-якої іншої особи; 2) передбачуваного або непередбачуваного наслідку у вигляді заповідання смерті цієї людини; 3) причинного зв'язку між дією або бездіяльністю, що створює реальну загрозу для життя будь-якої іншої особи, та наслідком у вигляді заповідання смерті цієї людини<sup>39</sup>.

**Суб'єктом** простого вбивства через необережність виступає будь-яка фізична осудна особа, якій до вчинення цього злочину виповнилося шістнадцять років.

**Суб'єктивна сторона** аналізованого вбивства визначається необережною виною у вигляді злочинної самовпевненості або злочинної недбалості. Такий розподіл вини не має впливу на кваліфікацію вчиненого як вбивства через необережність. Проте, за загальним правилом, злочинна самовпевненість більш суспільно небезпечна та свідчить про більшу небезпеку винної особи, ніж злочинна недбалість, а тому вона за інших рівних умов може тягти за собою і більш суворе покарання.

У п. 26 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2007 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» зазначається, що у випадках, коли особа позбавила потерпілого життя, і передбачала можливість настання шкідливих наслідків своїх дій чи бездіяльності, але легковажно розраховувала на їх відвернення (злочинна самовпевненість), або ж не передбачала можливості настання таких наслідків, хоча повинна була й могла їх передбачити (злочинна недбалість), її дії слід розглядати як убивство через необережність і кваліфікувати за ст. 119.

Отже, при *самовпевненості* особа передбачає можливість настання смерті іншої людини як наслідок своєї дії або бездіяльності, що утворює реальну загрозу для цієї людини, але легковажно розраховує на певні конкретні обставини, які здатні на її думку відвернути настання смерті. Легковажний розрахунок є найбільш яскравою ознакою злочинної самовпевненості.

*Так, наявність злочинної самовпевненості було визнано в діях Т., який підключив огорожу складу, що була зроблена з колючого дроту, до електромережі з напругою 220 В. Громадянка К. під час пошуків своєї корови доторкнулася до огорожі руками та була вбита. Т. передбачав можливість настання смерті від вчинених ним дій, оскільки повісив спеціальне попереджуваль-*

*не оголошення. Втім, його розрахунок на те, що люди можуть підійти до складу лише з боку дороги, де було оголошення, виявився легковажним<sup>40</sup>.*

Вбивство внаслідок злочинної самовпевненості необхідно відмежовувати від вчинення цих діянь із непрямым умислом (коли винна особа передбачала і свідомо припускала настання відповідних наслідків, не розраховуючи при цьому на певні конкретні обставини, які могли б його відвернути). Про це зазначається в абз. 4 п. 26 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2007 р. № 2.

*Стосовно злочинної недбалості:* вона характеризується тим, що особа не передбачає можливість настання смерті іншої людини як наслідку своєї дії або бездіяльності, що утворює реальну загрозу для цієї людини, хоча повинна була і могла її передбачити, якщо б винна особа діяла більш обачливо.

*ВСУ визнав наявність злочинної недбалості в діях П., який під час сварки вдарив кулаком у живіт п'яного С., внаслідок чого останній впав і, вдарившись головою об асфальт, помер від отриманої травми. Суд мотивував свій висновок тим, що винний повинен був і міг передбачити можливість падіння потерпілого та настання від цього суспільно небезпечних наслідків у вигляді смерті.*

*Аналогічна форма вини була встановлена ВСУ і в діях Ш., визнаного винним в тому, що він під час сварки декілька разів вдарив рукою в обличчя Б., внаслідок чого потерпілий вдарився головою о підвіконня, впав на землю та від отриманих тяжких тілесних ушкоджень помер. ВСУ вказав, що, «наносючи удари потерпілому, який стояв неподалік від підвіконня з металевим покриттям, засуджений повинен був передбачити, що потерпілий може вдаритися та отримати небезпечні для життя ушкодження»<sup>41</sup>.*

Вбивство внаслідок злочинної недбалості необхідно відмежовувати від невинного заповідання шкоди (коли особа не передбачала настання відповідних наслідків, не повинна була і (або) не могла їх передбачити (абз. 4 п. 26 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2007 р. № 2)). Вказане роз'яснення П'ВСУ чітко орієнтує судову практику на те, що від злочинної недбалості як різновиду необережної форми вини слід відрізнити так званий випадок (казус), коли особа не усвідомлювала свою дію або бездіяльність як таку, що утво-

<sup>39</sup> У науці виокремлюються такі найбільш поширені способи вчинення цього діяння – нанесення удару, внаслідок якого сталося падіння, застосування вогнепальної зброї, нанесення удару кулаком, предметом тощо (Гороховська О.В. Кримінальна відповідальність за вбивство через необережність: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 3).

<sup>40</sup> Сташис В.В., Бажанов М.И. Личность под охраной уголовного закона. Глава 3 Уголовного Кодекса Украины с научно-практическим комментарием. – Симферополь: «Таврида», 1996. – С. 71.

<sup>41</sup> Сташис В.В., Бажанов М.И. Личность под охраной уголовного закона. Глава 3 Уголовного Кодекса Украины с научно-практическим комментарием. – Симферополь: «Таврида», 1996. – С. 72 – 73.

рює реальну загрозу для життя іншої людини, не передбачала настання смерті цієї людини, не повинна була та й не могла її передбачити. Випадкове спричинення смерті є різновидом невинного спричинення шкоди, воно не містить в собі складу злочину за відсутністю ознак суб'єктивної сторони, а тому не тягне за собою кримінальної відповідальності, оскільки КК не передбачає об'єктивного ставлення вину. Іноді випадкове заподіяння смерті може бути пов'язано з обставинами, що виключають злочинність діяння, зокрема, з необхідною обороною.

*10 липня 1992 р. близько 2 год. 30 хв. ночі С., Н., М., Р., М-ий і Ф. з метою викрадення рослин маку, який ріс на городі особистого господарства К., підійшли до його будинку. З їх приходом у дворі К. загавкали собаки. Злякавшись, Н., С. і Р. повернули за рік недобудованого сусіднього будинку, а М., Ф. і М-ий проникли в город К. і стали рвати мак. Почувши гавкіт собак, К. із зарядженою мисливською рушницею вийшов на подвір'я і спостерігав за злочинними діями Ф., М. і М-го. Перебуваючи на близькій відстані від викрадачів, він без умислу вбити їх чи заподіяти їм тілесні ушкодження, а лише з метою перепинити злочинні дії зробив два постріли з рушниці з таким розрахунком, щоб заряди дробу пройшли над їхніми головами. Внаслідок одного з пострілів дробовий заряд влучив у Н., який стояв на значній відстані від К. – біля сусіднього будинку. Від одержаного вогнепального поранення голови Н. помер у лікарні наступного дня. Приймаючи остаточне рішення про наявність випадку, суд врахував, що у нічний час, у темряві, К. не міг побачити Н., С. і Р., оскільки господарство було оточене парканом і посадженою кукурудзою, а його увага була зосереджена на тих особах, які протиправно проникли в город. Маючи можливість зробити постріл у М., Ф. і М-го, він цього не зробив, а щоб налякати і прогнати їх, двічі вистрелив поверх їхніх голів, не знаючи, що десь в іншому місці, за межами його господарства знаходяться спільники цих правопорушників<sup>42</sup>.*

При конкуренції вбивства через необережність і умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило через необережність смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК), слід мати на увазі, що останній склад злочину має подвійну форму вини.

При конкуренції між складом злочину, передбаченого ст. 119 КК, та іншими спеціальними складами убивства через необережність вчинене необхідно кваліфікувати за спеціальною нор-

мою (наприклад, загибель людей, яку спричинило знищення або пошкодження майна – за ч. 2 ст. 194 КК).

**Вбивство двох або більше осіб, вчинене через необережність** (ч. 2 ст. 119 КК). Мінімальна кількість потерпілих від цього злочину – дві особи, максимальна – теоретично невизначено велика, а фактично створюється кожний раз у відповідності до конкретних обставин справи.

Об'єктивна сторона злочину може містити одну, дві або більше дій, але завжди складається з декількох наслідків. Така особливість вимагає ретельного детального дослідження усього причинного комплексу. Якщо в наявності декілька дій, то розрив у часі між ними не має значення для кваліфікації вчиненого, але фактично в силу суб'єктивних особливостей цього злочину він має тенденцію бути миттєвим чи незначним.

Особливе значення для розглядуваного виду вбивства через необережність має **суб'єктивна сторона**, завдяки якій у кінцевому рахунку можливе відмежування від нього умисного вбивства двох або більше осіб, передбаченого п. 1 ч. 2 ст. 115 КК. Суб'єктивна сторона вбивства через необережність двох або більше осіб визначається виною у вигляді злочинної самовпевненості або злочинної недбалості, причому не виключено, що вони можуть бути присутні одночасно та відображати психічне ставлення винної особи до різних наслідків своєї діяльності.

Кримінальна відповідальність виключається, якщо декілька осіб зазнали смерті, хоча і пов'язаної з діяльністю іншої людини, але внаслідок збігу обставин у результаті нещасного випадку (казусу).

#### 4.6. Доведення до самогубства (ст. 120 КК)

Законодавець за характером і ступенем **суспільної небезпеки**, виходячи зі ступеня тяжкості злочину, фактично ставить знак рівності між умисними тяжкими вбивствами, або, принаймні, умисними вбивствами середньої тяжкості, вбивством через необережність та доведенням до самогубства.

І це далеко не випадково, адже всі зазначені злочини входять до однієї групи злочинів проти життя. Хоча самогубство чи замах на самогубство без стороннього впливу не визнаються караними за українським кримінальним законодавством, є особистою справою кожного громадянина, доведення до самогубства становить значну суспільну небезпеку. При її оцінці необхідно взяти до уваги,

<sup>42</sup> Кримінальне судочинство в Україні: Судова практика. Злочини проти життя особи (вбивства): Офіц. вид. / Верх. Суд України. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 587-589.

що самогубство як таке в жодному разі не можна визнати суспільно корисним, і не тільки завдяки складній демографічній ситуації в державі.

В цьому разі йдеться про те, що потерпіла особа вимушена піти на такий крок, приймає фатальне рішення не самостійно, не в силу об'єктивно існуючих, як їй здається, нездоланих факторів, а внаслідок активного, інтенсивного негативного впливу іншої особи, за відсутності якого трагічного, частіше всього незворотного, наслідку можна було б уникнути. Не слід недооцінювати й небезпеку суб'єктів аналізованого злочину, які у своїй більшості проявляють різко негативні особисті якості, відверто вороже, нелюдське, антигуманне ставлення до іншої особи, зневажливо ставляться до її життя, яке згідно Конституції України (ст. 3) є найвищою соціальною цінністю.

**Доведення особи до самогубства або до замаху на самогубство, що є наслідком жорстокого з нею поводження, шантажу, примусу до протиправних дій або систематичного приниження її людської гідності** як основний склад самогубства (ч. 1 ст. 120 КК).

*Потерпілими* є: а) дорослі особи, які не перебували в матеріальній або іншій залежності від винуватого, та в результаті зазначеного в диспозиції ч. 1 ст. 120 КК впливу з його боку позбавили себе життя будь-яким шляхом; б) указані особи, які в результаті такого впливу намагалися позбавити себе життя, але з причин, що залежали чи не залежали від їх воли, не довели задумане до кінця. Оскільки самогубство не є злочином за КК, більш правильно говорити не про замах на самогубство, а про його спробу.

Схилення до самогубства малолітньої дитини або психічно хворої людини, які не здатні розуміти значення своїх дій або керувати ними, має розцінюватися як умисне вбивство або замах на умисне вбивство, передбачений ст. 115 КК, за умови, що самогубство сталося<sup>43</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину має наступні складові: 1) дія чи бездіяльність, що спрямована або створює реальні умови для самогубства іншої особи чи її замаху на самогубство; 2) доведення іншої особи до самогубства або до замаху на самогубство вчиняється шляхом жорстокого з нею поводження, шантажу, примусу до протиправних дій або систематичного приниження її людської гідності; 3) в результаті саме шляхом здійсненого такого впливу, а не з будь-яких інших причин потерпіла особа позбавляє себе життя або намагається позбавити себе життя.

*Жорстоке поводження* – нещадні, безжалісні,

немилосердні, суворі, грубі діяння, які завдають потерпілому фізичних чи психічних страждань (мордування, систематичне заподіяння тілесних ушкоджень чи побоїв, позбавлення їжі, води, одягу, житла тощо) (абз. 2 п. 28 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2). *Шантаж* – погроза розголошення інформації, яку потерпілий бажає зберегти у таємниці. *Примус до протиправних дій* – фізичне та психічне насильство, спрямоване на те, щоб змусити потерпілого вчинити делікт, проступок, правопорушення чи злочин. *Систематичним приниженням людської гідності* є тривале принизливе ставлення до потерпілого (постійні образи, глуmlinня над ним тощо).

*Так, ознаки діяльності, що утворювала реальні умови для вчинення замаху на самогубство, були встановлені судом у поведінці Ш., який, проживаючи в будинку своєї співмешканки Г., шляхом її побиття, подавивши її волю до опору, умисно не менше трьох разів шляхом внутрішніх ін'єкцій увів їй в організм наркотичний засіб – розчин опію, що призвело до наркотичної залежності потерпілої Г. Також Ш. з 2001 р. жорстоко поводився з Г., неодноразово бив її, принижуючи її людську гідність, застосовував до неї психічне та фізичне насильство, примушував її до виготовлення і вживання наркотичних засобів, що призвело до наркотичної залежності і в подальшому вживанню нею наркотиків, а 9 березня 2005 р. на висловлене нею зауваження про припинення довготривалого вживання спиртного зі сторонніми особами, які знаходились у квартирі протягом декількох днів, Ш. знову побив Г., внаслідок чого вона, не витримавши жорстокого поводження з нею, систематичного приниження її людської гідності, вчинила замах на самогубство, для чого випила велику кількість таблеток «Ізоніазід», від яких могла померти, однак у результаті своєчасного надання медичної допомоги її було врятовано<sup>44</sup>.*

**Суб'єкт** злочину – загальний. Ставлення винної особи до потерпілого може бути різноманітним, але у будь-якому разі останній не перебуває в матеріальній або іншій залежності від винного. Така конструкція диспозиції ч. 1 ст. 120 КК 2001 р. суттєво розширює (порівняно з КК 1960 р.) коло суб'єктів доведення до самогубства та, відповідно, значно посилює охоронну функцію кримінального закону.

**Суб'єктивна сторона** доведення до самогубства сформульована досить широко і охоплює практично всі форми та ступені вини. При умисному вчиненні злочину можливі пря-

<sup>43</sup> Кримінальне судочинство в Україні: Судова практика. Злочини проти життя особи (вбивства): Офіц. вид. / Верх. Суд України. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 599.

<sup>44</sup> Кримінальне судочинство в Україні: Судова практика. Злочини проти життя особи (вбивства): Офіц. вид. / Верх. Суд України. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 612.



мий або непрямий умисел. Особа, стосовно якої потерпілий не має матеріальної або іншої залежності, усвідомлює своє жорстоке поводження з потерпілим, тобто що він шантажує потерпілого, примушує до протиправних дій або систематично принижує його людську гідність, усвідомлює, що це може призвести до доведення потерпілого до самогубства чи замаху на самогубство, передбачає реальну можливість настання подібних наслідків, бажає чи свідомо припускає їх настання. Мотив та мета вчинення злочину впливу на кваліфікацію не мають, але можуть свідчити про наявність прямого умислу.

При злочинній самовпевненості винна особа передбачає можливість доведення потерпілого до самогубства або до замаху на самогубство, але легковажно розраховує на певні конкретні обставини, які здатні на її думку відвернути настання таких наслідків. Що ж стосується злочинної недбалості, то вона характеризується тим, що та сама особа не усвідомлює своєї дії або бездіяльності, що утворює реальну загрозу для даної людини, не передбачає можливість доведення іншої людини до самогубства або до замаху на самогубство, хоча повинна була при даних обставинах і мала реальну змогу це передбачити, якщо б винна особа діяла більш обачливо.

Ч. 1 ст. 120 КК містить у собі загальну норму для всіх інших спеціальних норм, що встановлюють кримінальну відповідальність за доведення до самогубства як наслідок вчинення інших злочинів. До таких спеціальних норм можна віднести: ч. 4 ст. 152 КК (згвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки у вигляді самогубства або замаху на самогубство потерпілої особи); ч. 3 ст. 365 КК (перевищення влади або службових повноважень, що призвело до самогубства потерпілого чи спроби його вчинити, наслідком якої стало тяжке тілесне ушкодження) тощо. При конкуренції вказаної загальної норми та спеціальних норм діяння слід кваліфікувати за спеціальною нормою.

Ч. 2 ст. 120 КК передбачає кримінальну відповідальність за **кваліфікований склад** злочину, тобто за доведення особи до самогубства або до замаху на самогубство, що є наслідком жорстокого з нею поводження, шантажу, примусу до протиправних дій або систематичного приниження її людської гідності, вчинене щодо особи, яка перебувала в матеріальній або іншій залежності від винного, або щодо двох або більше осіб.

Ч. 3 ст. 120 КК передбачає кримінальну відповідальність за **особливо кваліфікований склад** злочину, що розглядається, тобто за доведення особи до самогубства або до замаху на самогубство, що є наслідком жорстокого з нею поводження, шантажу, примусу до проти-

правних дій або систематичного приниження її людської гідності, якщо це було вчинено щодо неповнолітнього або вчинене щодо особи, яка перебувала в матеріальній або іншій залежності від винного, якщо це було вчинено щодо неповнолітнього або, якщо хоча б одна з двох або більше осіб була неповнолітньою.

#### 4.7. Злочини, що містяться у Розділі II Особливої частини КК і не є злочинами проти життя особи: загальна характеристика

Окрім умисних та необережних посягань на життя (вбивств), а також доведення до самогубства, які були розглянуті вище, Розділ II Особливої частини КК України містить 25 статей, спільним для яких є характер їх суспільної небезпеки – створення чи спричинення шкоди здоров'ю людини (та деяким додатковим об'єктам, у т.ч. – життю)<sup>45</sup>.

Назва Розділу II Особливої частини КК дає підстави для висновку, що він містить дві групи злочинів: проти життя та проти здоров'я особи. Втім, детальний аналіз ознак складів злочинів, передбачених статтями 121–145 КК (в першу чергу – видових та безпосередніх об'єктів злочину, форм вини, характеру злочинних наслідків), свідчить, що ці злочини є доволі різноплановими і далеко не завжди прямо й безпосередньо посягають на здоров'я потерпілого. Ці норми можна об'єднати у такі групи<sup>46</sup>:

<sup>45</sup> А.П. Брич зазначає, що відповідальність за спричинення шкоди здоров'ю людини встановлена у КК не лише статтями розділу II Особливої частини «Злочини проти життя та здоров'я особи». Склади злочинів, суспільно небезпечні наслідки яких охоплюють шкоду здоров'ю людини у різних її проявах, поміщені й у інших розділах Особливої частини КК. Відповідні статті є в більшості розділів Особливої частини КК, крім розділу XVI «Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку».

Та й у межах розділу II Особливої частини КК закріплено не лише склади злочинів, у яких шкода здоров'ю людини є єдиним наслідком, що об'єднуються в теорії кримінального права у групу – злочини проти здоров'я, де здоров'я людини «є єдиним чи основним безпосереднім об'єктом». Статтями цього розділу встановлюється й відповідальність за злочини, об'єднані у теорії кримінального права у групу – злочини, що ставлять у небезпеку життя і здоров'я. У юридичних складах таких злочинів шкода здоров'ю людини є єдиним чи одним з альтернативних наслідків поряд зі смертю. Відповідно, здоров'я людини у цих складах є додатковим безпосереднім об'єктом (Брич А.П. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – С. 3).

<sup>46</sup> Інші автори наводять таку класифікацію злочинів проти життя і здоров'я особи: 1) злочини проти життя особи (ст.ст. 115–119 та ст. 120); 2) злочини проти здоров'я особи: а) тілесні ушкодження (ст.ст. 121–125 та 128), б) завдання фізичних або моральних страждань (ст.ст. 126, 127,

### 1. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини.

- 1.1. Ст. 121. Умисне тяжке тілесне ушкодження.
- 1.2. Ст. 122. Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження.
- 1.3. Ст. 123. Умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне у стані сильного душевного хвилювання.
- 1.4. Ст. 124. Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця.
- 1.5. Ст. 125. Умисне легке тілесне ушкодження.
- 1.6. Ст. 128. Необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження.
- 1.7. Ст. 126. Побой і мордування.
- 1.8. Ст. 127. Каткування.
- 1.9. Ст. 129. Погроза вбивством.

### 2. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини, які вчинюються у сфері охорони життя та здоров'я людини від окремих видів небезпечних інфекційних хвороб.

- 2.1. Ст. 130. Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби.
- 2.2. Ст. 131. Неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби.
- 2.3. Ст. 133. Зараження венеричною хворобою.

### 3. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини, які вчинюються у сфері надання медичних послуг.

- 3.1. Ст. 134. Незаконне проведення абортів.
- 3.2. Ст. 138. Незаконна лікувальна діяльність<sup>47</sup>.
- 3.3. Ст. 139. Ненадання допомоги хворому медичним працівником.
- 3.4. Ст. 140. Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником.
- 3.5. Ст. 141. Порушення прав пацієнта.
- 3.6. Ст. 142. Незаконне проведення дослідів над людиною.
- 3.7. Ст. 143. Порушення встановленого зако-

129), в) зараження соціальними хворобами (ст.ст. 130–131); 3) злочини, що ставлять у небезпеку життя та здоров'я особи: а) злочини в медичній сфері (ст.ст. 131, 132, 138–145), б) інші злочини (ст.ст. 134–137). Детальніше див.: Су-часне кримінальне право України: Курс лекцій / А.В. Савченко, В.В. Кузнецов, О.Ф. Штанько – К.: Вид. ПАЛИВОДА А.В., 2005. – С. 313.; А.П. Брыч поділяє зазначені злочини на дві групи: 1) злочини проти здоров'я та 2) злочини, що ставлять в небезпеку життя та здоров'я (Брыч А.П. Преступления против здоровья и против безопасности жизни и здоровья по законодательству Украины. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 21).

<sup>47</sup> Утім, окремі вчені вважають, що злочин, передбачений ст. 138 КК, може бути віднесений як до злочинів проти життя, так і до злочинів проти здоров'я. (Байда А.О. Відповідальність за незаконну лікувальну діяльність за КК України (аналіз складу злочину, питання кваліфікації): Дис... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – С. 51).

ном порядку трансплантації органів або тканин людини.

3.8. Ст. 144. Насильницьке донорство.

### 4. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини внаслідок залишення особи без допомоги або в результаті неналежного виконання винним своїх обов'язків.

- 4.1. Ст. 135. Залишення в небезпеці.
- 4.2. Ст. 136. Ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані.
- 4.3. Ст. 137. Неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей.

### 5. Злочини у сфері охорони здоров'я людини, що пов'язані із незаконним розголошенням лікарської таємниці<sup>48</sup>.

5.1. Ст. 145. Незаконне розголошення лікарської таємниці.

5.2. Ст. 132. Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби.

Низка із перелічених вище злочинів є відносно новими для кримінального законодавства України. Це так звані злочини у сфері медичної діяльності. До них Г.В. Чеботарьова відносить передбачені КК суспільно небезпечні винні діяння, які вчиняються медичним працівником у зв'язку з виконанням (а також невиконанням або неналежним виконанням) ним своїх обов'язків з надання медичної допомоги чи медичної послуги, а також діяння, що завдають шкоди суспільним відносинам, які охороняються кримінальним законом, у зв'язку з заняттям медичною діяльністю особою, яка за законом не має на це права. Науковець пропонує наступну класифікацію таких злочинів: 1) злочини, що полягають в невиконанні або неякісному виконанні професійних обов'язків в сфері медицини (ст. ст. 139, 131, 140, 132, 145 КК); 2) злочини, що вчиняються при медичному експериментуванні (ст.ст. 141, 142 КК); 3) злочини, пов'язані із незаконним використанням можливостей медицини (ст.ст. 138, 134 КК); 4) злочини, пов'язані з незаконним використанням трансплантології та донорства крові (ст.ст. 143, 144 КК), прогножуючи появу в майбутньому наступної групи – злочини, що вчиняються в сфері використання новітніх медичних технологій (суспільно небезпечні генетичні маніпуляції, інші суспільно небезпечні діяння в сфері генетики)<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Д.С. Азаров безпідставно, на нашу думку, вважає, що ці злочини повинні міститись в Розділі V Особливої частини КК. (Азаров Д.С. Кримінальна відповідальність за розголошення лікарської таємниці: окремі теоретичні та прикладні проблеми // Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи: Матер. наук.-практ. конф., 22 – 23 квітня, Харків. – К. – Х.: Юрінком Інтер, 2004. – С. 100–102).

<sup>49</sup> Чеботарьова Г.В. Поняття та види злочинів у сфері медичної діяльності // Теоретичні та прикладні проблеми

Т.Ю. Тарасевич вважає, що професійні медичні злочини – це суспільно небезпечні протиправні винні (умисні або необережні) діяння (дія або бездіяльність) медичних працівників, які спрямовані проти порядку суспільних відносин у сфері кваліфікованого надання медичної допомоги та полягають у порушенні професійних обов'язків. Враховуючи різні види тлумачення кримінально-правових норм (зокрема, буквального, систематичного, лінгвістичного), автрук висновок, що до професійних медичних злочинів належать ті, що передбачені у ч. 4 ст. 130, статтях 131, 132, 134, 138, 145, 319 КК). Вони поділені на такі види: за об'єктом кримінально-правової охорони (злочини проти життя та здоров'я особи (ч. 4 ст. 130, статті 131–132, 134, 138–145 КК); проти особистої свободи (ст. 151 КК); у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст. 319 КК); за суспільно небезпечним діянням (злочини, що вчиняються шляхом дії (статті 134, 138, 141–145, 151, 319 КК); шляхом бездіяльності (статті 131, 139, 140 КК); як шляхом дії, так і шляхом бездіяльності (ч. 4 ст. 130 КК); за наявністю суспільно небезпечних наслідків (злочини, які мають формальний (ч. 4 ст. 130, статті 132, 139, 143, 144, 151, 319 КК) або матеріальний склад (всі інші посягання); залежно від того, чи лише медичний працівник може бути суб'єктом злочину («чисті» та «змішані» злочини: відповідно статті 139, 140–144, 151, 319 КК та ч. 4 ст. 130, статтями 131, 132, 134, 137, 145 КК); залежно від ступеня вираженості у кримінально-правовій нормі ознак медичного працівника («явні» та «латентні» злочини (відповідно статті 131, 132, 139, 140 КК та ч. 4 ст. 130, 134, 138, 141–145, 151, 319 КК); залежно від форми вини (умисні, необережні злочини (відповідно ч. 4 ст. 130, статті 132, 134, 139, 143–145, 151, 319 КК та статті 131, 140 КК) та ті, що можуть бути вчинені зі змішаною формою вини (статті 141, 142 КК)<sup>50</sup>.

**Суспільна небезпека** всіх перелічених вище злочинів полягає у тому, що в результаті їх вчинення страждає здоров'я людини (у випадку, наприклад, спричинення тілесного ушкодження) або суспільні відносини, що існують для забезпечення належної системи охорони здоров'я, в т.ч. надання медичної допомоги та забезпечення прав пацієнта (як це відбувається, наприклад, у випадку з незаконним проведенням абортів або розголошенням лікарської таємниці).

Порівняльно-правові дослідження свідчать, кримінального права України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20–21 травня 2011 р. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 557–562.

<sup>50</sup> Тарасевич Т.Ю. Медичний працівник як спеціальний суб'єкт злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 9.

що у загальному виді система злочинів проти здоров'я в сучасних кримінальних законодавствах виглядає наступним чином:

- Умисне спричинення шкоди здоров'ю різного ступеня тяжкості (всі країни);
- Тілесне ушкодження, що спричинило смерть (Австрія, Німеччина, Грузія, Франція);
- Спричинення тяжкого або середньої тяжкості шкоди здоров'ю у стані афекту (країни СНД, Латвія, Литва);
- Спричинення тяжкого або середньої тяжкості шкоди здоров'ю при перевищенні заходів необхідної обррони або при перевищенні заходів, необхідних для затримання особи, що вчинила злочин (країни СНД, Латвія);
- Побой (країни СНД, Латвія, Естонія);
- Напад (країни англо-американської системи права);
- Мордування (країни СНД, Монголія, Естонія);
- Спричинення тяжкої шкоди здоров'ю з необережності (всі країни);
- Спричинення менш тяжкої шкоди здоров'ю з необережності (більшість країн світу, окрім РФ, Естонії);
- Незаконне проведення абортів (Країни СНД, Латвія);
- Незаконні дії, пов'язані з трансплантацією органів (країни СНД, Латвія, Монголія);
- Зараження венеричною хворобою (країни СНД, Латвія, Монголія);
- Зараження ВІЧ-інфекцією (країни СНД, Латвія, Монголія)<sup>51</sup>.

Важливого значення при кваліфікації злочинів проти здоров'я набуває ознака протиправності. Вона характеризується не лише відсутністю обставин, що виключають злочинність діяння (наприклад, необхідна обо-

<sup>51</sup> Серед інших злочинів, що розглядаються як посягання на здоров'я, слід назвати: незаконне лікування (Киргизстан, Латвія, Україна); незаконне проведення біомедичних досліджень або застосування заборонених способів діагностики та лікування, а також лікарських засобів (Азербайджан); незаконні штучне запліднення та імплантація ембріона, медична стерилізація (Азербайджан); незаконне здійснення хірургічної стерилізації (Молдова); здійснення штучного запліднення або імплантація ембріону без згоди пацієнтки (Молдова); незаконна торгівля кров'ю або компонентами крові (Грузія); генетичні маніпуляції (Грузія); відмова від лікування Сніду (Монголія); ухилення від лікування венеричного захворювання (Монголія); неналежне виконання професійних обов'язків медичними і фармацевтичними працівниками (Вірменія, Казахстан, Киргизстан); порушення порядку проведення клінічних випробувань та застосування нових методів і засобів профілактики, діагностики, лікування та медичної реабілітації (Казахстан); проведення медичних або наукових дослідів над людиною без її згоди (Арменія); тортури (Україна); ненадання допомоги потерпілим на морі (Латвія). Див. докладніше про це: Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 24 і далі.



рона чи крайня необхідність). Досить часто диспозиції відповідних норм КК мають бланкетний характер і вимагають встановлення факту порушення регулятивного законодавства.

Переважним чином це прямо впливає зі змісту норми КК. Яскравим прикладом цього є ч. 1 ст. 142 КК, яка встановлює відповідальність за незаконне проведення медико-біологічних, психологічних або інших дослідів над людиною, а так само ч. 1 ст. 143 КК – порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини. Так, у першому випадку необхідним є встановлення факту порушення чинного законодавства про проведення відповідних дослідів.

Крім того, бланкетний характер відповідної диспозиції може опосередковано впливати зі змісту складу злочину. Так, для притягнення особи до кримінальної відповідальності за невиконання або неналежне виконання професійних чи службових обов'язків щодо охорони життя та здоров'я неповнолітніх необхідною умовою є встановлення змісту таких обов'язків, які, у свою чергу, закріплені галузевими нормативно-правовими актами<sup>52</sup>.

**Основним безпосереднім об'єктом** злочинів першої та другої груп є здоров'я іншої людини<sup>53</sup>. У Преамбулі до Статуту Всесвітньої організації охорони здоров'я зазначено, що здоров'я є станом повного фізичного, душевного та соціального благополуччя, а не лише відсутністю хвороб та фізичних дефектів. При описі поняття «здоров'я» слід виділити три його аспекти:

1) **біологічний** – стан функціонування й саморегуляції організму, гармонія фізіологічних процесів (зазнає шкоди, наприклад при зараженні венеричною хворобою);

2) **соціальний** – здоров'я як міра соціальної активності, діяльності, відношення людського індивіда до світу (зазнає шкоди у вигляді втрати людиною працездатності);

3) **психологічний** – здоров'я як сукупність психічних процесів, які виражаються у духовному стані людини (зазнає шкоди, наприклад, при розголошенні лікарської таємниці або при

спричиненні непоправного знівечення обличчя).

На **біологічному рівні** здоров'я характеризується нормальною функцією організму на всіх рівнях його організації – організму, органів, гістологічних, клітинних та генетичних структур; нормальною поточністю типових фізіологічних і біохімічних процесів, які сприяють вираженню та відтворенню; здатністю організму пристосовуватися до умов існування в навколишньому середовищі, що постійно змінюються (адаптація); здатністю підтримувати постійність внутрішнього середовища організму; забезпеченням нормальної і різнобічної життєдіяльності та зберіганням живої основи в організмі. Тому **фізичне** здоров'я визначають такі чинники: індивідуальні особливості анатомічної будови, фізіологічні функції в різних умовах – спокої, навантаженні, рухах, рівень фізичного розвитку і систем.

Враховуючи, що людина є соціальною істотою, її здоров'я є соціальною цінністю і передумовою для соціалізації особистості, для її «обростання» суспільними відносинами, включення в ритм та життя суспільної системи. Здоров'я є мірою соціальної активності, діяльності, відношення людини до світу. Здоров'я є своєрідним дзеркалом соціально-економічного, екологічного, демографічного і санітарно-гігієнічного благополуччя країни, одним із соціальних індикаторів суспільного прогресу, важливим чинником, який впливає на якість та ефективність трудових ресурсів.

**Психологічний рівень** здоров'я зумовлений психічними особливостями людини, можливостями забезпечити і подолати хворобу, способом життя і розумінням того, що здоров'я – це не тільки стан організму, але і стратегія життя. До сфери **психічного** здоров'я відносять індивідуальні особливості психічних процесів і властивостей людини (збудливість, емоційність, чутливість). Психічне життя індивіда складається з потреб, інтересів, мотивів.

Психічне здоров'я пов'язане з особливостями мислення, характеру, здібності. Все це зумовлює особливості індивідуальних реакцій на однакові життєві ситуації, вірогідність стресів, афектів. Суттєво впливають на здоров'я людини її особливі психічні стани, які не є постійними її якостями, але виникають спонтанно або під впливом зовнішніх факторів (розлад свідомості, зміни настрою, апатія, афектні стани, напруженість тощо).

КК досить активно користується поняттям «здоров'я» для врегулювання відповідних суспільних відносин. Так, у ст. 76 КК йдеться про «захворювання, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб»; у ст. 84 КК

<sup>52</sup> Щодо правової природи бланкетності, а також щодо нормативно-правових актів, норми яких важливі для конкретизації змісту бланкетних диспозицій статей Особливої частини КК, див.: Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: монографія / За ред. В.О. Навроцького. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – 432 с.

<sup>53</sup> На думку В.К. Грищука, безпосереднім об'єктом злочинів проти здоров'я людини є охоронювані кримінальним законом конкретні суспільні відносини щодо забезпечення здоров'я іншої людини (Гришук В.К. Вибрані наукові праці. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 561).

– про військовослужбовців, непридатних до військової служби за станом здоров'я. Положення ч. 2 ст. 94 КК про те, що надання амбулаторної психіатричної допомоги в римусовому порядку може бути застосоване судом стосовно особи, яка страждає на психічні розлади і вчинила суспільно небезпечне діяння, якщо особа за станом свого психічного здоров'я не потребує госпіталізації до психіатричного закладу свідчить, що стан здоров'я (в т.ч. психічного) – це кількісна характеристика, яка коливається у залежності від певних обставин (якими, зокрема, можуть бути й тілесні ушкодження).

Окремі статті КК (238, 239) містять такі словосполучення, як «здоров'я людей», а Розділ XIII Особливої частини КК оперує поняттям «здоров'я населення».

Для більш повного з'ясування окремих ознак складів злочинів проти здоров'я та з метою застосування методів порівняльного правознавства доцільно брати до уваги окремі міжнародно-правові документи, що тим чи іншим чином стосуються охорони здоров'я людини засобами кримінального права.

Так, наприклад, певною мірою правила цих статей – разом зі всіма іншими матеріальними нормами національного кримінального права – підпадають під дію Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи R(92)17 (Recommendation No. R (92) 17 of the Committee of Ministers to member states Consistency in sentencing), яка містить загальні міркування щодо взаємоузгодженості системи кримінальних покарань.

Щодо статей 126 («Побої і мордування») та 127 («Катування»): опосередковано, в частині визначення змісту, обсягу та окремих елементів діянь, які можуть розглядатись як «тортури» та «мордування» (як частина більш загальної категорії «нелюдське і таке, що принижує гідність особи, поводження чи покарання»), ці правила підпадають під дію:

- Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (ETS 009) (див. ст. 3 Конвенції, яка містить загальну заборону катування та пов'язану з її застосуванням практику Європейського Суду з прав людини);

- Загальної декларації прав людини (ст. 5, містить загальну заборону);

- Європейської Конвенції про запобігання тортурам та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню (ETS 126)

- Конвенції ООН проти тортур та іншого жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання

1984 року (див. ст. 1 щодо визначення змісту тортур);

- Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду (Статті 7 та 8, зміст злочинів проти людяності та військових злочинів);

Положення ст. 132 КК («Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби») перетинаються з фундаментальним правом особи на таємницю приватного життя (яке стосується, серед іншого, медичних даних про особу) і в цьому аспекті можуть підпадати під дію наступних документів, які визначають режим такого роду інформації:

- Європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (ETS 009) (див. ст. 8 Конвенції та пов'язану з нею практику Суду);

- Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (1995 OJ L 281/31) (див., наприклад, ст. 8 щодо деяких вказівок на режим, який може застосовуватись у відношенні медичної інформації);

- Конвенція про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини (Конвенція про права людини та біомедицину) (Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS No. 164); підписана Україною 22 березня 2002 року) (див. серед іншого ст. 10);

- Європейська Хартія Основоположних Свобод (European Charter of Fundamental Freedoms) (див. ст. 8 Хартії щодо загального режиму персональної інформації);

- Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи R(97)5 (Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R(97)5 on the Protection of Medical Data);

- Загальна декларація прав людини (ст. 12, містить вказівку на загальне право особи на таємницю приватного життя).

Ст. 142 КК («Незаконне проведення дослідів над людиною») підпадає під дію таких документів:

- Міжнародний Пакт про громадянські та політичні права 1966 року;

- Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду (Статті 7 та 8, зміст злочинів проти людяності та військових злочинів);

- Конвенція про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень

біології та медицини (Конвенція про права людини та біомедицину) (Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS No. 164); підписана Україною 22 березня 2002 року);

- Додатковий Протокол до Конвенції про права людини та біомедицину який стосується досліджень у сфері біомедицини (Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research; (нератифікований Україною);

- Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи R (90) 3 про медичні дослідження над людьми (Council of Europe Committee of Ministers Recommendation R(90)3 on medical research on human beings).

- Нюрнберзький Кодекс (Nuremberg Code (directives for human experimentation) (цитовано за *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. 2, pp. 181-182.* Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1949);

- Принципи етики, застосовувані при проведенні медичних дослідів із залученням людських істот (Хельсінкська Декларація) (World Medical Association Declaration of Helsinki – *Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subject*)

- Загальна Декларація ЮНЕСКО про людський геном та права людини (UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, adopted 11 November 1997).

Статті 143 («Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини») та 144 («Насильницьке донорство») КК підпадають під дію принаймні таких документів:

- Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду (Статті 7 та 8, зміст злочинів проти людяності та військових злочинів);

- Конвенції ООН про боротьбу з транснаціональною організованою злочинністю (United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted by General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000);

- Протоколу до Конвенції ООН про боротьбу з транснаціональною організованою злочинністю про запобігання, обмеження та покарання торгівлі людьми, особливо жінками та дітьми (United Nations Convention against Transnational Organized Crime Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children).

Ст. 145 КК («Незаконне розголошення лікарської таємниці») підпадає під дію тих самих документів, що й ст. 142 КК («Розголошення відомостей про

проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невікіковної інфекційної хвороби»).

Основи законодавства України про охорону здоров'я визначають його як стан повного фізичного, душевного і соціального благополуччя, а не тільки відсутність хвороб і фізичних дефектів. Таке розуміння здоров'я не повною мірою відповідає особливостям кримінального законодавства як галузі законодавства, оскільки має на меті перш за все визначити спрямування системи охорони здоров'я в Україні на досягнення якомога більш повного охоплення всіх аспектів здоров'я кожної конкретної людини.

У свою чергу здоров'я як об'єкт кримінально-правової охорони не обов'язково характеризується повним фізичним та душевним благополуччям людини, інакше б суспільно небезпечні посягання на людей навіть із незначним захворюванням не визнавалися би злочинами (за відсутності самого об'єкта посягання), що є неприпустимим.

За відсутності нормативного визначення здоров'я як родового об'єкту відповідної групи злочинів на фоні досить глибоких та деталізованих міждисциплінарних досліджень зазначеного явища, уявлення про цю ознаку складу злочину є доволі розмитим. Тому при описі здоров'я у зазначеному аспекті слід пам'ятати наступне:

1) під кримінально-правовою охороною перебувають певні, чітко визначені в законі або такі, що прямо випливають зі змісту конкретної кримінально-правової норми, аспекти здоров'я людини. Це, наприклад, орган чи його функції, психічне здоров'я, працездатність, вагітність у ст. 121 КК, відсутність фізичного болю (як певний стан здоров'я) – у статтях 126 та 125 КК;

2) по суті, під кримінально-правовою охороною перебуває не здоров'я як певний «ідеальний» стан, що характеризується абсолютно безперебійним функціонуванням всіх систем організму (хоча в науці й присутні визначення здоров'я як природного стану організму, що характеризується відсутністю будь-яких хворобливих змін<sup>54</sup>). Кримінальний закон забороняє та встановлює відповідальність за дії, що призводять до погіршення того стану здоров'я людини, в якому вона перебувала на момент вчинення відповідних діянь – завдання тілесних ушкоджень, нанесення удару, зараження венеричною хворобою тощо.

Не всі злочини, що розглядаються, характеризуються спричиненням реальної шкоди

<sup>54</sup> Уголовное право России. Учебник для вузов. В 2-х томах. Т. 2. Особенная часть / Под ред. А.Н. Игнатова и Ю.А. Красикова. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА М, 1998. – С. 67.



відповідному об'єкту (об'єктам), що притаманно таким злочинам, як тілесні ушкодження (ст.ст. 121–125, 128 КК), побої і мордування (ст. 126 КК), катування (ст. 127 КК), незаконна лікувальна діяльність (ст. 138 КК), неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140 КК).

Окремі злочини сконструйовані законодавцем таким чином, що суспільно небезпечним наслідком у структурі їх об'єктивної сторони виступає настання такого стану, коли існує реальна загроза заподіяння шкоди об'єкту кримінально-правової охорони. Це так звані *делікти створення небезпеки*. Прикладом таких злочинів може бути свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невіаліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини (ч. 1 ст. 130 КК) або незаконне проведення медико-біологічних, психологічних або інших дослідів над людиною, якщо це створювало небезпеку для життя чи здоров'я (ч. 1 ст. 142 КК).

Обов'язковою ознакою складів цих злочинів є *потерпілий* – інша людина<sup>55</sup>. У цьому випадку не має значення вік, стать, соціальне чи матеріальне становище або будь-які інші ознаки потерпілого. Втім, деякі з них у випадках, прямо передбачених кримінальним законом, є підставою для кваліфікації дій винної особи за іншими статтями Особливої частини КК, які передбачають нанесення шкоди здоров'ю як ознак так званого складеного складу злочину (наприклад, опір працівникові правоохоронного органу, пов'язаний з нанесенням останньому тілесних ушкоджень, за наявності інших ознак кваліфікується за ч. 3 ст. 342 КК).

Момент, з якого охороняється здоров'я, співпадає з моментом початку життя людини як іншого об'єкту кримінально-правової охорони<sup>56</sup>. Втім, незважаючи на традиційний підхід, згідно з яким цим моментом є початок фізіологічних пологів, окремі вчені пропонують вважати цією «точкою відліку», наприклад, момент зачаття. Так, О.М. Попов, відстоюючи цю точку зору, наводить приклад, коли часто здійснюються аборти на пізніх термінах вагітності. Дитина, що фактично народжується в результаті

<sup>55</sup> Див. також: Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) – Колектив авторів / За заг. ред. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова. – Х.: Вид-во Кроссруд, 2008. – 364 с.

<sup>56</sup> Див. також: Черевко В.О. Проблеми визначення початку кримінально-правової охорони людського життя // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції 13–15 квітня 2007 р. У 2-х ч. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. – Ч. 2. – С. 184–186.

такої «операції», часто є життєздатною. Вона плаче, рухає ніжками, ручками. Таких дітей нерідко топлять у відрі з водою або кладуть на підвіконня між рамами, в результаті чого вони швидко гинуть від охолодження. В цій ситуації, безумовно, є підстави для ведення мови про необхідність кримінально-правової охорони життя дитини<sup>57</sup>.

Оскільки здоров'я як об'єкт відповідних злочинів є певним функціональним станом організму людини, що передбачає наявність процесів життєдіяльності, в момент смерті фізичної особи її здоров'я зникає як об'єкт кримінально-правової охорони. Це також підтверджується аналізом кримінального законодавства: наприклад, у частинах других статей 265 та 265<sup>1</sup> КК мета спричинення загибелі людей та мета спричинення шкоди здоров'ю людей становлять собою дві окремі кваліфікуючі ознаки відповідних складів злочинів, чітко розрізняючи ці два об'єкти<sup>58</sup>.

Таким чином, умисне чи необережне спричинення фізичної шкоди тканинам трупа не може бути розцінено як злочин проти здоров'я і за наявності відповідних ознак кваліфікується за іншими статтями КК. Втім, якщо умисел винного в цьому випадку було спрямовано на спричинення тілесних ушкоджень живій людині, але його не було доведено до кінця внаслідок смерті потерпілого (з причин, що не залежали від винного), мова може йти про замах на заподіяння тілесних ушкоджень (так званий замах на непридатний об'єкт).

Окремі склади розглядуваних злочинів передбачають наявність множинності потерпілих (двоє чи більше осіб). Це злочини, передбачені ч. 3 ст. 130 КК та ч.ч. 2 статей 131, 133, 142 КК. Також в Розділі II Особливої частини КК можна зустріти норми про злочини, основні або кваліфіковані склади яких передбачають наявність спеціального потерпілого. Прикладами можуть бути: неповнолітня особа (ч. 2 ст. 133, ч. 2 ст. 140, ст.141, ч. 2 ст. 142 КК), особа жіночої статі (ст. 134 КК), новонароджена дитина (ч. 2 ст. 135 КК), малолітня особа (ч. 2 ст. 136 КК), хворий (ст.ст. 138, 139, 140 КК), недієздатна особа (ст. 141 КК), особа, яка перебувала в безпорадному стані або в матеріальній чи іншій залежності від винного (ч. 3 ст. 143, ч. 2 ст. 144 КК).

Окрім здоров'я людини, **основним безпосереднім об'єктом** окремих злочинів, перед-

<sup>57</sup> Попов А.Н. О начале уголовно-правовой охраны жизни в новом тысячелетии // Уголовное право в XXI веке: Материалы Международной научной конференции на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 31 мая – 1 июня 2001 г. – М.: «ЛексЭст», 2002. – С. 202..

<sup>58</sup> Аналогічні висновки дозволяють зробити численні інші норми КК: статті 142, 146, 149, 186, 187, 189, 204, 206 тощо.

бачених у Розділі II Особливої частини КК, виступають: встановлений порядок виконання професійних обов'язків (ст.ст. 131, 140 КК), порядок проведення абортів (ст. 134 КК), порядок охорони життя та здоров'я дітей у відповідних закладах (ст. 137 КК), порядок зайняття лікувальною діяльністю (ст. 138 КК), порядок проведення клінічних досліджень лікарських засобів (ст. 141 КК), право особи на приватність (ст. 145 КК) тощо<sup>59</sup>.

*Предметом злочину може бути, зокрема:*

- відомості (ст. 132 КК);
- лікарські засоби (ст. 141 КК);
- органи або тканини людини (ст. 143 КК);
- кров людини (ст. 144 КК);
- лікарська таємниця (ст. 145 КК).

Загалом питання про предмет відповідних злочинів не є остаточно вирішеним у науці кримінального права. Так, окремі науковці вважають, що злочини, вчинені медичними працівниками, та які передбачені статтями 131, 134, 139, 140, 142 КК, не мають предмет злочину, а мають лише об'єкти злочинних посягань. А в злочинах, передбачених статтями 132, 141, 143, 144 та 145 КК можна виділити предмети злочинних посягань<sup>60</sup>. Водночас, наприклад, М.І. Хавронюк (на наш погляд, цілком обґрунтовано) називає лікарську таємницю саме предметом злочину, передбаченого ст. 145 КК<sup>61</sup>.

**Об'єктивна сторона** розглядуваних злочинів в усіх випадках характеризується наявністю діяння як її обов'язкової ознаки. Факультативні ознаки об'єктивної сторони стають обов'язковими у кожному конкретному складі злочину залежно від того, яку конструкцію використано законодавцем при його формулюванні.

<sup>59</sup> Не дивлячись на «універсальний характер» аналізованого виду посягань, в національних кримінальних законодавствах спостерігаються суттєві відмінності у визначенні системи злочинів проти життя та здоров'я і юридичних конструкціях складів злочинів. У більшості країн законодавець не став структурно виокремлювати злочини проти здоров'я, а включив їх до єдиного розділу (глави) «Злочини проти життя та здоров'я». Лише в деяких країнах до КК включені глави чи розділи, присвячені злочинам проти здоров'я (Німеччина, Латвія, Литва, Узбекистан, Естонія). Див.: Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 16.

<sup>60</sup> Балабко В.В. Окремі аспекти визначення предмету злочинів, вчинених медичними працівниками проти життя та здоров'я особи // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнародного наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20 – 21 травня 2011 р., / редкол.: Г.Є.Болдарь, А.О. Данилевський, О.О. Дудоров та ін.; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідо-ренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 50.

<sup>61</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І.Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2008. – С. 334.

Діяння може виступати у формі дії або бездіяльності. Дії характеризують більшість із складів злочинів даного Розділу. Вони можуть бути описані законодавцем за допомогою наступних формулювань:

- тілесне ушкодження (ст.ст. 121-125, 128 КК);
- завданні удару, побоїв або вчинення інших насильницьких дій (ст. 126 КК);
- поставлення іншої особи в небезпеку зараження ... (ст. 130 КК);
- розголошення ... відомостей (ст. 132 КК);
- зараження іншої особи венеричною хворобою (ст. 133 КК);
- проведення абортів (ст. 134 КК);
- зайняття лікувальною діяльністю (ст. 138 КК);
- проведення клінічних випробувань лікарських засобів (ст. 141 КК);
- незаконне проведення ... дослідів (ст. 142 КК);
- порушення порядку трансплантації органів або тканин людини (ст. 143 КК).

Дії як форму діяння можуть бути простими (нанесення удару) або складними (зайняття лікувальною діяльністю), а також фізичними (проведення абортів) або інформаційними (розголошення лікарської таємниці).

Діяння у формі бездіяльності є ознакою таких злочинів:

- неналежне виконання професійних чи службових обов'язків (ст.ст. 131, 137, 140 КК);
- залишення без допомоги (ст. 135 КК);
- ненадання допомоги (ст.ст. 136, 139 КК).

*Суспільно небезпечні наслідки* і, відповідно, причинний зв'язок між ними та діянням може бути ознакою простого складу злочину (у ст.ст. 124–125, 128, 130, 133, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 145 КК), або кваліфікованого (ч. 2 ст. 125, ч. 3 ст. 133, ч. 2 ст. 134, ч. 3 ст. 135, ч. 3 ст. 136, ч. 2 ст. 137, ч. 2 ст. 139, ч. 2 ст. 140, ч. 2 ст. 142 КК).

Прикладами опису суспільно небезпечних наслідків як ознаки об'єктивної сторони є: «тілесне ушкодження», «зараження вірусом», «тривалий розлад здоров'я, безплідність або смерть потерпілої», «смерть особи або інші тяжкі наслідки».

При цьому окремі формулювання включають до себе опис як діяння, так і суспільно небезпечних наслідків. Наприклад, такі вирази, як «зараження вірусом», «зараження хворобою» або «спричинення тілесних ушкоджень», вказують як на характер діяння, так і на наявність певного результату (так, зараження характеризується появою та розвитком певного хворобливого стану організму, а тілесні ушкодження – певними змінами функціонального стану частин або всього організму).

Наявність суспільно небезпечних наслідків як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони перелічених вище складів злочинів свідчить, що їх слід віднести до *матеріальних складів злочинів*. У свою чергу, злочини, які не передбачають цього й обмежують наявністю лише діяння у складі об'єктивної сторони, є *формальними* (ст. 132, ч. 1 ст. 134, ч. 1 ст. 135, ч. 1 ст. 139, ч. 1 ст. 143 КК).

Деякі злочини у складі своєї об'єктивної сторони мають інші загалом факультативні ознаки, які набувають якості обов'язкових. Так, спосіб вчинення злочину як конструктивна ознака його складу передбачений такими статтями КК: 126 (діяння, що мають характер мордування); 127 (шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій); 142 та 143 (шляхом примушування або обману); 144 (насильницьке або шляхом обману). Обстановка вчинення злочину є ознакою об'єктивної сторони умисного заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчиненого у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст. 124 КК).

**Суб'єктивна сторона** злочинів проти здоров'я характеризується наявністю вини у формі умислу або необережності, а також (в деяких випадках) – інших ознак (мотив, мета, емоційний стан).

На наявність умислу як ознаки складу злочину вказує або формулювання диспозиції (умисне тяжке тілесне ушкодження, свідоме поставлення..., умисне розголошення лікарської таємниці), або вказівка на мету (ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 143, ч. 2 ст. 144 КК) чи мотив (ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127 КК). Емоційний стан сильного душевного хвилювання є ознакою такого умисного привілейованого складу злочину, як умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне у стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства або тяжкої образи з боку потерпілого (ст. 123 КК)<sup>62</sup>.

Необережною формою вини характеризуються такі злочини, як необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження (ст. 128 КК), невиконання чи неналежне виконання медичним або фармацевтичним працівником сво-

їх професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного до них ставлення (ст. 140 КК).

**Суб'єкт** злочинів проти здоров'я може бути загальним (фізична осудна особа, що досягла певного встановленого законом віку) або спеціальним.

Відповідальність за злочини, передбачені статтями 121 і 122 КК, настає з 14 років, а за вчинення решти злочинів, передбачених розглядуваним розділом – з 16 років. Проте інші ознаки спеціального суб'єкту злочину (наприклад, особа, яка мала професійні чи службові обов'язки щодо охорони дітей) свідчать, що в цих випадках суб'єкт злочину є значно старшим за 16 років. Прикладами інших спеціальних суб'єктів є: особа, яка є носієм вірусу (ч. 2 ст. 130 КК), медичний, фармацевтичний або інший працівник (ст. 131 КК), особа, яка не має належної медичної освіти (ст. 138 КК).

Також слід пам'ятати, що нанесення шкоди здоров'ю людини (однієї або двом і більше) за наявності передбачених кримінальним законом підстав може кваліфікуватися за багатьма іншими статтями Особливої частини КК. Так, наприклад, необережне спричинення тяжкого тілесного ушкодження внаслідок порушення водієм Правил дорожнього руху можуть кваліфікуватися за відповідною частиною ст. 286 КК. При цьому, з урахуванням визначення ступеню суспільної небезпеки відповідних злочинів на підставі санкцій кримінально-правових норм, можна зробити висновок, що законодавець порізнено оцінив небезпеку посягання на здоров'я людини в контексті інших ознак відповідних складів злочинів, що навряд чи є виправданим, принаймні в тому вигляді, в якому це сьогодні закріплено в чинному КК<sup>63</sup>. Крім того, вчені вказують також на недоцільність використання законодавцем різної термінології для позначення відповідних ознак складу злочину<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Див. докладніше: Митрофанов І.І., Локтіонова В.В. Проблеми конструювання складів злочинів, наслідком вчинення яких є шкода життю та здоров'ю людини // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20 – 21 травня 2011р. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 330-335.

<sup>64</sup> Так, А.П. Брич пише: позначення суспільно небезпечного наслідку у вигляді шкоди здоров'ю людини у різних статтях Особливої частини КК характеризується розмаїттям термінів: тяжкі наслідки (ч. 3 ст. 133; ч. 3 ст. 146; ч. 2 ст. 147; ч. 3 ст. 149; ч. 2 ст. 151; ст. 166; ч. 2 ст. 169; ч. 2 ст. 254; ч. 4 ст. 303, ч. 3 ст. 323; ч. 2 ст. 364; ч. 3 ст. 365; ч. 2 ст. 366; ч. 2 ст. 367; ч. 3 ст. 371; ст. 380; ч. 2 ст. 402; ч. 1 ст. 403; ч. 2 ст. 404; ч. 3 ст. 406; ст. 419; ст. 420; ч. 2 ст. 423; ч. 3 ст. 424 КК), інші тяжкі наслідки (ч. 3 ст. 110; ч. 3 ст. 135; ч. 2 ст. 137; ч. 2 ст. 139; ст. 141; ч. 2 ст. 155; ч. 3 ст. 161; ч. 2 ст. 194; ч. 3 ст. 1941; ч. 3 ст. 204; ч. 3 ст. 206; ст. 236; ч. 2 ст. 239; ч. 2 ст. 240; ч. 2 ст. 241; ч. 2 ст. 242; ч. 2 ст. 243; ч. 2 ст. 245; ч. 2 ст. 253; ч. 2 ст. 258; ч. 5 ст. 260; ст. 264; ч. 3 ст. 2651; ч. 2 ст. 267; ч. 4 ст. 2671; ч. 2 ст. 269; ч. 2 ст. 270; ч. 2 ст. 271, ч. 2 ст. 272; ч. 2

<sup>62</sup> Щодо поняття та ознак стану сильного душевного хвилювання див.: Авраменко О.В. Стан сильного душевного хвилювання за кримінальним правом України: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 244 с.; Байлов А.В. Кримінальна відповідальність за посягання на життя та здоров'я особи, вчинені в стані сильного душевного хвилювання: Дис... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 200 с.; Бурдін В.М. Осудність та неосудність (кримінально-правове дослідження): Монографія. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2010. – 780 с.; Шеховцова А.І. Емоційний стан особи, яка вчинила злочин, за кримінальним законодавством України: Дис... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2007. – 250 с.



#### 4.8. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини

За змістом правових норм, які складають групу злочинів проти здоров'я, такі діяння найчастіше вчиняються у формі тілесних ушкоджень. Ці злочини є одними із найстарших серед діянь, передбачених кримінально-правовими заборонами, і фактично, разом із злочинами проти життя та власності, представляють собою «колиску» кримінального права<sup>65</sup>.

З медичної точки зору будь-які тілесні ушкодження - це порушення анатомічної цілості тканин, органів та їх функцій, що виникає як наслідок дії одного чи кількох зовнішніх ушкоджуючих факторів – фізичних, хімічних, біологічних, психічних. У відповідності із нормами КК розрізняють тілесні ушкодження трьох ступенів: тяжке, середньої тяжкості та легке. У свою чергу легке може бути таким що спричиняє короточасний розлад здоров'я чи незначну стійку втрату працездатності або таким, що не спричиняє зазначених вище наслідків.

Всі злочини, які відносяться до спричинення

ст. 273; ч. 2 ст. 274; ч. 2 ст. 275; ч. 3 ст. 278; ч. 3 ст. 279; ч. 3 ст. 280; ч. 3 ст. 281; ч. 2 ст. 283; ч. 2 ст. 294; ч. 2 ст. 326; ч. 2 ст. 347; ч. 2 ст. 351; ч. 3 ст. 355; ч. 2 ст. 375; ч. 2 ст. 378; ч. 2 ст. 381; ч. 2 ст. 399; ч. 2 ст. 411; ч. 2 ст. 412; ст. 416; ст. 417; ч. 2 ст. 425; ч. 2 ст. 426; ч. 2 ст. 439; ч. 2 ст. 446 КК), тяжкі наслідки для хворого (неповнолітньому) (ст. 138; ч. 1 (ч. 2) ст. 140 КК), особливо тяжкі наслідки (ч. 4 ст. 152; ч. 3 ст. 153 КК); насильство, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого (ч. 2 ст. 149; ч. 2 ст. 186; ч. 2 ст. 206; ч. 2 ст. 278; ч. 2 ст. 289; ч. 2 ст. 312; ч. 2 ст. 355 КК), насильство, яке є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого (ч. 3 ст. 149; ч. 1 ст. 187; ч. 3 ст. 189; ч. 3 ст. 206; ч. 3 ст. 262; ч. 3 ст. 278; ч. 3 ст. 280; ч. 3 ст. 289; ч. 3 ст. 312; ч. 3 ст. 313; ч. 3 ст. 355 КК), тривалий розлад здоров'я (ч. 2 ст. 134; ч. 2 ст. 142 КК), істотна шкода для здоров'я, фізичного розвитку (ч. 2 ст. 150 КК), фізичне насильство (ч. 1 ст. 152; ч. 1 ст. 153 КК), насильство (ч. 2 ст. 157; ч. 1 ст. 160; ч. 2 ст. 161; ч. 2 ст. 162; ст. 174; ч. 1 ст. 2581, ч. 3 ст. 342; ч. 2 ст. 365; ч. 2 ст. 373; ч. 2 ст. 424; ч. 2 ст. 431; ч. 1 ст. 433 КК), заподіяння тілесних ушкоджень (ч. 2 ст. 405; ч. 1 ст. 414 КК); легкі або середньої тяжкості тілесні ушкодження (ч. 2 ст. 345; ч. 2 ст. 346; ч. 2 ст. 350; ч. 2 ст. 377; ч. 2 ст. 398; ч. 2 ст. 406 КК); середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження (ч. 2 ст. 276; ч. 2 ст. 277; ч. 2 ст. 282; ст. 287; ст. 288; ч. 2 ст. 314; ст. 415 КК), середньої тяжкості тілесне ушкодження (ч. 2 ст. 281; ч. 1 ст. 286 КК); тяжке тілесне ушкодження (ч. 4 ст. 187; ч. 4 ст. 189; ч. 2 ст. 286; ч. 3 ст. 345; ч. 3 ст. 346; ч. 3 ст. 350; ч. 3 ст. 398; ч. 2 ст. 399; ч. 1 ст. 442 КК); безплідність (ч. 2 ст. 134; ч. 2 ст. 155 КК), вилучення у людини органів або тканин (ч. 2 ст. 143 КК); спричинили поширення цих (епідемічних та інших заразних) захворювань (ст. 325 КК), заподіяло шкоду здоров'ю (ч. 1 ст. 271, ч. 1 ст. 272, ч. 1 ст. 273, ч. 1 ст. 274, ч. 1 ст. 275, ст. 283, ч. 1 ст. 326, ч. 1 ст. 327, ч. 1 ст. 381 КК), заподіяло істотну шкоду здоров'ю (ч. 1 ст. 137, ч. 2 ст. 150 КК). Див. докладніше: Брич А.П. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – С. 19 – 20 і далі.

<sup>65</sup> Про поняття «злочини проти тілесної недоторканості» у доктрині німецького кримінального права див.: Жалянский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. – С. 380-408.

різного виду тілесних ушкоджень, характеризуються наявністю матеріальних складів злочинів і вважаються закінченими з моменту настання суспільно небезпечних наслідків – відповідних тілесних ушкоджень (а також, у визначених законом випадках, – інших наслідків, наприклад, смерті, на що вказується в ч. 2 ст. 121 КК).

**Умисне тяжке тілесне ушкодження** (ст. 121 КК). Кримінальне законодавство в частині, яка стосується тілесних ушкоджень, побудоване таким чином, що норми, які передбачають більш суспільно небезпечні наслідки, розміщені перед нормами, що присвячені їх менш небезпечним видам. Додатковим критерієм побудови відповідної частини кримінального законодавства є форма вини. Отже, ст. 121 КК передбачає кримінальну відповідальність за умисне тяжке тілесне ушкодження. Тілесне ушкодження як порушення стану здоров'я людини є лише однією з ознак відповідного складу злочину, а саме – суспільно небезпечним наслідком як ознакою об'єктивної сторони складу злочину. Решта ознак відповідає класичній чотирьохелементній структурі складу злочину.

**Безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 121 КК, є здоров'я особи. Обов'язковою ознакою злочину є потерпілий.

Склад злочину є матеріальним, оскільки його об'єктивна сторона складається з діяння у формі дії або бездіяльності, суспільно небезпечного наслідку у формі тяжкого тілесного ушкодження та причинного зв'язку між діянням та наслідком.

Дії в цьому випадку можуть полягати в будь-якому активному фізичному або психічному впливі на людину (нанесення ударів, застосування холодної чи вогнепальної зброї, хімічних або інших небезпечних речовин). Бездіяльність, у свою чергу, може полягати в утриманні від вчинення певних дій (наприклад, відмова від годування малюка). В обох випадках та чи інша (активна чи пасивна) поведінка винного є причиною настання шкоди здоров'ю у виді тілесних ушкоджень.

**Кваліфікований склад** злочину, передбачений ч. 2 ст. 121 КК, характеризується наявністю деяких інших ознак об'єктивної сторони (спосіб вчинення злочину – особливе мучення, додатковий наслідок – смерть потерпілого).

За своєю природою та законодавчою конструкцією відповідних кримінально-правових норм (ст.ст. 121–125, 128 КК) різні види тілесних ушкоджень є доволі схожими. Основним критерієм віднесення конкретного тілесного ушкодження до одного з видів (і,

відповідно, кваліфікації злочинів) є наслідок, який настав чи повинен був настати відповідно до умислу винного.

Відповідно до ч. 1 ст. 121 КК тяжке тілесне ушкодження – це тілесне ушкодження, небезпечне для життя в момент заподіяння, чи таке, що спричинило втрату будь-якого органу або його функцій, психічну хворобу або інший розлад здоров'я, поєднаний із стійкою втраченою працездатності не менш як на одну третину, або переривання вагітності чи непоправне знівечення обличчя. Отже, ознаки тяжкого тілесного ушкодження є такими:

- а) небезпека для життя в момент заподіяння;
- б) втрата будь-якого органу або втрата органом його функцій;
- в) психічна хвороба;
- г) інший розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втраченою працездатності не менш ніж на одну третину;
- д) переривання вагітності;
- е) невилправне знівечення обличчя.

Небезпечними для життя є ушкодження, що в момент заподіяння (завдання) чи в клінічному перебігу через різні проміжки часу спричиняють загрозові для життя явища і котрі без надання медичної допомоги, за звичайним своїм перебігом, закінчуються чи можуть закінчитися смертю. Запобігання смерті, що зумовлене наданням медичної допомоги, не повинно братися до уваги при оцінюванні загрози для життя таких ушкоджень. Загрозливий для життя стан, який розвивається в клінічному перебігу ушкоджень, незалежно від проміжку часу, що минув після його заподіяння, повинен перебувати з ним у прямому причинно-наслідковому зв'язку.

До ушкоджень, що небезпечні для життя, належать:

- 1) ті, що проникають у черепну порожнину, в т.ч. і без ушкодження мозку;
- 2) відкриті й закриті переломи кісток склепіння та основи черепа, за винятком кісток лицевого скелета та ізольованої тріщини тільки зовнішньої пластинки склепіння черепа;
- 3) забій головного мозку тяжкого ступеня як зі здавленням, так і без здавлення головного мозку; забій головного мозку середньої тяжкості за наявності симптомів ураження стовбурної ділянки.
- 4) ізольовані внутрішньочерепні крововиливи за наявності загрозових для життя явищ;
- 5) ті, що проникають у канал хребта, в т.ч. й без ушкодження спинного мозку та його оболонки;
- 6) переломи-вивих та переломи тіл чи обох дуг шийних хребців, односторонні переломи дуг I або II шийних хребців, а також переломи зубовидного відростка II шийного хребця; в т.ч. без

порушення функції спинного мозку;

7) підвихи шийних хребців за наявності загрозових для життя явищ, а також їх вивихи;

8) закриті ушкодження спинного мозку в шийному відділі;

9) перелом чи переломи-вивих одного або кількох грудних чи поперекових хребців з порушенням функції спинного мозку або за наявністю клінічно встановленого шоку тяжкого ступеня;

10) закриті ушкодження грудних, поперекових і крижових сегментів спинного мозку, котрі супроводжувались тяжким спінальним шоком чи порушенням функцій тазових органів;

11) ушкодження з повним (усіх шарів) порушенням цілості стінки глотки, гортані, трахеї, головних бронхів, стравоходу, незалежно від того з боку шкіряних покривів чи з боку слизової оболонки (просвіту органа) вони заподіяні;

12) закриті переломи під'язичної кістки, закриті й відкриті ушкодження ендокринних залоз ділянок шиї (щитовидної, паращитовидної, вилочкової – у дітей) – все за наявності загрозових для життя явищ;

13) поранення грудної клітки, котрі проникли в плевральну порожнину, порожнину перикарду чи клітковину середостіння, в т.ч. і без ушкодження внутрішніх органів;

14) ушкодження живота, котрі проникли в черевну порожнину, в т.ч. і без ушкодження внутрішніх органів; відкриті ушкодження внутрішніх органів, розміщених в заочеревному просторі (нирок, наднирників, підшлункової залози) і в порожнині таза (сечовий міхур, матка, яєчники, передміхурова залоза, верхній і середній відділи прямої кишки, перетинкова частина уретри);

15) закриті ушкодження органів грудної, черевної порожнини, органів заочеревного простору, порожнини таза – все за наявності загрозових для життя явищ;

16) відкриті переломи діафіза (тіла) плечової, стегневої і великогомілкової кісток;

17) переломи кісток таза за наявності загрозових для життя явищ;

18) ушкодження, що спричинили шок тяжкого ступеня, масивну крововтрату, кому, гостру ниркову, печінкову недостатність, гостру недостатність дихання, кровообігу, гормональну дисфункцію, гострі розлади регіонарного і органного кровообігу, жирову чи газову емболію;

19) ушкодження великих кровонесних судин, аорти, сонної (загальної, внутрішньої, зовнішньої), підключичної, плечової, підключової, стегневої, підколінної артерій чи вен, що їх супроводять;

20) загальна дія високої температури (тепло-

вий і сонячний удар) за наявності загрозливих для життя явищ: термічні опіки III-IV ступеня з площею ураження понад 15% поверхні тіла; опіки III ступеня понад 20% поверхні тіла; опіки II ступеня понад 30% поверхні тіла, а також опіки меншої площі, що супроводжувались шоком тяжкого ступеня; опіки дихальних шляхів за наявності загрозливих для життя явищ;

21) ушкодження від дії низької температури, променеві ушкодження та такі, що були отримані в умовах баротравми – всі за наявності загрозливих для життя явищ;

22) отруєння речовинами будь-якого походження з перевагою як місцевої, так і загальної дії (у т.ч. і харчові токсикоінфекції) за умови, що в клінічному перебігу мали місце загрозливі для життя явища;

23) усі види механічної асфіксії, що супроводжувалися комплектом розладів функції центральної нервової системи, серцевосудинної системи та органів дихання, котрі загрожували життю; за умови, що це встановлено об'єктивними клінічними даними.

*Так, вироком Свалявського районного суду Закарпатської області від 31.05.2007 р. встановлено, що підсудний, будучи в стані алкогольного сп'яніння, під час сварки, виниклої між ним та братом, на ґрунті неприязних відносин, діючи умисно, наніс останньому декілька ударів по голові дерев'яною скалкою, в результаті чого останній отримав тяжкі тілесні ушкодження, небезпечні для життя в момент заподіяння<sup>66</sup>.*

*Інший приклад: вироком Чигиринського районного суду Черкаської області від 02.09.2010 р. встановлено, що підсудний, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, в будинку потерпілого, на ґрунті пияцтва, умисно наніс останньому один удар кулаком правої руки в праву нижню ділянку грудей та один удар кулаком правої руки в ліву нижню ділянку грудей, чим спричинив потерпілому тілесні ушкодження у вигляді перелому сьомого ребра справа і сьомого ребра зліва та крововиливами в плевральні порожнини, які згідно висновку експерта відносяться до категорії тяжких тілесних ушкоджень, як такі, що небезпечні для життя. Суд зробив висновок, що своїми умисними діями винний вчинив злочин, передбачений ч. 1 ст. 121 КК України, – умисне тяжке тілесне ушкодження, тобто умисне тілесне ушкодження, небезпечне для життя в момент заподіяння<sup>67</sup>.*

Не загрозливі для життя ушкодження, що

належать до тяжких за кінцевим результатом та наслідками, – це втрата будь-якого органа чи втрата органом його функції – втрата зору, слуху, язика, руки, ноги і репродуктивної здатності:

а) під втратою зору треба розуміти повну стійку сліпоту на обидва ока чи такий стан, коли наявне зниження зору до підрахунку пальців на відстані двох метрів і менше (гострота зору на обидва ока 0,04 і нижче);

б) під втратою слуху треба розуміти повну стійку глухоту на обидва уха або такий необоротний стан, коли потерпілий не чує розмовної мови на відстані три – п'ять сантиметрів від вушної раковини;

в) під втратою язика (мовлення) треба розуміти втрату можливості висловлювати свої думки членороздільними звуками, зрозумілими для оточуючих;

г) під втратою руки, ноги треба розуміти відокремлення їх від тулуба чи втрату ними функцій (параліч або інший стан, що унеможливає їх діяльність)<sup>68</sup>;

д) під втратою репродуктивної здатності треба розуміти втрату здатності до злягання чи втрату здатності до запліднення, зачаття та дітородіння (розродження);

При ушкодженні якого-небудь органа чи його частини, функція якого була втрачена раніше (до травми), ступінь тяжкості ушкодження встановлюється за ознакою фактично викликаної тривалості розладу здоров'я.

Під душевною (в тексті ст. 121 КК – «психічна хвороба») хворобою Правила судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень, затверджені наказом МОЗ від 17 січня 1995 року № 6, пропонують розуміти психічне захворювання (психічну хворобу). Тобто ці поняття є синонімічними. До психічних захворювань не можна відносити пов'язані з ушкодженням реактивні стани (психози, неврози). Ушкодження кваліфікується як тяжке тільки тоді, коли воно потягло за собою розвиток психічного захворювання, незалежно від його тривалості і ступеня виживності. Ступінь тяжкості ушкодження, що викликало реактивний стан нервової системи, визначається за ознакою тривалості розладу здоров'я.

Ознакою тяжкого тілесного ушкодження є також розлад здоров'я, пов'язаний зі стійкою втратою працездатності не менш ніж на одну третину (не менш 33%). Під розладом здоров'я належить розуміти безпосередньо пов'язаний з ушкодженням послідовно розвинутий хворо-

<sup>66</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2257371>

<sup>67</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11032740>

<sup>68</sup> Під анатомічною втратою руки чи ноги слід розуміти як відокремлення від тулуба всієї руки чи ноги, так і ампутацію на рівні не нижче ліктьового чи колінного суглобів; всі інші випадки повинні розглядатися як втрата частини кінцівки і оцінюватися за ознакою стійкої втрати працездатності.



бливий процес. Розміри стійкої (постійної) втрати загальної працездатності при ушкодженнях встановлюються після наслідку ушкодження, що визначився, на підставі об'єктивних даних з урахуванням документів, якими керуються у своїй роботі МСЕК. Під стійкою (постійною) втратою загальної працездатності належить розуміти таку необоротну втрату функції, котра повністю не відновлюється. Під наслідком ушкодження, що визначився, належить розуміти повне загоєння ушкодження і зникнення хворобливих змін, які були ним зумовлені. Це не виключає можливості збереження стійких наслідків ушкодження (рубця, анкілозу, укорочення кінцівок, деформації суглоба тощо).

*Підсудний, відчуваючи особисту неприязнь до потерпілого та іншої особи, яка виникла в ході сварки, вирішив умисно нанести тілесні ушкодження потерпілому. З цією метою він пішов до себе додому, де взяв кухонний ніж, поклав в поліетиленовий пакет. Після чого направився до бару. Не доходячи до бару, побачив, як через дорогу перебігають потерпілий та інша особа і направляються в його сторону, після чого підсудний дістав з поліетиленового пакету кухонний ніж та з метою умисного нанесення тілесних ушкоджень підбіг до потерпілого та правою рукою, в котрій тримав кухонний ніж, наніс удар в ліву руку потерпілого. В результаті нанесеного удару ножом в ліву руку потерпілого останньому спричинено ножове поранення лівої руки з ушкодженням лівого ліктевого та середнього нервів середньої третини лівого передпліччя, різаної рани лівого плеча з пошкодженням 2-хглавого м'язу, порушення чутливості руху тропічних функцій нижче місця пошкодження нервових стволів, порушення функцій лівої руки, больовий синдром. Ці тілесні ушкодження відносяться до категорії тяжких як такі, що потягли за собою розлад здоров'я, пов'язаний зі стійкою втратою працездатності не менше як на 1/3 частину<sup>69</sup>.*

Ушкодження, що призвело до переривання вагітності, незалежно від її строку, належить до тяжких за умови, що між цим ушкодженням і перериванням вагітності є прямий причинний зв'язок.

Судово-медичний експерт не кваліфікує ушкодження обличчя як знівечення, оскільки це поняття не є медичним. Він визначає вид ушкодження, його особливості і механізм утворення, встановлює, чи є це ушкодження виправним або невивправним. Під виправністю ушкодження треба розуміти значне зменшення вираженості патологічних змін (рубця, дефор-

мації, порушення міміки тощо) під впливом часу або під дією нехірургічних засобів. Коли ж для усунення необхідне оперативне втручання (косметична операція), ушкодження обличчя вважається невивправним.

Як зазначає Пленум ВСУ в п. 27 постанови від 7 лютого 2003 р. № 2, слід враховувати, що визначення наявності ознак особливої жорстокості, мучення, мордування, катування, знівечення обличчя є компетенцією суду. Встановлювати ж, чи є знівечення обличчя невивправним, необхідно за допомогою судово-медичної експертизи. Наведемо приклад засудження за умисне тяжке тілесне ушкодження у вигляді невивправного знівечення обличчя.

*Вироком Збаразького районного суду Тернопільської області від 26.07.2007 р. встановлено, що 19 липня 2005 року близько 21 год. винний на сінокосі після вживання алкогольних напоїв разом із потерпілим, з метою помсти за давні образи, розуміючи та усвідомлюючи протиправний характер своїх дій, наніс молотком декілька ударів по голові та тілу потерпілого, спричинивши йому тілесні ушкодження у вигляді подвійного перелому нижньої щелепи, рани правої вушної раковини, чисельних синців і саден обличчя, синців правої привушної ділянки, повік очей, шиї та крововиливів у сполучні оболонки очний яблука, які згідно з висновком судово-медичної експертизи відносяться до невивправних ушкоджень, тобто таких, виразність яких не зменшиться з часом або під дією хірургічних засобів<sup>70</sup>.*

Останнім часом спостерігається зростання кількості небезпечних домашніх тварин, що перебувають на утриманні громадян (зокрема, собак бійцівських порід), і, відповідно, випадків спричинення цими тваринами різного ступеню тілесних ушкоджень іншим громадянам. З цього приводу слід зазначити, що, у разі умисного ставлення винного до наслідків у виді тяжких тілесних ушкоджень (зокрема, у випадку умисного нацькування собаки на потерпілого), його дії треба кваліфікувати за ст. 121 КК. Якщо ж винний порушив правила утримання тварин і необережно ставився до відповідних суспільно небезпечних наслідків, його дії кваліфікуються за нормами КК про необережне їх спричинення<sup>71</sup>.

*Ф. утримував собаку бійцівської породи «пітбультер'ер» на території дачної ділянки у м. Севастополі. 8 червня 2008 р. собака вибіг*

<sup>70</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2649225>

<sup>71</sup> Дудоров О., Письменський Є., Данилевський А. Порушення правил утримання тварин: кримінально-правовий аспект проблеми // Юридичний вісник України. – 15-21 травня 2010 р. – № 20.

<sup>69</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9566904>

за межі цієї ділянки через отвір під хвірткою і напав на гр-на Б., який проходив поряд, покушав його, заподіявши тим самим тяжке тілесне ушкодження. Зокрема, потерпілий внаслідок вимушеної ампутації лівого передпліччя втратив працездатність на 65 %. В обвинувальному висновку слідчий констатував, що Ф., порушуючи правила утримання домашніх тварин, відпустив собаку з ланцюга з метою охорони території дачної ділянки, не передбачав можливості того, що собака міг вибігти на вулицю через отвір в огороженні й заподіяти кому-небудь тілесні ушкодження, хоч повинен був і міг це передбачати<sup>72</sup>.

Ст. 121 КК не містить ознак спеціального суб'єкта злочину. Таким чином, з урахуванням положень Загальної частини КК щодо особи, яка підлягає кримінальній відповідальності, слід зробити висновок, що суб'єктом умисного тяжкого тілесного ушкодження є фізична осудна особа, яка вчинила умисне тяжке тілесне ушкодження у віці, з якого відповідно до КК може наставати кримінальна відповідальність. Враховуючи положення ч. 2 ст. 22 КК, суб'єктом цього злочину є фізична осудна особа, яка досягла 14 років.

**Суб'єктивна сторона** основного складу злочину «умисне тяжке тілесне ушкодження» характеризується виною у формі прямого чи непрямого умислу.

Ч.2 ст. 121 КК передбачає відповідальність за кваліфіковані види умисного тяжкого тілесного ушкодження. **Кваліфікуючими ознаками є:**

- 1) спосіб вчинення злочину, що має характер особливого мучення;
- 2) вчинення злочину групою осіб;
- 3) вчинення злочину з метою залякування потерпілого або інших осіб;
- 4) вчинення злочину з мотивів расової, національної або релігійної нетерпимості;
- 5) вчинення злочину на замовлення;
- 6) суспільно-небезпечні наслідки у виді смерті потерпілого.

Зупинимося на деяких з них.

Вчинення цього злочину способом, що має

<sup>72</sup> Матеріали Нахімовського РВ УМВС України в м. Севастополі. Кримінальна справа № 780334 за 2008 р.

В.О.Навроцький, переконаний у злочинності розглядуваної поведінки людини, виокремлює умови, за яких за заподіяну тваринами шкоду може наставати кримінальна відповідальність: 1) особа була зобов'язана контролювати поведінку тварини, будучи її власником, або за родом роботи (дресирувальник, доглядач), або внаслідок попередньої поведінки (наприклад, дикі чи безпритульні тварини прикармлювались особою) тощо; 2) шкода заподіяна не самому винному, а іншим особам; 3) особа мала можливість контролювати поведінку тварини (тримати її на прив'язі, відігнати від потерпілого тощо); 4) порушені писані або неписані правила утримання тварин; 5) агресивна поведінка тварини не була спровокована потерпілим (Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 590-591).

характер особливого мучення (як різновид особливо жорстокого злочинного поводження), вирізняється такими ознаками: надзвичайно, крайньо виключний жорстокий вчинок; завдання особливих (додаткових і нестерпних) фізичних та (або) психічних та (або) моральних мук і (або) страждань потерпілому заради самих мук і страждань; неприродний та вишуканий характер, що є катуванням, тортурами, садизмом<sup>73</sup>. За науковими даними, приблизно 12% злочинів такої категорії вчинені з особливою жорстокістю<sup>74</sup>. Цей спосіб вчинення тяжкого тілесного ушкодження може полягати у заподіянні великої кількості тілесних ушкоджень, знущань, катувань, мордувань, мучень з використанням, зокрема, вогню, електричного струму, кислоти, проміння, болісно діючої отрути, тривалого позбавлення їжі, води, тепла тощо.

Так, вироком Олександрійського міськрайонного суду Кіровоградської області від 26.04.2009 р. встановлено, що 14 січня 2008 року близько 18 год. в будинку підсудний, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, в ході сварки, на ґрунті раптово виниклих неприязних відносин, наніс потерпілому кілька ударів кулаками в обличчя, від яких потерпілий упав на підлогу, після чого, обхопивши його руками за тулуб, умисно заштовхнув його головою в духовку пічного опалення, яка знаходилась в нагрітому стані, притиснувши потерпілого обличчям до розігрітих стінок духовки, та утримував його близько однієї хвилини. Витягнувши потерпілого через короткий проміжок часу, повторно заштовхнув в духовку, притиснувши обличчям до розжарених стінок та утримував близько хвилини, доки потерпілий не втратив свідомість. Внаслідок таких дій потерпілий отримав тілесні ушкодження у вигляді опіку шкіри правої та лівої бокових ділянок обличчя та частково волосяного покриву голови з переходом на передню поверхню обличчя зліва, які згідно з висновком судово-медичної експертизи є невиправними і потребують хірургічного втручання у вигляді косметичних операцій з метою відновлення уражених ділянок та міміки обличчя, що є неоправним знівеченням обличчя. Суд зробив висновок, що вказані тілесні ушкодження супроводжувались фізичним стражданням та нестерпним болем для потерпілого і були вчинені способом, що має характер особливого мучення<sup>75</sup>.

Вироком Теофіпольського районного суду

<sup>73</sup> Кучер В.І. Кримінально-правові проблеми вчинення злочинів способом особливо жорстокого поводження: Монографія. – К.: «Азимут-Україна», 2004. – С. 49.

<sup>74</sup> Там само. – С. 56.

<sup>75</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3447976>



Хмельницької області від 09.10.2008 р. встановлено, що підсудний 6 квітня 2008 року біля 23 год. після розпивання спиртних напоїв повертався додому і з ревности затіяв сварку із потерпілою, з якою він перебував у фактичних шлюбних відносинах. При цьому підсудний умисно наніс потерпілій удар кулаком в голову, від чого вона впала а він став наносити їй удари взутими ногами по голові, тулубу, ногах та інших частинах тіла. Усвідомлюючи, що він спричиняє потерпілій муки та страждання та завдає їй нестерпного болю, підсудний вперся їй ногою в спину між лопатками і, застосовуючи фізичну силу, викрутив їй руку і, відтягнувши її, спричинив перелом правої плечової кістки, після чого, продовжуючи свій злочинний намір привів потерпілу у будинок, де вони проживали, і коли вона лежала на ліжку умисно став наносити їй удари дерев'яною кухонною качалкою по ногах, руках, тулубу, голові а потім взяв дерев'яну настільну кухонну дошку і вдарив нею потерпілу у передню лобну частину голови. Цим спричинив потерпілій тілесні ушкодження у вигляді відкритої черепно-мозкової травми, вдавненого проникаючого перелому лобної кістки зліва з пошкодженням твердої мозкової оболонки, забою головного мозку з точками прикладання, забійної рани лівої лобної ділянки голови, які відносяться до категорії тяжких тілесних ушкоджень, що небезпечні для життя в момент їх виникнення. Суд дійшов висновку, що своїми умисними діями, які виразилися у спричиненні умисного тяжкого тілесного ушкодження, небезпечного в момент заподіяння, яке він вчинив способом, що має характер особливого мучення, підсудний скоїв злочин, передбачений ч. 2 ст. 121 КК України<sup>76</sup>.

Для кваліфікації умисного тяжкого тілесного ушкодження, вчиненого способом, що носить характер особливого мучення, необхідним є встановлення всіх ознак суб'єктивної сторони складу злочину. В цьому випадку вона характеризується прямим умислом, який охоплює зміст спеціального способу вчинення злочину – особливе мучення.

Умисне тяжке тілесне ушкодження визнається вчиненим з метою залякування потерпілого або інших осіб за умови, що вина винної особи характеризується не лише умислом, спрямованим на спричинення тяжкого тілесного ушкодження потерпілому, а й спеціальною метою – залякування цими діями самого потерпілого або інших осіб. По суті, спричинення іншій людині тілесних ушкоджень тут виступає засобом психічного впливу на неї або

будь-яких інших осіб (при цьому не має значення, чи були це родичі або інші близькі для потерпілого люди, чи потерпілий взагалі не був знайомий з об'єктом залякування).

Вироком Сарненського районного суду Рівненської області від 21.05.2009 р. встановлено, що 10 вересня 2008 року близько 20 год. 30 хв. підсудні, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, діючи як група осіб, з метою залякати потерпілого та примусити його зізнатись у вчиненні крадіжки грошей і в подальшому повернути гроші, зв'язали паском руки, відвели в лісопосадку і в період з 21 год. до 23 год. 30 хв. умисно нанесли не менше 37 ударів руками, ногами та палицею в різні частини тіла. В результаті цього потерпілий отримав тілесні ушкодження, які відносяться до легких та легких з короточасним розладом здоров'я, а також умисні тілесні ушкодження, які відносяться до тяжких, небезпечних для життя в момент їх заподіяння. Під час нанесення ушкоджень підсудні, маючи на меті завдати особливого фізичного болю потерпілому, позбавити його можливості захистити себе, залишили руки зв'язаними, а один з підсудних піднімав вгору пасок, піднімаючи тим самим руки і тіло потерпілого та повертав кисті рук в нефізіологічне положення; обидва підсудних закрили шкарпеткою рот потерпілого, позбавивши його можливості покликати на допомогу, тим самим зменшивши доступ повітря; один з підсудних підпалював сірниками кисті рук та наносив палицею удари по пальцях рук потерпілого. Цими діями підсудні завдали потерпілому особливих фізичних страждань та болю, які мають характер особливого мучення. Крім того, після вчинення вказаних дій, підсудні, усвідомлюючи, що потерпілий знаходився в небезпечному для життя стані і був позбавлений можливості вжити заходи до самозбереження внаслідок безпорадного стану, залишили його в лісопосадці. 11 вересня 2008 року близько 23 год. підсудні, прийшовши на місце, де залишили потерпілого, перенісши його з відкритої місцевості в куці, помилково вважаючи, що він мертвий, перевезли його гужовою повозкою до р. Случ і кинули в річку, внаслідок чого через механічну асфіксію сталася смерть потерпілого.

Дії підсудних правильно кваліфіковані за ч. 2 ст. 121 КК України як заподіяння умисних тілесних ушкоджень, небезпечних для життя в момент заподіяння, вчинені способом, що має характер особливого мучення, групою осіб, а також з метою залякування потерпілого; за ч. 1 ст. 135 КК України як завідоме залишення без допомоги особи, яка перебуває в небезпечному

<sup>76</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3253538>



для життя стані і позбавлена можливості вжити заходів до самозбереження внаслідок безпорадного стану, якщо той, хто залишив без допомоги, сам поставив потерпілого в небезпечний для життя стан; за ч. 1 ст. 119 КК України як вбивство, вчинене через необережність<sup>77</sup>.

Така кваліфікуюча ознака, як вчинення умисного тяжкого тілесного ушкодження з мотивів расової, національної або релігійної нетерпимості, була включена в ст. 121 КК у 2009 р. Для цього були певні підстави. Так, протягом шести років кількість протиправних посягань, внаслідок яких постраждали громадяни іноземних держав, збільшилася майже вдвічі – з 604 у 2002 р. до 1054 у 2008 р. Науковці зазначають, що переважну більшість злочинів учинено відносно громадян держав-учасниць СНД (61,8%), стосовно ж іноземців з інших країн – відповідно 38,2%. У структурі злочинності протягом останніх двох років на фоні загального зниження кількості злочинів, вчинених стосовно іноземних громадян, чітко простежується збільшення випадків умисних вбивств та спричинення тяжких тілесних ушкоджень, практично не змінюється кількість зафіксованих фактів хуліганства та спричинення тілесних ушкоджень середньої тяжкості<sup>78</sup>.

Расизм і злочини на ґрунті ксенофобії не були характерними для українського суспільства протягом тривалого часу. За оцінками експертів із США, його проявів в Україні не більше, ніж в інших посттоталітарних країнах. Хоча випадки прояву ксенофобії стосовно росіян, євреїв, кримських татар, ромів та іммігрантів з Кавказу, Азії й Африки траплялися доволі часто, американські спостерігачі вважали ситуацію в Україні менш загрозливою, на відміну від Росії, Румунії, Польщі, Угорщини чи Словаччини. Можливо, це було зумовлено тим, що більшість випадків відповідних посягань не мала насильницького характеру. Обмежувалося все словесними образами, малюванням антисемітських графіті та досить рідко — актами вандалізму на кладовищах. Після розпаду соціалістичного табору проблема расистських нападів та ксенофобських настроїв постала на порядку денному і в Україні.

<sup>77</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12701006>

У цьому випадку мала місце так звана помилка в розвитку причинного зв'язку, наслідком чого стала кваліфікація дій винних і за ст. 119 КК.

<sup>78</sup> Мартиненко О.А. Злочини, вчинені на ґрунті расової, національної чи релігійної нетерпимості, як нове кримінальне явище в Україні // Держава та регіони. Серія: Право. – 2009. – № 2 [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/Dtr\\_pravo/2009\\_2/files/pravo\\_02\\_09\\_Martinenko.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Dtr_pravo/2009_2/files/pravo_02_09_Martinenko.pdf)

Один із перших резонансних проявів ксенофобії в Україні датується липнем 2001 року, коли біженця з Руанди було забито на смерть поблизу його помешкання у Вінниці. Така ситуація вперше, як це часто трапляється, привернула увагу міжнародних експертів та організацій. Своє занепокоєння щодо ксенофобії тоді висловив Верховний комісар ООН із питань біженців. Загрозливіші результати поширення ксенофобських настроїв стали помітними після 2005 року, коли групи так званих скіндхедів («бритоголових») виокремилися з лав футбольних фанатів в окрему течію<sup>79</sup>.

Україна як член Ради Європи та ОБСЄ ратифікувала значну частину міжнародних документів, прийнятих європейською спільнотою з метою захисту уразливих категорій населення (мігранти, етнічні меншини) від проявів расизму та ксенофобії, а саме: Декларацію ЮНЕСКО про расу та расові забобони (1978 р.); Декларацію принципів толерантності (ЮНЕСКО, 1995 р.); Європейську соціальну хартію (1996 р.). Крім того, з метою запобігання поширенню ксенофобії, расистської та антисемітської інформації через комп'ютерні системи, у квітні 2005 р. Україною був підписаний Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, що стосується криміналізації дій расистського та ксенофобського характеру, вчинених через комп'ютерні системи<sup>80</sup>.

Так, відповідно до Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації «расова дискримінація» означає будь-яке розрізнення, виняток, обмеження чи перевагу, оснований на ознаках раси, кольору шкіри,

<sup>79</sup> Філоненко С. Расизм. Виклик екстремістів [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/1143>

Терміном ксенофобія (від грецького *xenos* — чужинець, *phobos* — страх) довідкова література називає нав'язливий страх стосовно чужинців чи просто чогось незнайомого, незвичного та чужоземного; ненависть, нетерпимість та неприязнь до представників іншої раси, нації, культури, релігії, іноземців, а також до чогось незнайомого, незвичного, чужого. Завдяки цьому конструюється специфічний образ «чужого» — образ «ворога», якому приписують негативні стереотипні уявлення: часто неіснуючі вади та антилюдські якості (агресивність, ворожість, таємні мотиви тощо) і за яким можна вже не бачити конкретної людини. Це така собі *Untermensch* — недолюдина (термін широко вживався у нацистській Німеччині). А отже, нехтується факт, що людина — істота самоцінна і до неї необхідно ставитися передовсім як до окремої, суверенної особи, а вже потім як до представника будь-чого (класу, раси, етносу тощо). Крайніми проявами ксенофобського світогляду є так звані злочини ненависті («Hatecrime»), в основі яких — належність однієї (зазвичай потерпілої) сторони до іншої, аніж біла, раси. Термін «Hatecrime» із 80-х років минулого століття вперше почали офіційно використовувати у США.

<sup>80</sup> Ралкін М.О. Злочини на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі: профілактичний аспект // Вісник Запорізького національного університету. Серія: «Юридичні науки». – 2010. – № 1. – С. 200.

родового, національного чи етнічного походження, метою або наслідком яких є знищення або применшення визнання, використання чи здійснення на рівних засадах прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній чи будь-яких інших галузях суспільного життя.

Для кваліфікації умисного тяжкого тілесного ушкодження як такого, що вчинене з мотивів, які розглядаються, необхідно довести, що злочин вчинено не тільки з прямим умислом, але й за наявності хоча би одного з наступних спеціальних мотивів:

- 1) расової нетерпимості;
- 2) національної нетерпимості;
- 3) релігійної нетерпимості.

Це означає, що спричинення тяжкого тілесного ушкодження повинно бути викликано певним внутрішнім спонуканням винного, яке пов'язано з його негативним ставленням до факту реальної чи уявної належності потерпілого до окремої раси, національності чи релігії (релігійної течії).

Умисне тяжке тілесне ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого, характеризується настанням двох наслідків – тяжкого тілесного ушкодження та смерті, тобто шкода в цьому випадку завдається двом об'єктам – здоров'ю та життю іншої людини. Кваліфікація таких дій в контексті їх розмежування з умисним вбивством становить особливу складність, зокрема, у ситуаціях, коли до настання смерті призвели численні удари. У таких випадках з об'єктивної сторони присутні ознаки як вбивства, так і тяжкого тілесного ушкодження. Тому особливого значення набуває з'ясування змісту і спрямованості умислу винного. Як зазначає Пленум ВСУ в п. 22 своєї постанови від 7 лютого 2003 року № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», питання про умисел необхідно вирішувати виходячи із сукупності всіх обставин вчиненого діяння, зокрема, враховувати спосіб, знаряддя злочину, кількість, характер і локалізацію поранень та інших тілесних ушкоджень, причини припинення злочинних дій, поведінку винного і потерпілого, що передувала події, їх стосунки. Визначальним при цьому є суб'єктивне ставлення винного до наслідків своїх дій: при умисному вбивстві настання смерті охоплюється умислом винного, а у випадку заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого, ставлення винного до її настання характеризується необережністю.

Так, вироком Катеринопільського районного суду Черкаської області від 03.06.2010 р. встановлено таке: підсудній в подвір'ї свого домово-

лодіння під час сварки, маючи неприязнь до своєї співжительки, умисно наніс їй руками, ногами, а також дерев'яною палицею удари в різні частини тіла, наніс близько 20 ударів, спричинивши при цьому закриту травму грудної клітки з переломами 6, 8–12 правих та 6–8 лівих ребер, численних крововиливів та саден тіла, рани тім'яної ділянки голови, явища травматичного шоку, тобто тяжкі тілесні ушкодження, які привели до смерті потерпілої. Суд кваліфікував дії винного за ч. 2 ст. 121 КК України, як умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілої<sup>81</sup>.

Отже, про наявність умислу на вбивство свідчитимуть такі обставини. По-перше, нанесення ударів та поранень (їх локалізація) в життєво важливі органи (голову, шию, ліву сторону грудей, печінку, пах тощо). По-друге, застосування такого знаряддя або засобу вчинення злочину, яке визначально здатне спричинити смерть (пістолет, ніж, кастет, сокира, важкий предмет тощо).

Наприклад, вироком Центрального районного суду м. Сімферополя В. була засуджена за ч. 1 ст. 115 КК України. Апеляційний суд АРК цей вирок залишив без змін. Як визнав суд, В., перебуваючи в стані сп'яніння, під час конфлікту, що виник з неприязні між нею та Д., з метою вбивства завдала йому ударів сокирою по голові, внаслідок чого потерпілий помер. У касаційній скарзі засуджена вказувала, що її руки внаслідок отриманої опікової травми обмежені в русі, а це ставить під сумнів можливість завдання ударів сокирою. Це твердження спростував у судовому засіданні експерт, якій свідчив, що засуджена за обставин, вказаних у вирокі, могла ударити сокирою потерпілого та зазначив, що для настання смерті останнього достатньо було двох таких ударів<sup>82</sup>.

По-третє, інтенсивність дій винного, яка достатня для порушення функцій або анатомічної цілісності життєво важливих органів (велика сила нанесення ударів або кількість поранень). По-четверте, існування ворожих міжособистих відносин між потерпілим і винним до вчинення злочину (попередні погрози, факти бійок між винним і потерпілим тощо). По-п'яте, переривання злочинних дій не добровільно, а на вимогу інших осіб, під загрозою бути викритими чи затриманими. По-шосте, негативна поведінка після вчинення злочину (наприклад, залишення потерпілого, який знепритомнів або тяжко по-

<sup>81</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9723555>

<sup>82</sup> Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 грудня 2006 р. // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 12-13.

ранений без медичної допомоги; створення перешкод для того, щоб потерпіла особа не могла залишити місце злочину, дати собі раду сама або покликати на допомогу сусідів чи перехожих).

Підкреслимо ще раз, що питання про наявність чи відсутність у винного умислу на вбивство необхідно вирішувати на підставі аналізу всіх обставин справи у сукупності. Не можна робити такий висновок, ґрунтуючись тільки на одній із ознак вчиненого діяння.

*Вироком Білоцерківського міськрайонного суду Київської області Б. засуджено за ст. 94 КК України 1960 р. (умисне вбивство). Пізніше ухвалою Апеляційного суду Київської області цей вирок було змінено, постановлено вважати Б. засудженим за ч. 3 ст. 101 КК України 1960 р. (тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого). Підставою для перекваліфікації дії винного апеляційний суд визнав відсутність у засудженого умислу на вбивство потерпілого Р., пославшись в ухвалі на його поведінку після вчинення злочину. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ зазначила, що таке рішення апеляційним судом зроблено без урахування фактичних обставин справи та наслідків, які настали. Злочин було вчинено Б. на ґрунті особистих неприязних стосунків. Він під час сварки з Р., що переросла у бійку, наніс потерпілому кухонним ножом цілеспрямований удар у серце. Тим самим спричинив тяжкі тілесні ушкодження, небезпечні для життя в момент заподіяння, у вигляді колото-різаної рани грудей з пошкодженням серця, тампонадою кров'ю та крововтратою, внаслідок чого настала смерть. Таким чином, позитивна поведінка винного після вчинення злочину свідчить не про відсутність у нього певного умислу на вбивство, а про бажання запобігти наслідкам своїх дій, тобто зменшити тяжкість цих наслідків<sup>83</sup>.*

Дії винного, який заподіяв потерпілій особі тяжкі тілесні ушкодження, від яких настала смерть останньої, повністю охоплюються складом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 121 КК і додаткової кваліфікації за ч. 3 ст. 135 КК (залишення в небезпеці) не потребують<sup>84</sup>.

**Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження** (ст. 122 КК). Поняття умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження нероз-

ривно пов'язується самим законодавцем із поняттям умисного тяжкого тілесного ушкодження. Це – тілесне ушкодження, яке не є небезпечним для життя і не потягло за собою наслідків, передбачених у ст. 121 КК (тобто спричинення тяжкого тілесного ушкодження), але таке, що спричинило тривалий розлад здоров'я або значну стійку втрату працездатності менш як на одну третину.

Ознаки ушкодження середньої тяжкості: а) відсутність небезпеки для життя; б) відсутність наслідків, що характеризують тяжке тілесне ушкодження; в) тривалий розлад здоров'я; г) стійка втрата працездатності менш ніж на третину.

Тривалим належить вважати розлад здоров'я строком понад 3 тижні (більш як 21 день). Під стійкою втратою працездатності менш як на одну третину належить розуміти втрату загальної працездатності від 10% до 33%.

Ч. 2 ст. 122 КК встановлює **кваліфікуючі ознаки** умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження:

– вчинення злочину з метою залякування потерпілого або його родичів чи примусу до певних дій;

– вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості.

Ознака залякування є схожою на таку саму стосовно умисного тяжкого тілесного ушкодження, за виключенням обмеженого кола об'єктів залякування – лише сам потерпілий та його родичі.

Закон також встановлює ще одну мету як кваліфікуючу ознаку цього складу злочину – примус до певних дій. З тексту закону прямо не випливає, чи спрямований такий примус лише на потерпілого або його родичів, чи він може адресуватися будь-кому.

*Наприклад, вироком Подільського районного суду м. Києва від 14.12.2010 р. встановлено наступне: 24 квітня 2010 року, близько 23 год., підсудні, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, вирішили спільно заподіяти тілесні ушкодження потерпілому з метою залякати останнього та створити перешкоди зустрічатися з співмешканкою одного з винних. Біля під'їзду будинку зустріли потерпілого і, реалізуючи свій злочинний умисел, один з підсудних підійшов до нього, правою рукою схопив за одяг, а долонею лівої руки вдарив останнього в обличчя, в результаті чого потерпілий втратив рівновагу та присів, після чого підсудний, продовжуючи свій злочинний умисел, схопив потерпілого за одяг та повів до автомобіля, що стояв поруч з будинком. Після цього підсудні на автомобілі вивезли потерпілого до лісопосадки,*

<sup>83</sup> Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 22 листопада 2005 р. // Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах: Офіц. вид. / Верховний Суд України; відп. ред. П.П. Пилипчук. – К.: Концерн «Ін Юре», 2007. – С. 265-267.

<sup>84</sup> Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 12 лютого 2009 р. // Судова практика. – 2009. – № 5. – С. 73-76.



де витягли з автомобіля, кинули на землю, нанесли потерпілому численні удари в різні частини тіла і голови, а також один з підсудних палицею наніс удар потерпілому в область голови. Згідно з висновком експерта в потерпілого виявлені тілесні ушкодження: забійні рани лівої щоки, лівої потиличної та лівої тім'яної ділянок, закритий перелом кісток носу, закритий перелом нижньої щелепи зліва, субдуральні нашірвання крові в лобній ділянці справа, закриті черепно-мозкова травма, яка відноситься до тілесних ушкоджень середньої тяжкості (за критерієм тривалості розладу здоров'я)<sup>85</sup>.

У вироку Галицького районного суду Івано-Франківської області від 13.07.2007 р. зазначається, що 01.04.2007 р. о 02 год. підсудний, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння і знаходячись в будинку своєї тітки, став вимагати від неї грошей на придбання спиртного. Після її відмови це зробити, наніс їй кілька ударів кулаками в ділянку голови і наказав їй приготувати йому їсти. Боячись підсудного, потерпіла намагалась втекти з дому. Однак винний, зупинивши її, повалив на землю, де наніс їй ногами кілька ударів по тілу та голові. На її прохання припинити її бити, підсудний взявши сокиру наніс нею їй удар по лівій руці. Внаслідок цього потерпілій спричинено середньої тяжкості тілесні ушкодження, які не є небезпечними для життя, але є такими, що спричинили тривалий розлад здоров'я, вчинені з метою примусу до певних дій<sup>86</sup>.

**Умисне легке тілесне ушкодження** (ст. 125 КК). Ознаки легкого тілесного ушкодження: а) короткочасний розлад здоров'я; б) незначна стійка втрата працездатності.

Легке тілесне ушкодження може бути таким, що спричинило короткочасний розлад здоров'я чи незначну стійку втрату працездатності, або таким, що не спричинило зазначених наслідків.

Легке тілесне ушкодження, що не спричинило короткочасного розладу здоров'я чи незначної стійкої втрати працездатності, – це ушкодження, що має незначні скороминущі наслідки, тривалістю не більш як шість днів.

**Кваліфікований склад** злочину «умисне легке тілесне ушкодження» (ч. 2 ст. 125 КК) характеризується настанням додаткових, крім легкого тілесного ушкодження, наслідків – короткочасного розладу здоров'я чи незначної втрати працездатності. Короткочасним належить вва-

жати розлад здоров'я тривалістю понад шести днів, але не більше як три тижні (21 день). Під незначною стійкою втратою працездатності належить розуміти втрату загальної працездатності до 10 %.

Як бачимо, одна й та сама дія (наприклад, завдання удару іншій людині) залежно від її наслідків та суб'єктивного ставлення винного може бути кваліфікована як легке, середньої тяжкості або тяжке тілесне ушкодження.

**Побої і мордування** (ст. 126 КК). **Об'єктивну сторону** цього злочину складають: 1) завдання удару; 2) завдання побоїв; 3) вчинення інших насильницьких дій. Відповідальність за перелічені дії настає за ст. 126 КК за умови завдання потерпілому фізичного болю та за відсутності тілесних ушкоджень. Якщо ж завдання удару чи побоїв призвело до тілесних ушкоджень, ці дії потребують кваліфікації відповідно до тяжкості тілесних ушкоджень.

Удар – це різновид фізичного впливу на тіло людини, який полягає у одноразовому різкому сильному зіткненні тіла потерпілого з твердим предметом, рух якого ініційований винним. Це може бути удар палкою, рукою, ногою тощо.

Побої – це неодноразове (більше одного) нанесення ударів. Інші насильницькі дії – це будь-який вплив на тіло потерпілого, що відбувається проти його волі. Вони можуть полягати у викручуванні кінцівок, використанні хімічних, термічних чи інших факторів, сторонніх предметів (наприклад, для здавлення).

У переважній більшості випадків відповідні дії (зокрема, нанесення ударів) поєднані з іншими злочинними проявами і є складовою частиною так званих складених злочинів і кваліфікуються за спеціальними нормами, правила чого напрацьовані судовою практикою. В той же час окремі науковці вважають, що, оскільки закон не містить чіткого визначення побоїв і мордування у диспозиції статті, що розглядається, це значено ускладнює кваліфікацію відповідних злочинів, зокрема, з огляду на конкуренцію зі ст.ст. 125, 127, 129, 296 КК<sup>87</sup>.

Ч. 2 ст. 126 КК передбачає відповідальність за **кваліфікований вид** злочину. Кваліфікуючими ознаками є:

1) вчинення дій, передбачених частиною першої, якщо вони мають характер мордування;

<sup>85</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/13062687>

<sup>86</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2762099>

<sup>87</sup> Гаркуша А.Г. Кримінальна відповідальність за побої і мордування: постановка проблеми // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20 – 21 травня 2011 р., / редкол.: Г.Є.Волдарь, А.О. Данилевський, О.О. Дудоров та ін.; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 115.

- 2) вчинення злочину групою осіб;
- 3) вчинення злочину з метою залякування потерпілого чи його близьких;
- 4) вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості.

Мордування – це дії, що полягають в багаторазовому або тривалому спричиненні болю: щипання, шмагання, нанесення численних, але невеликих ушкоджень тупими чи гостроколючими предметами, діяння термічних факторів та інші аналогічні дії.

*Вироком Сарненського районного суду Рівненської області від 05.11.2008 р. встановлено, що 13 березня 2006 року підсудні на станції Тутовичі Львівської залізниці, діючи групою осіб, бажаючи помститись за повідомлення про вчинення крадіжки, з метою залякування застосували до потерпілого насильницькі дії, які мали характер мордування, що виразилось в завданні ударів по тулубу та нанесення термічних опіків розжареною металевю коцюбою<sup>88</sup>.*

**Катування** (ст. 127 КК)<sup>89</sup>. Відповідно до ст. 3 Конвенції про захист прав і основних свобод людини жодна людина не може зазнавати катувань чи нелюдського або такого, що принижує її гідність, поводження чи покарання. Такі саме норми містять ст. 5 Загальної декларації прав людини та ст. 7 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права. Поняття «катування» передбачене ст. 1 Конвенції проти катувань та інших жорстоких або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання<sup>90</sup>. Для цілей зазначеної Конвенції термін «катування»

<sup>88</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3492689>

<sup>89</sup> Слід зазначити, що окремі науковці пропонують виключити цю норму з тексту КК. Аргументом є той факт, що практично неможливо визначити чіткі логічно обґрунтовані критерії розмежування катування та кваліфікованого складу побоїв і мордування, катування, що призвело до загибелі людини, та вбивства з особливою жорстокістю, а також складів злочинів, передбачених ст. 127 та ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ст. 355, ч. 2 ст. 365, ст. 373 та іншими (Хилюк С.В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання Особливої частини): Дис... канд. юрид. наук. – Львів, 2008. – С. 63).

<sup>90</sup> У сучасному кримінальному праві існують як мінімум п'ять трактувань терміну «катування»: 1) конвенційне трактування як особливого злочину міжнародного характеру по Конвенції 1948 року; 2) конвенційне трактування в контексті міжнародних злочинів по Римському статуту; 3) різні трактування по національному кримінальному праву як самостійного злочину; 4) трактування по національному кримінальному праву як синоніму понять «особлива жорстокість», «особливо жорстоке мордування»; 5) трактування по національному кримінальному праву як синоніму поняття «мордування» (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 85 і далі).

означає будь-яку дію, якою будь-якій особі умисно заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа чи у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу, чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди. В цей термін не включаються біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково.

Відповідно до ст. 127 КК катування – це умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій з метою примусити потерпілого чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, в т.ч. отримати від нього або іншої особи відомості чи визнання, або з метою покарати його чи іншу особу за дії, скоєні ним або іншою особою чи у скоєнні яких він або інша особа підозрюється, а також з метою залякування чи дискримінації його або інших осіб.

Отже, цей склад злочину характеризується виною у виді прямого умислу, вчиненням певних дій, настанням наслідків у вигляді сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання, причинним зв'язком між наведеними діями та наслідком, а також метою як додатковою ознакою суб'єктивної сторони.

Дії як ознака об'єктивної сторони катування можуть полягати в наступному:

- нанесення побоїв;
- мучення;
- інші насильницькі дії.

Зазначені дії повинні призвести до одного з трьох альтернативних наслідків – сильного фізичного болю, фізичного або морального страждання<sup>91</sup>.

Фізичне страждання може характеризуватися відносно неінтенсивними, але тривалими неприємними фізичними відчуттями. Вони можуть бути викликані заламуванням кінцівок, дією термічних або хімічних зовнішніх факторів на тіло людини.

<sup>91</sup> Щодо проблем розмежування ст. 127 КК та інших злочинів проти здоров'я див., зокрема: Данилевський А.О., Болдарь Г.Є. Кримінальна відповідальність за вчинення злочинів проти життя та здоров'я особи: проблеми кваліфікації та відмежування від суміжних складів злочинів: наук.-практ. пос.; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 43-46.

Моральні страждання полягають у такому емоційному стані потерпілого, який характеризується наявністю суттєвих розбіжностей між діями, які (з його точки зору) є допустимим стосовно людини, і діями, що вчиняються безпосередньо стосовно нього.

**З суб'єктивної сторони** злочин характеризується виною у формі прямого умислу та додатковою обов'язковою ознакою – альтернативною метою, яка може полягати в наступному:

- примусити потерпілого чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, в т.ч. отримати від нього або іншої особи відомості чи визнання;
- покарати потерпілого чи іншу особу за дії, скоєні ним або іншою особою чи у скоєнні яких він або інша особа підозрюється
- залякування чи дискримінація потерпілого або інших осіб.

Так, вироком Крюківського районного суду м. Кременчука Полтавської області від 14.06.2010 р. встановлено, що 13 серпня 2009 року, близько 09 год. 30 хв., підсудний, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, будучи в гостях у знайомі, на ґрунті особистих неприязних стосунків, штовхнув потерпілу на диван і запальничкою умисно наніс їй удар у ліве око, в результаті чого заподіяв останній тілесні ушкодження у вигляді обширного інфікованого поранення склери з випадінням внутрішніх оболонок, тотальної гіфами, гемафтальма, які відповідно до висновку судово-медичного експерта відносяться до тілесних ушкоджень середньої тяжкості як такі що викликали стійку втрату працездатності не менш ніж на одну третину. Крім того, в цей же день, одночасно, підсудний в квартирі потерпілої з метою примусити її вчинити дії, що суперечать її волі – сказати, де знаходяться грошові кошти з отриманої нею пенсії, вчинив катування відносно неї, тобто умисне заподіяння фізичного болю, фізичного та морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення та інших насильницьких діяч. А саме підсудний штовхнув потерпілу на диван, засунув їй в рота кінець дитячої подушки, потім витягнув подушку і обмотав навколо голови та обличчя потерпілої ковдру, перекривши їй доступ повітря. Коли потерпіла задихалася від нестачі повітря, підсудний відпустив ковдру і знову засовував їй з силою до рота кінець дитячої подушки. Почергово вчиняючи вказані дії, він повторив їх близько 10 разів. При цьому наносив потерпілій удари кулаками рук в область грудей, обличчя, голови та тулубу. Коли потерпіла вирвалася від підсудного і вибігла з квартири на площадку 4 поверху під'їзду, останній штовхнув потерпілу на сходи, вона впала на спину. Взявши потерпілу, яка знаходилася в горизонтальному

положенні, за ноги, стягнув її на площадку між 3-м та 4-м поверхами. Потерпіла намагалась піднятися, але винний знову штовхнув її на сходи і взявши за руку затягнув назад на площадку 4-го поверху, де покинув потерпілу близько 10.00 год. і зник з місця скоєння злочину. В результаті вказаних умисних насильницьких дій потерпілій завдані тілесні ушкодження у вигляді закритої черепно-мозкової травми, струс головного мозку, забоїв м'яких тканин обличчя, кінцівок.

Суд кваліфікував дії підсудного за ч. 1 ст. 122 КК України як умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження, а також за ч. 1 ст. 127 КК України, оскільки підсудний вчинив катування відносно потерпілої, тобто умисне заподіяння фізичного болю, фізичного та морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення та інших насильницьких діяч, з метою примусити потерпілу вчинити дії, що суперечать її волі – сказати, де знаходяться грошові кошти з отриманої нею пенсії<sup>92</sup>.

**Кваліфікованим складом** злочину є катування, вчинене повторно, за попередньою змовою групою осіб, або з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості.

**Необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження** (ст. 128 КК). Кримінальний закон визнає злочином спричинення з необережності лише тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження. Легке тілесне ушкодження, вчинене з необережності, не тягне кримінальної відповідальності. Необережність може полягати як у злочинній самовпевненості, так і у злочинній недбалості.

21 квітня 2010 р. о 9 год. підсудний, знаходячись в під'їзді будинку, під час суперечки, яка виникла на ґрунті особистих неприязних відносин, з потерпілою, не передбачаючи можливості настання суспільно-небезпечних наслідків своїх дій, хоча повинен був і міг передбачити їх настання, умисно штовхнув двома руками в область грудей потерпілу, від чого остання впала з висоти власного зросту і вдарилась лівим плечем об бетонні східці, чим заподіяв потерпілій необережно тілесні ушкодження у вигляді: синця лівого надпліччя, плеча, закритого вивиху голівки лівого плеча, які в своїй сукупності відносяться до середньої тяжкості тілесних ушкоджень, що спричинили тривалий розлад здоров'я<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9863591>

<sup>93</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10839526>



**Погроза вбивством** (ст. 129 КК). Кримінальний закон відносить до категорії злочинів лише ті погрози вбивством, які давали потерпілому реальні підстави побоюватися їх здійснення.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є психічне здоров'я людини, яке зазнає шкоди внаслідок усвідомлення потерпілим реальної можливості бути позбавленим життя<sup>94</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у донесенні будь-яким чином до свідомості потерпілого інформації про намір винного (тобто особи, яка погрожує вбивством) позбавити потерпілого життя.

Незважаючи на те, що закон (у ч. 2 ст. 129 КК) говорить про погрозу вбивством як про діяння, на практиці вона полягає у діях винної особи. Спосіб донесення інформації значення не має і може бути будь-яким – вербальним (словами), письмовим, за допомогою жестів, символів тощо.

*Підсудний, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, після спільного вживання спиртних напоїв, діючи умисно, на ґрунті виниклих під час сварки неприязних стосунків, проявляючи свою «п'яну вдачу» та маючи на меті показати свою перевагу і викликати у потерпілого побоювання за своє життя, використовуючи як засіб залякування ніж, погрожував йому вбивством, при цьому неодноразово вимовляючи погрози на адресу останнього і розмахуючи ножем, приставляючи його до різних частин тіла, спричинив йому тілесні ушкодження у вигляді різаних ран та крововиливів обох кистей, які відносяться до категорії легких тілесних пошкоджень. Таким чином, підсудний викликав у потерпілого усвідомлення реальної погрози його життя<sup>95</sup>.*

При вчиненні злочину, передбаченого ст. 129 КК, вина суб'єкта характеризується тільки прямим умислом. Що ж стосується психічного ставлення до наслідків таких дій, слід зазначити, що погроза вбивством сконструйована законодавцем як злочин із формальним складом, тому вони на кваліфікацію не впливають, але повинні враховуватися при призначенні покарання

<sup>94</sup> В.В. Шабалистий об'єктом цього злочину вважає особисту безпеку, оскільки «реальної небезпеки для життя у момент проголошення винним погрози не виникає. Винний не має наміру у момент вчинення погрози позбавити потерпілого життя, а прагне його залякати. У результаті вираження зовні інформації залякувального характеру в її адресата виникають негативні емоції у вигляді страху – зароджується невпевненість у завтрашньому дні, тобто порушується особиста безпека особи. Саму ж особисту безпеку визначено як психічний стан особи, за якого їй ніхто не загрожує. Саме тому безпосереднім об'єктом погрози вбивством є особиста безпека» (Шабалистий В.В. Кримінальна відповідальність за погрозу вбивством: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Дніпропетровськ, 2010. — С. 9).

<sup>95</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/6275170>

принаймні як обставина, що свідчитиме про необхідність відшкодування завданої моральної шкоди<sup>96</sup>.

Підвищену відповідальність за погрозу вбивством встановлено, якщо вона вчинена членом організованої злочинної групи або з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості.

#### **4.9. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини, які вчинюються у сфері охорони життя та здоров'я людини від окремих видів небезпечних інфекційних хвороб**

Ця група злочинів об'єднує діяння, що призводять до спеціальних різновидів тілесних ушкоджень – зараження людини деякими видами хвороб.

**Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби** (стаття 130 КК).

Масове розповсюдження СНІДу в усьому світі та в Україні створює загрозу особистій, громадській та державній безпеці, спричиняє важкі соціально-економічні та демографічні наслідки, що зумовлює необхідність вжиття спеціальних заходів щодо захисту прав і законних інтересів громадян та суспільства. Відповідно до Загальнодержавної програми забезпечення профілактики ВІЛ-інфекції, лікування, догляду та підтримки ВІЛ-інфікованих і хворих на СНІД на 2009-2013 роки, затвердженої Законом України від 19 лютого 2009 року, світовий досвід свідчить, що поширення ВІЛ-інфекції/СНІДу призводить до зменшення тривалості життя, зростання потреби в медичних послугах, загострення проблем бідності, соціальної нерівності та сирітства, подолання яких потребує постійного збільшення видатків з державного бюджету.

За даними статистики, станом на 1 січня 2008 року в Україні було зареєстровано понад 122 тис. ВІЛ-інфікованих громадян. Тільки за 2007 рік їх кількість зросла на 17 669 осіб, що на 10 відсотків більше, ніж у 2006 році. Оцінний показник поширеності ВІЛ-інфекції серед дорослого населення є одним з найвищих в європейському регіоні і становить 1,63 відсотка. За критеріями Об'єднаної програми ООН з ВІЛ/СНІДу та Всесвітньої організації охорони здоров'я стан поширеності ВІЛ-інфекції/СНІДу в Україні класифікується як концентрована епідемія. Основною причиною поширення

<sup>96</sup> Шабалистий В.В. Кримінальна відповідальність за погрозу вбивством: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Дніпропетровськ, 2010. — С. 11.

ВІЛ-інфекції залишається вживання ін'єкційних наркотиків.

У зв'язку з тим, що переважна більшість ВІЛ-інфікованих є особами працездатного та репродуктивного віку, епідемія негативно впливає на соціально-економічний розвиток країни та створює загрозу національній безпеці<sup>97</sup>.

Ст. 130 КК містить у собі декілька складів злочинів.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 130 КК, полягає у свідомому поставленні іншої особи в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини. Синдром набутого імунодефіциту (СНІД) – це стадія розвитку хвороби, зумовленої ВІЛ (ВІЛ-інфекція), що характеризується клінічними проявами, спричиненими глибоким ураженням імунної системи людини під впливом ВІЛ.

Законодавча конструкція «поставлення в небезпеку» охоплює будь-яке діяння, яке призвело до виникнення реальної можливості зараження іншої людини вірусом відповідної хвороби. Свідоме поставлення іншої особи у небезпеку зараження ВІЛ може полягати, зокрема, у здійсненні без застосування запобіжних засобів статевих контактів незалежно від їх гетеро- або гомосексуальної спрямованості, наданні донором – ВІЛ-інфікованою особою своєї крові або тканин, недотриманні профілактичних заходів, спрямованих на недопущення розповсюдження ВІЛ-інфекції (наприклад, спільне використання нестерилізованих шприців для ін'єкцій наркотичних засобів).

Взагалі ВІЛ передається через: спільне використання голки або шприца, випадкове проколювання шкіри голкою із залишками крові, якою користувалась ВІЛ-інфікована особа; незахищений анальний, вагінальний або оральний секс з людиною, інфікованою ВІЛ; переливання не перевіреної на ВІЛ крові та її препаратів, трансплантацію органів та тканин; нанесення татувань та (або) пірсингу нестерильними інструментами; через плаценту під час вагітності або при контакті плода з материнською кров'ю, шляхом годування грудьми новонародженої дитини або годування останньої зцідженним грудним молоком.

*Підсудний, перебуваючи на обліку з 19.02.2001 р. в кабінеті інфекційних захворю-*

<sup>97</sup> З іншого боку, деякі дослідники виступають за декриміналізацію дій, передбачених ст. 130 КК. Додатково про це див.: Михайлов В.Є. Щодо криміналізації зараження вірусом імунодефіциту людини // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції 13 – 15 квітня 2007 р. У 2-х ч. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. – Ч. 2. – С. 93-96.

*вань Гайсинської ЦРА, як особа, інфікована вірусом імунодефіциту людини, 29.01.2007 р. у відділенні трансфузіології Гайсинської ЦРА здав кров як донор, не повідомивши медичних працівників про наявність в нього ВІЛ-інфекції, чим свідомо поставив в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту інших осіб»<sup>98</sup>.*

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 130 КК, належить до формальних складів і визнається закінченим з моменту вчинення дій (бездіяльності), які створюють реальну небезпеку зараження іншої особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини. Особа, яка в тій чи іншій формі контактує з носієм зазначеного вірусу, його кров'ю, іншими рідинами або тканинами, може і не захворіти на невиліковну хворобу з різних причин (наприклад, внаслідок недостатньої концентрації вірусу). Для притягнення особи до відповідальності за ч. 1 ст. 130 КК не має значення те, чи знав потерпілий про хворобу винної особи, чи погоджувався він на вчинення щодо нього дій, які ставлять у небезпеку зараження вірусом невиліковної інфекційної хвороби.

На кваліфікацію за ч.ч. 2, 3 і 4 ст. 130 КК не впливає те, в який конкретно спосіб потерпілого заражено вірусом невиліковної інфекційної хвороби. Таким способом може бути, наприклад, так званий ін'єкційний тероризм, коли потерпілому робиться укол шприцом або голкою із зараженою кров'ю. Цей злочин вважається закінченим з моменту зараження ВІЛ-інфекцією або іншим вірусом. Тому виникає необхідність з'ясування зміст поняття «зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя».

Відповідно до Закону України від 23 грудня 2010 року «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» ВІЛ – це вірус імунодефіциту людини, що зумовлює захворювання на ВІЛ-інфекцію. У свою чергу люди, які живуть з ВІЛ, – це ВІЛ-інфіковані особи та особи, які страждають на хворобу, зумовлену ВІЛ. ВІЛ-інфікована особа – це особа, в організмі якої виявлено ВІЛ, але яка перебуває у стані безсимптомного носійства ВІЛ. Особа, яка страждає на хворобу, зумовлену ВІЛ, – це особа, в якій за результатами медичного та лабораторного обстеження виявлено СНІД чи інші встановлені Міжнародною класифікацією хвороб клінічні прояви хвороби, зумовленої ВІЛ.

Під зараженням з точки зору застосування

<sup>98</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2409486>

ст. 130 КК слід розуміти таке проникнення збудника інфекції (вірусу) в організм людини (інфікування вірусом), яке спричинило розвиток інфекційного процесу (з моменту зараження ВІЛ до розвитку клінічних ознак може минути від 2–3 до 10–15 і навіть більше років). Для визнання злочину закінченим не має значення, було потерпілого лише ВІЛ-інфіковано чи він фактично захворів на СНІД або іншу хворобу, зумовлену ВІЛ-інфекцією.

Відповідно до Закону України «Про захист населення від інфекційних звороб» інфекційні хвороби – це розлади здоров'я людей, що викликаються живими збудниками (вірусами, бактеріями, рикетсіями, найпростішими, грибами, гельмінтами, кліщами, іншими патогенними паразитами), продуктами їх життєдіяльності (токсинами), патогенними білками (пріонами), передаються від заражених осіб здоровим і схильні до масового поширення.

Небезпечні інфекційні хвороби – це інфекційні хвороби, що характеризуються важкими та (або) стійкими розладами здоров'я в окремих хворих і становлять небезпеку для їх життя та здоров'я.

Особливо небезпечні інфекційні хвороби – це інфекційні хвороби (в т.ч. карантинні: чума, холера, жовта гарячка), що характеризуються важкими та (або) стійкими розладами здоров'я у значній кількості хворих, високим рівнем смертності, швидким поширенням цих хвороб серед населення.

Окремо слід зазначити, що поняття «невеликовна хвороба» не отримало нормативного визначення і його застосування на практиці викликає суттєві труднощі<sup>99</sup>.

А.П. Брич визначає іншу невеликовну інфекційну хворобу, що є небезпечною для життя людини, як хворобу, збудником якої є вірус, щодо якого у медичній науці та практиці немає належним чином апробованих та дозволених до використання методів та засобів лікування, і яка при закономірному її розвитку протягом більш або менш тривалого проміжку часу після інфікування призводить до смерті в більшості випадків<sup>100</sup>.

Висновок про визнання тієї чи іншої особливо небезпечної інфекційної хвороби невеликовною слід робити у кожному конкретному випадку з урахуванням висновку судово-медичної експертизи. При цьому слід враховувати те, що

<sup>99</sup> Хилюк С.В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання Особливої частини): Дис... канд. наук. – 2008. – С. 63–64.

<sup>100</sup> Брич А.П. Преступлення против здоровья и против безопасности жизни и здоровья по законодательству Украины. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 34.

в ст. 130 КК йдеться лише про ті інфекційні хвороби, які передаються від заражених людей здоровим вірусами, а не іншими живими збудниками. Зараження людини інфекційною хворобою невірусної етіології не утворює складу злочину, передбаченого ст. 130 КК, і має кваліфікуватись як інший злочин проти життя чи здоров'я людини.

**З суб'єктивної сторони** злочин вчинюється умисно. Це означає, що, вчиняючи відповідні дії, особа усвідомлює суспільно небезпечний характер своїх дій, передбачає їх суспільно небезпечні наслідки (у вигляді виникнення стану небезпеки зараження) та бажає або свідомо допускає їх настання.

Ч. 2 ст. 130 КК передбачає відповідальність за зараження іншої особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невеликовної інфекційної хвороби особою, яка знала про те, що вона є носієм цього вірусу.

Для з'ясування ознак цього складу злочину доцільно порівняти його зі складом злочину, передбаченим ч. 4 ст. 130 КК – умисне зараження іншої особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невеликовної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини.

З цього порівняння випливає, що зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невеликовної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, передбачено ч. 2 ст. 130 КК лише у випадку необережного вчинення цього злочину.

У свою чергу умова розуміння винною особою факту зараження потерпілого відповідним вірусом виключає можливість вчинення цього злочину з виною у формі недбалості (коли особа не усвідомлює суспільно небезпечний характер своїх дій).

Таким чином, зараження іншої особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невеликовної інфекційної хвороби, небезпечною для життя, особою, яка знала про те, що вона є носієм цього вірусу, вчинюється з суб'єктивної сторони у формі злочинної самовпевненості.

В той же час у випадку зараження особи вірусом іншої невеликовної інфекційної хвороби, яке не є небезпечною для життя, і відповідальність за умисне вчинення чого не передбачена ч. 4 ст. 130 КК, суб'єктивна сторона може характеризуватися виною у формі умислу (прямого чи непрямого) або злочинної самовпевненості.

**Суб'єкт злочину**, передбаченого ч.ч. 1 та 4 ст. 130 КК, – загальний.

Суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2, є фізична осудна особа, яка досягла 16 років і знала про те, що вона є носієм відповідного вірусу. Таким чином, суб'єкт цього злочину –



спеціальний<sup>101</sup>.

Ч. 3 ст. 130 КК передбачає кваліфіковані склади злочинів, передбачених ч. 1 або ч. 2 цієї статті, – вчинення їх щодо двох або більше осіб або щодо неповнолітнього.

Свідоме поставлення в небезпеку зараження вірусом невиліковної інфекційної хвороби та умисне зараження таким вірусом, вчинене стосовно різних осіб, має кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 130 і ч. 4 ст. 130 КК. Якщо вказані діяння вчинені стосовно одного потерпілого, скоєне охоплюється ч. 4 ст. 130 КК.

**Неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст. 131 КК).**

**Об'єктивна сторона** злочину складається з трьох елементів:

- 1) діяння – неналежне виконання професійних обов'язків<sup>102</sup>;
- 2) суспільно небезпечний наслідок – зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини;
- 3) причинний зв'язок між діянням та суспільно небезпечним наслідком.

Цей склад злочин є спеціальним щодо складу злочину, передбаченого ст. 140 КК. Тому поняття неналежного виконання професійних обов'язків та ознаки спеціального суб'єкта («медичний або фармацевтичний працівник») буде проаналізовано нижче.

За ст. 131 КК можуть бути кваліфіковані, зокрема, такі діяння: використання нестерильних, належним чином непродезінфікованих медичних інструментів і шприців; переливання потерпілому крові (її компонентів) ВІЛ-інфікованого без проведення лабораторної діагностики на наявність ВІЛ-інфекції; використання інших біологічних рідин, клітин, органів і тканин без їх

лабораторного дослідження на ВІЛ-інфекцію; незабезпечення керівництвом закладу охорони здоров'я персоналу цього закладу необхідними засобами захисту; нездійснення або неналежне здійснення протиепідемічних заходів, метою проведення яких є запобігання поширенню інфекційних хвороб, локалізація та ліквідація їх осередків, спалахів та епідемій.

У невідкладних випадках, коли існує реальна загроза життю людини та єдиним засобом врятування хворого є термінове переливання крові, а належним чином перевіреної донорської крові немає, за усвідомленою інформованою згодою хворого або його законного представника допускається переливання крові, перевіреної на ВІЛ-інфекцію з використанням тестів для експрес-діагностики, що пройшли випробування в акредитованих лабораторіях і мають документальне підтвердження їх якості. Якщо усвідомлену згоду хворого (його законного представника) отримати неможливо, рішення про переливання такої крові приймається консилиумом лікарів, а при неможливості скликання консилиуму – лікарем, який надає допомогу. Зараження на ВІЛ-інфекцію за вказаних обставин не утворює складу розглядуваного злочину.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується виною у формі необережності (злочинної самовпевненості або злочинної недбалості).

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Окрім медичного або фармацевтичного працівника це також «інший працівник». Це не будь-яка особа, оскільки професійна діяльність такого суб'єкта повинна бути пов'язана, наприклад, із наданням медичних послуг або обігом джерел зараження відповідними збудниками хвороб<sup>103</sup>.

**Кваліфікуючою ознакою** злочину є наявність двох або більше потерпілих.

**Зараження венеричною хворобою (ст. 133 КК).** Законодавство України не містить поняття «венерична хвороба». Тим не менш, окремі закони України згадують такі захворювання, оперуючи саме цим терміном. Це, наприклад, Основи законодавства України про охорону здоров'я (ст. 53) Податковий кодекс України (ст. 166.3.4),

<sup>101</sup> Особі, в якій за даними тестування виявлено ВІЛ, повідомляється про це уповноваженим працівником закладу, що проводить тестування, з урахуванням вимог законодавства щодо конфіденційності цієї інформації. Обов'язковою складовою тестування на ВІЛ є післятестове консультування, під час якого особа, в якій виявлено ВІЛ, має бути поінформована про профілактичні заходи, необхідні для підтримання здоров'я ВІЛ-інфікованої особи і запобігання по-далшому поширенню ВІЛ, про гарантії дотримання прав і свобод людей, які живуть з ВІЛ, а також про кримінальну відповідальність за свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження та (або) зараження ВІЛ.

<sup>102</sup> Г.В. Чеботарьова пропонує уточнити ст. 131 КК, вказавши, що передбачене цією статтею діяння може бути вчинене не тільки у вигляді неналежного виконання, а й у вигляді невиконання професійних обов'язків (Чеботарьова Г.В. Кримінально-правова охорона правопорядку у сфері медичної діяльності: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – К., 2011. – С. 26).

<sup>103</sup> До інших працівників слід відносити, наприклад: працівників станцій з переливання крові; працівників підприємств, на яких виготовляються тест-системи для діагностики ВІЛ-інфекції; службовців дипломатичних представництв та консульських установ України, які видають іноземцям та особам без громадянства візу на в'їзд в Україну без пред'явлення документів про відсутність у них ВІЛ-інфекції; працівників місць позбавлення волі, які мають забезпечити недопущення контактів ВІЛ-інфікованих з іншими засудженими; осіб, які провадять лабораторні дослідження на наявність ВІЛ-інфекції у крові та її компонентах.

Кримінально-виконавчий кодекс України (статті 101, 151-1), КпАП (статті 45, 46), Закон України «Про міліцію» (ст. 10).

Венеричні хвороби (лат. *Venus, Veneris* – богиня кохання) – це інфекційні хвороби, об'єднані в одну групу за шляхом їх передачі – в основному статевим.

На сьогодні цей термін практично не використовується. Замість нього у 1982 р. ВООЗ був запропонований термін «захворювання, що передаються статевим шляхом» (ЗПСШ), або *Sexual Transmitted Diseases (STD)*. До групи ЗПСШ належать понад 20 нозологічних форм, серед яких класичні венеричні захворювання (сифіліс, гонорея, шанкроїд, венерична лімфогранульома, пахова гранульома); низка вірусних інфекцій (ВІЛ-інфекції, генітальний герпес, цитомегаловірусна інфекція, папіломавірусна інфекція (конділоматоз)); велика група урогенітальних інфекцій (хламідіоз, трихомоніаз, мікоплазмоз, гарднерельоз); тропічні трепонематози (фрамбезія, пінта, беджель); паразитози (лобковий педикульоз); багато інших захворювань (амебіаз, шигельоз, лямбліоз тощо) Необхідно мати на увазі, що передавання цих хвороб можливе не лише при статевому контакті, але й при проходженні плода через родові шляхи хворої матері, контактено-побутовим, трансплацентарним, гемотрансфузійним шляхами.

Джерелом зараження можуть бути здоровий бактеріоносій, хвора людина, хвора (інфікована) мати, інфіковані предмети туалету. ЗПСШ належать до найбільш соціально значущих захворювань у зв'язку з їх поширенням і тяжкими наслідками як для організму хворого, так і для суспільства в цілому.

За останні 3–5 років за деякими нозологіями збільшення кількості зареєстрованих випадків ЗПСШ у країнах СНД становить до 200% на рік. Ускладнення ЗПСШ призводять до порушення репродуктивного здоров'я жінок і чоловіків, тяжких уроджених захворювань у дітей, уражень внутрішніх органів хворого. До групи таких захворювань належать клінічно неоднорідні хвороби, об'єднані за епідеміологічними критеріями, для яких характерний переважно статевий шлях передавання інфекції при прямому контакті<sup>104</sup>.

До Першої світової війни спеціальні норми про відповідальність за зараження іншої особи венеричною хворобою існували в декількох країнах: Данії, Норвегії, Фінляндії, деяких штатах США та кантонах Швейцарії, Австралії та Канаді. В період бойових дій проблема набула гострої актуальності і згодом спеціальні закони були

прийняті в Канаді, Швеції та Чехословаччині. З іншого боку, останнім часом спостерігається тенденція до декриміналізації таких дій (наприклад, Канада, 1985 р.). Наразі в більшості країн СНД, прибалтійських республіках та у Швеції скасовано кримінальну відповідальність за поставлення іншої особи в небезпеку зараження венеричною хворобою<sup>105</sup>.

Такі обставини, як вид венеричної хвороби, тяжкість розладу здоров'я, методи і тривалість лікування, можливість повного одужання, на кваліфікацію за ст. 133 КК не впливають і враховуються при призначенні покарання. Судово-медична експертиза із встановлення в особи венеричної хвороби проводиться за участю лікаря-дерматовенеролога.

**Об'єктивна сторона** аналізованого злочину характеризується трьома елементами:

- 1) діянням<sup>106</sup>;
- 2) суспільно небезпечним наслідком – зараженням іншої особи венеричною хворобою (тобто настанням особливого хворобливого стану організму потерпілого);
- 3) причинним зв'язком між діянням та суспільно небезпечним наслідком.

Способи зараження іншої особи венеричною хворобою можуть бути різними і залежать від її виду: статеві зносини, задоволення статевої пристрасті неприродним способом, поцілунки, порушення правил гігієни у побуті, сім'ї чи на роботі (наприклад, спільне користування посудом, постільною білизною, шприцями для ін'єкцій ліків або наркотичних засобів) тощо.

*Вироком Корецького районного суду Рівненської області від 26.12.2007 р. встановлено, що підсудна в період з січня 2004 року по квітень 2005 року в порушення вимог ст. 150 СК, відповідно до якої батьки зобов'язані виховувати дитину, піклуватися про її здоров'я, фізичний, духовний і моральний розвиток, злісно не виконувала ці обов'язки, не створила малолітній дитині*

<sup>105</sup> Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 77–78.

КК України також не передбачає самостійної відповідальності за завідоме поставлення іншої особи (через статеві зносини або інші дії) в небезпеку зараження венеричною хворобою. Однак якщо встановлено прямий умисел на зараження іншої особи венеричною хворобою, дії винного до виявлення клінічних проявів захворювання слід розглядати як замах і кваліфікувати за відповідними частинами ст. 15, ст. 133 КК.

<sup>106</sup> Не зважаючи на те, що у ч.ч. 2 і 3 ст. 133 КК законодавець використовує термін «дії», ми погоджуємося із авторами, які вважають, що цей злочин може бути вчинений як дією, так і шляхом бездіяльності (див., наприклад: Данилевський А.О., Болдарь Г.С. Кримінальна відповідальність за вчинення злочинів проти життя та здоров'я особи: проблеми кваліфікації та відмежування від суміжних складів злочинів: наук.-практ. пос. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 47–48).

<sup>104</sup> <http://www.pharmencyclopedia.com.ua/article/1688/venerichni-xvorobi>

необхідних побутових умов і не забезпечила її доглядом і лікуванням. У серпні 2004 року підсудна, будучи хворою на венеричну хворобу «сифіліс», від лікування умисно ухилялась, у зв'язку з чим у вересні 2004 року розшукувалась патронажною службою обласного шкірно-венерологічного диспансеру щодо її повторного обстеження та подальшого лікування. Знаючи про наявність у себе венеричної хвороби, підсудна не створила умов для оберігання доньки від можливого захворювання, не дотримувалась правил особистої гігієни під час контактів з дочкою, внаслідок чого заразила дитину венеричною хворобою «сифіліс»<sup>107</sup>.

Згода потерпілої особи на зараження її венеричною хворобою не виключає відповідальності за ст. 133 КК. Самозараження венеричною хворобою (скажімо, введення собі відповідної ін'єкції) може тягнути кримінальну відповідальність лише у разі, коли воно є способом вчинення певного злочину (наприклад, передбаченого ст. 335 КК).

Якщо в результаті венеричної хвороби для здоров'я потерпілого настали шкідливі наслідки, зазначені у статтях 121, 122 або 125, вчинене охоплюється аналізованим складом злочину і додатковою кваліфікацією за статтями КК про відповідальність за тілесні ушкодження не потребує.

Якщо зараження венеричною хворобою сталося внаслідок насильницьких дій з боку винного (з'валтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом), діяння кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 133 і 152 (153) КК. Але відповідальність за ст. 133 КК виключається у разі, коли зараження венеричною хворобою стало результатом вчинення вказаних насильницьких дій щодо особи, хворої на венеричну хворобу.

Злочин вважається закінченим з моменту, коли потерпілий фактично захворів на венеричну хворобу (матеріальний склад). При цьому слід враховувати наявність у таких захворюваннях інкубаційного періоду (прихованої стадії) різної тривалості, а також те, що передача особі мікробів-носіїв венеричної хвороби в силу індивідуальних особливостей організму конкретної людини може і не потягти за собою реального розладу її здоров'я. Якщо особа діяла з прямим умислом заразити іншу особу венеричною хворобою, однак потерпілий не захворів, вчинене має кваліфікуватись за відповідними частинами ст. 15 і частинами 1 або 2 ст. 133 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується виною у формі умислу (прямого чи непрямого) або злочинної самовпевненості. Наявність вини у формі злочинної недбалості

виключає відповідальність за ст. 133 КК. Щоправда, зараження венеричною хворобою особою, яка не знала про наявність у неї такої хвороби, але у конкретній ситуації могла і повинна була знати це і передбачати настання відповідних суспільно небезпечних наслідків (злочинна недбалість), може бути кваліфіковане за ст. 128 КК. Така кваліфікація ґрунтується на тому, що ст. 133 КК є спеціальною кримінально-правовою нормою стосовно статей КК про відповідальність за тілесні ушкодження.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний: це – фізична осудна особа, яка хворіє на венеричну хворобу, та знає про це. Про факт знання особи про своє захворювання можуть свідчити різноманітні обставини – медичний висновок, застереження лікувальної установи, власний досвід особи, звернення її до медичної літератури тощо. До відповідальності за ст. 133 КК особа може притягуватись як у період хвороби та її лікування, так і під час здійснення лікувальним закладом контрольного нагляду за хворим. Зняття особи з обліку дозволяє їй вважати себе не хворою.

Особи, які не страждають на венеричні захворювання, однак заражають ними інших осіб, за наявності підстав можуть бути притягнуті до відповідальності за заподіяння тілесних ушкоджень певної тяжкості.

Якщо винний не є хворим на венеричну хворобу, але вважає, що хворіє на неї і умисно вчиняє дії, спрямовані на зараження іншої особи, відповідальність настає за замах на вчинення злочину.

Ч. 2 ст. 133 КК передбачає підвищену відповідальність за зараження венеричною хворобою, вчинене особою, раніше судимою за зараження іншої особи венеричною хворобою, а також зараження венеричною хворобою двох чи більше осіб<sup>108</sup> або неповнолітнього (**кваліфікований склад** злочину).

Для настання відповідальності за зараження венеричною хворобою неповнолітнього необхідним є охоплення цієї ознаки свідомістю винного.

Ч. 3 ст. 133 КК передбачає відповідальність за **особливо кваліфікований склад** злочину – зараження іншої особи венеричною хворобою особою, яка знала про наявність у неї цієї хвороби, якщо це спричинило тяжкі наслідки.

Під тяжкими наслідками в цьому випадку слід розуміти шкоду здоров'ю, яка характеризує тяжкі тілесні ушкодження, смерть потерпілого

<sup>108</sup> Зараження венеричною хворобою особи і наступне зараження такою хворобою цієї ж особи після її одужання не може розцінюватись як зараження венеричною хворобою двох осіб (має місце один потерпілий), однак може за наявності підстав кваліфікуватись за ч. 2 ст. 133 КК за ознакою спеціального рецидиву.

<sup>107</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1330014>



чи його самогубство.

#### 4.10. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини, які вчинюються у сфері надання медичних послуг

##### Незаконне проведення абортів (ст. 134 КК).

Штучне переривання вагітності (аборт) носить непоправну шкоду здоров'ю жінки, репродуктивному здоров'ю обох членів подружжя. Шкідливий вплив на здоров'я пояснюється вимушеним втручанням в гормональний стан жінки і переривання вагітності є надзвичайним стресом для гормональної та нервової системи організму. Навіть відсутність, на перший погляд, відчутних ускладнень відразу після абортів, буде даватись ознаки тривалий час і може стати причиною невиношування вагітності (самовільних викиднів та передчасних пологів), а також безпліддя, особливо, якщо переривається перша вагітність. Значним випробуванням для організму жінки є запальні ускладнення абортів, які можуть виникнути відразу після абортів і мати гострий перебіг, а також мати прихований хронічний перебіг, що стає причиною гормональних дисфункцій, які в свою чергу можуть спричинити доброякісні і злоякісні пухлини репродуктивних органів у майбутньому.

Хірургічне втручання під час абортів супроводжується травмою тканин шийки та тіла матки, якої можливо запобігти, якщо попередити аборт і народити дитину або використовувати методи профілактики виникнення небажаної вагітності. Технічними особливостями операції абортів є те, що вона проводиться лікарем акушером-гінекологом без зорового контролю, а тому ускладнення виникають доволі часто і вагітна, яка вдається до штучного переривання небажаної вагітності, повинна про це знати з метою особистої відповідальності за прийняте рішення перервати вагітність.

Зважаючи на потенційні серйозні ускладнення стану здоров'я жінки внаслідок проведення операції штучного переривання вагітності, законодавством детально регламентується порядок проведення таких медичних втручань, що охоплює установи, в яких вони проводяться, медичні показання та методики їх проведення, визначення рівня медичних працівників, які наділені правом їх проводити, тощо.

Відповідно до ст. 281 ЦК та Основ законодавства України про охорону здоров'я операція штучного переривання вагітності (аборт) може бути проведена за бажанням жінки у акредитованих закладах охорони здоров'я при вагітності

строком не більше 12 тижнів. У випадках, встановлених законодавством, штучне переривання вагітності може бути проведене при вагітності від дванадцяти до двадцяти двох тижнів. Перелік обставин, що дозволяють переривання вагітності після дванадцяти тижнів вагітності, встановлюється законодавством. Операція штучного переривання вагітності проводиться в акредитованих закладах охорони здоров'я.

Законодавство встановлює, що різні види абортів (медикаментозний, вакуумна аспірація, методом кюретажу матки) проводиться лікарем-акушером-гінекологом. Штучне переривання вагітності, строк якої становить від 12 до 22 тижнів, здійснюється лікарем-акушером-гінекологом першої або вищої кваліфікаційної категорії.

Протиприродне переривання вагітності може бути патологічним (результатом певного захворювання жінки) або штучним. У свою чергу, штучний аборт поділяється на правомірний та незаконний, у т.ч. кримінально караний

Незаконним є проведення абортів з порушенням встановленого законодавством порядку<sup>109</sup>. Ч. 1 ст. 130 КК передбачає відповідальність за одну з форм незаконного проведення абортів, а саме за проведення абортів особою, яка не має спеціальної медичної освіти. Таким чином, з урахуванням положень законодавства у галузі охорони здоров'я цей злочин полягає у проведенні абортів особою, яка не є лікарем-акушером-гінекологом.

Зважаючи на суть операції штучного переривання вагітності, **об'єктивна сторона** злочину (визначена в законі як «проведення абортів») полягає у проведенні дій, необхідних відповідно до встановлених методик для штучного переривання вагітності, настанні суспільно небезпечного наслідку у вигляді переривання вагітності та причинному зв'язку між цими елементами.

Для встановлення факту передчасного переривання вагітності провадиться судово-медична експертиза, яка повинна відповісти на питання про те, був аборт мимовільним або викликаним штучно, проведеним самою жінкою або сторонньою особою, скільки часу минуло з моменту його проведення, яким способом був проведений аборт, тощо.

Переривання вагітності незалежно від її тривалості без згоди потерпілої внаслідок застосованого до неї фізичного насильства (наприклад, в результаті нанесення їй удару чи побиттів) залежно від форми вини та інших обставин справи<sup>110</sup>

<sup>109</sup> Інструкція про порядок проведення операції штучного переривання вагітності затверджена наказом МОЗ від 20 липня 2006 р. № 508.

<sup>110</sup> У випадках, коли умисел спрямований на перериван-

може бути кваліфіковане за статтями 121, 128 або 140 КК. Інші способи штучного переривання вагітності можуть бути різними (медикаментозний, кюретаж порожнини матки, вакуум-аспіраторний тощо), на кваліфікацію за ст. 134 КК не впливають і враховуються при призначенні покарання.

Аборт визнається *незаконним*, якщо він, зокрема, здійснюється: 1) за наявності медичних протипоказань переривання вагітності незалежно від її строку (гострі запальні та інфекційні захворювання) або за наявності протипоказань до медикаментозного штучного переривання вагітності (підозра на позаматкову вагітність, ниркова або печінкова недостатність, тяжка форма бронхіальної астми, серцево-судинні захворювання тощо) – у випадку застосування саме такого способу аборт; 2) не у спеціально акредитованих закладах охорони здоров'я – пологових будинках, лікарнях, де є гінекологічні загальнохірургічні відділення, жіночих консультаціях тощо (наприклад, у домашніх умовах, службових приміщеннях, непрофільних медичних закладах); 3) за допомогою недозволених або заборонених засобів чи способів; 4) з порушенням порядку отримання згоди вагітної жінки або її законного представника на операцію; 5) фахівцем, який не є лікарем-акушером-гінекологом першої або вищої кваліфікаційної категорії, – у разі штучного переривання вагітності, строк якої становить від 12 до 22 тижнів.

Вирішуючи питання про незаконність аборту, слід враховувати, що згідно з ЦК: 1) штучне переривання вагітності, якщо вона не перевищує 12 тижнів, може здійснюватись за бажанням жінки, якій виповнилось 14 років. Проведення штучного переривання вагітності у пацієнтки віком до 14 років або у недієздатної особи здійснюється за заявою її законних представників; 2) у випадках, установлених законодавством, штучне переривання вагітності може бути проведено при вагітності від 12 до 22 тижнів. Таке переривання вагітності здійснюється у спеціалізованих акредитованих закладах охорони здоров'я за висновком комісії, утвореної відповідним органом охорони здоров'я, за наявності шляхом нанесення потерпілій ударів й винний діє у такий спосіб, що призводить до плодозгону, ... дії винного необхідно розцінювати як умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, оскільки при незаконному проведенні аборту умисел винного спрямований не на заподіяння вагітній жінці тілесних ушкоджень, а на умиртвіння плоду, а щодо тривалого розладу здоров'я психічне ставлення винного виражається лише у формі необережності» (Байлов А.В., Черевко К.О. Відмежування незаконного проведення аборту від суміжних складів злочинів // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 413).

явності визначених КМ підстав.

До підстав медичного характеру належать: новоутворення; уроджені вади розвитку, деформації та хромосомні аномалії; розлади психіки та поведінки; хвороби ендокринної системи, розлади харчування та порушення обміну речовин; хвороби крові і кровотворних органів та окремі порушення із залученням імунного механізму; деякі інфекційні та паразитарні хвороби; хвороби нервової системи, системи кровообігу, органів дихання і травлення, сечостатевої системи, шкіри та підшкірної клітковини, кістково-м'язової системи та сполучної тканини. Підставами немедичного характеру визнаються: вік вагітної жінки менш як 15 років або більше як 45 років; вагітність внаслідок згвалтування; настання інвалідності під час цієї вагітності. При вагітності понад 22 тижні проведення аборту заборонено, за винятком випадків, якщо переривання вагітності зумовлене станом крайньої необхідності<sup>111</sup>.

Оскільки законодавство, за загальним правилом, забороняє проведення аборту при вагітності понад 22 тижні, то проведення його у такому випадку з точки зору кваліфікації за ст. 134 КК, вочевидь, є підстави визнавати незаконним<sup>112</sup>.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 134 КК, вважається закінченим з моменту фактичного переривання вагітності. При цьому факт вилучен-

<sup>111</sup> Див.: постанова КМУ від 15 лютого 2006 р. № 144 «Про реалізацію статті 281 Цивільного кодексу України».

<sup>112</sup> У літературі з цього приводу висловлена інша точка зору, згідно з якою в юридичному сенсі аборт може відбутися лише до повного 22-го тижня вагітності. Ті самі дії (незаконне переривання вагітності), проведені після спливу цього терміну, слід кваліфікувати як умисне тяжке тілесне ушкодження (Данилевський А.О., Боцдарь Г.Є. Кримінальна відповідальність за вчинення злочинів проти життя та здоров'я особи: проблеми кваліфікації та відмежування від суміжних складів злочинів: наук.-практ. пос. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 49).

Вивчивши цю кримінально-правову проблему, А.В. Байлов і К.О. Черевко зробили такі висновки. По-перше, у тих випадках, коли незаконне переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні, здійснене, тобто плід, який набув життєздатності, був умиртвлений, але ще не був вилучений з утроби матері, дії того, хто перервав вагітність, треба кваліфікувати за нормою, яка відсутня у чинному КК України, якою треба доповнити ст. 134 КК і яка б передбачала відповідальність за незаконне переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні. По-друге, якщо незаконне переривання вагітності здійснюється, коли плід який набув життєздатності, вилучається з утробы матері з метою його подальшого умиртвіння, дії винного треба кваліфікувати за сукупністю злочинів – як умисне вбивство малолітнього і незаконне переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні (Байлов А.В., Черевко К.О. Відмежування незаконного проведення аборту від суміжних складів злочинів // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 414-415).

ня плоду, який не здатен більше розвиватись, з організму матері не має значення для визнання злочину закінченим. Плодом визнається внутрішньоутробний продукт зачаття, починаючи з повного 12-го тижня вагітності до вигнання/вилучення з організму матері. Якщо особа вчинила всі дії, які з її погляду були необхідними для переривання вагітності (зробила ін'єкцію, здійснила хірургічне втручання тощо), однак вагітність перервати не вдалося, вчинене слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 134 КК.

Незаконне проведення абортів особою, яка має спеціальну медичну освіту, за відсутності зазначених у ч. 2 ст. 134 КК наслідків кримінальну відповідальність не тягне незалежно від тривалості вагітності. При цьому плід, який знаходиться в утробі матері, може бути вже повністю сформованим і життєздатним. Вказаний стан речей є підстави розглядати як прогалину у кримінально-правовому захисті майбутнього (ненародженого) життя, що є особливо неприпустимим з огляду на закріплення права на життя майбутньої дитини у ратифікованій Україною Конвенції ООН про права дитини<sup>113</sup>.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це особа, яка не має спеціальної медичної освіти. Прикладом такої особи є людина, яка взагалі не має медичної освіти, має середню спеціальну медичну освіту або вищу медичну освіту, але не за фахом лікаря-акушера-гінеколога. Це можуть бути і студенти медичних навчальних закладів. Сказане однак не стосується випускників медичних вузів, які, будучи лікарями-інтернами, у встановленому законодавством порядку здобувають практичні навички за лікарською спеціальністю «акушерство і гінекологія».

Суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 134 КК, крім зазначених вище категорій осіб, можуть виступати особи, які мають спеціальну медичну освіту, тобто лікарі – акушери-гінекологи за фахом<sup>114</sup>.

*Так, вироком Оболонського районного суду м. Києва від 05.06.2008 р. встановлено наступне:*

<sup>113</sup> Більш детально про цю проблему та можливі шляхи її вирішення див., зокрема: Крылова Н.Е. Ответственность за незаконное производство абортa и необходимость уголовно-правовой защиты «будущей» жизни // Вестник Московского ун-та. Серия 11. Право. – 2002. – № 6. – С. 38-52; Орлеан А. Уголовно-правовая охрана человека до момента его рождения на Украине // Юридическая практика. – 26 апреля 2005 г. – № 17. – С. 13; Черевко К.О. Кримінально-правова характеристика незаконного проведення абортів: Ав-тореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2011. – С. 5, 8, 14-15.

<sup>114</sup> У сучасній кримінально-правовій літературі питання, пов'язані із визначенням суб'єкта злочину, передбаченого ст. 134 КК України, найбільш докладно розглянуті К.О. Черевком (Черевко К.О. Щодо проблеми визначення суб'єкта незаконного проведення абортів // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. / редкол.: В.І. Борисов та ін. – Х.: Право, 2010. – Вип. 19. – С. 58-66).

*підсудна, маючи спеціальну медичну освіту, будучи лікарем-гінекологом за фахом, з 1992 року перебуваючи на пенсії за віком, знаходячись за місцем свого проживання, яке не є спеціально акредитованим закладом охорони здоров'я, за допомогою медичних інструментів та препаратів, незаконно провела аборт – штучне переривання вагітності, в результаті чого потерпіла була госпіталізована до пологового будинку № 4, де їй було проведена операція. Під час проведення операції потерпілій було видалено матку з придатками.*

*Згідно з висновком судово-медичної експертизи проведення переривання вагітності потерпілій призвело до перфорації матки з кровотечею, розвитком геморагічного шоку II ступеню. Між перериванням вагітності та наслідками, що призвели до ектірпації матки з трубами, є прямий причинно-наслідковий зв'язок. Переривання вагітності відноситься до тяжкого тілесного ушкодження (за критерієм переривання вагітності) Видалення матки з придатками повністю виключає можливість подальшої вагітності у потерпілої, тобто безпліддя<sup>115</sup>.*

Ч. 2 ст. 130 КК встановлює відповідальність за будь-яке незаконне проведення абортів, яке спричинило один з додаткових альтернативних наслідків – тривалий розлад здоров'я потерпілої; її безплідність або смерть (**кваліфікований склад** злочину).

Тривалим належить вважати розлад здоров'я строком понад 3 тижні (більш як 21 день). Безплідність – це втрата здатності жінки до запліднення, зачаття та дітородіння (розродження). Злочин, передбачений ч. 2 ст. 134 КК, є закінченим з моменту настання переривання вагітності та одного з перелічених вище наслідків. За відсутності таких наслідків кримінальна відповідальність за ч. 2 ст. 134 КК виключається.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною формою вини (у формі прямого умислу). Психічне ставлення до суспільно небезпечних наслідків, зазначених у ч. 2 ст. 134 КК, є необережним. За наявності умислу до смерті, безплідності або тривалого розладу здоров'я дії винного треба кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ч. 2 ст. 134 і відповідною статтею розділу II Особливої частини КК (наприклад, статтями 115, 121, 122).

**Незаконна лікувальна діяльність** (ст. 138 КК). Відповідно до Основ законодавства України про охорону здоров'я медичною і фармацевтичною діяльністю можуть займатися особи, які мають відповідну спеціальну освіту

<sup>115</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/6180585>



і відповідають єдиним кваліфікаційним вимогам. Єдині кваліфікаційні вимоги до осіб, які займаються певними видами медичної і фармацевтичної діяльності, встановлюються МОЗ України. Відповідальність за дотримання зазначених кваліфікаційних вимог несуть керівники закладу охорони здоров'я і ті органи, яким надано право видавати ліцензію на провадження господарської діяльності в галузі охорони здоров'я. Відповідно до чинного законодавства одним із видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, є медична практика. Медичне втручання (застосування методів діагностики, профілактики або лікування, пов'язаних із впливом на організм людини) допускається лише в тому разі, коли воно не може завдати шкоди здоров'ю пацієнта.

А.О. Байда в дисертаційному дослідженні, присвяченому відповідальності за незаконну лікувальну діяльність, зазначає, що в КК УРСР 1960 р. відповідна норма містилася в розділі X «Злочини проти громадської безпеки, громадського порядку і народного здоров'я». Кримінальні кодекси 1922 р. РРФСР і УРСР взагалі не містили складу, аналогічного аналізованому, а кримінальне законодавство 1926 р. і 1927 р. РРФСР (ст. 180) і УРСР (ст. 194) закріплювало ідентичну норму у такому вигляді: «заняття лікарюванням, як професією, особами, що не мають належно засвідченої медичної освіти, а рівно заняття медичним працівником такого роду медичною практикою, на яку він не має права». Розміщувалась ця заборона в розділі «Порушення правил, що охороняють народне здоров'я, громадську безпеку і порядок»<sup>116</sup>. По-різному вирішувалося це питання і в кримінальному законодавстві інших союзних республік.

Сучасне законодавство колишніх республік СРСР, а нині суверенних держав визначає родовий об'єкт незаконної лікувальної діяльності по-різному. Більшість кодексів (Вірменії, Білорусі, Грузії, Казахстану, Молдови, Росії, Таджикистану) розміщують норму про незаконне лікування в розділі про злочини проти народного здоров'я і громадської моральності. У кримінальних кодексах Киргизії, Латвії, Туркменістану і України законодавець помістив цю статтю в розділі про злочини проти життя і здоров'я особи. А кримінальне законодавство Естонії, Литви, Узбекистану, Азербайджану взагалі не містять подібної норми, пропонуючи вирішувати питання про відповідальність винних осіб у межах норм, що встановлюють відповідальність за злочини проти життя і здоров'я (вбивство з необережності,

необережне тілесне ушкодження тощо)<sup>117</sup>.

Ст. 138 чинного КК визначає незаконну лікувальну діяльність як заняття лікувальною діяльністю без спеціального дозволу, здійснюване особою, яка не має належної медичної освіти, якщо це спричинило тяжкі наслідки для хворого.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину є життя або здоров'я особи, а його додатковим об'єктом – порядок надання громадянам якісної та кваліфікованої медичної допомоги. Непрофесійне втручання у людський організм як унікальний за своєю складністю і непередбачуваністю об'єкт нерідко призводить до втрати дорогоцінного часу, який можна було б використати для ефективного лікування, а також здатне викликати тяжкі наслідки, в т.ч. смерть людини.

Закон визначає потерпілого від аналізованого злочину як «хворого», що при буквальному тлумаченні правової норми може призвести до висновку, що особа, яка не має захворювання, не може бути потерпілим від незаконної лікувальної діяльності. Тим не менш, у випадку здійснення лікувальної діяльності у формі, наприклад, діагностики пацієнт може й не мати певного захворювання. Отже, під хворим розуміється не тільки особа, яка насправді має певне захворювання, а й будь-яка інша особа, яка звернулась до винного з профілактичною метою або через те, що сама вважала себе хворою або її вважали хворою батьки, опікуни тощо (хворий у значенні «пацієнт»).

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у зайнятті лікувальною діяльністю без спеціального дозволу, що спричинило тяжкі наслідки для хворого.

*Заняття лікувальною діяльністю без спеціального дозволу* означає, що особа займається такою діяльністю, не отримавши у встановленому порядку відповідний дозвіл (ліцензію). Діяння як ознака об'єктивної сторони поєднує в собі елементи дії (активне зайняття лікувальною діяльністю) та бездіяльності (неотримання спеціального дозволу). Відсутність спеціального дозволу вбачається також у разі здійснення тих видів лікувальної діяльності, які не зазначені в отриманій ліцензії. Заняття лікувальною діяльністю передбачає такі дії, як огляд хворого, встановлення діагнозу, консультування, призначення до вживання ліків, визначення засобів, методів і прийомів впливу на організм людини, проведення процедур, хірургічне втручання тощо. При цьому не обов'язково, щоб лікувальна

<sup>116</sup> «Уголовное законодательство СССР и союзных республик: Основные законодательные акты / Под ред. Д.С. Карева. – М.: Юрид. лит., 1957. – С. 71, 117.

<sup>117</sup> Див. докладніше: Байда А.О. Відповідальність за незаконну лікувальну діяльність за КК України (аналіз складу злочину, питання кваліфікації): Дис... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – С. 22-24.

діяльність здійснювалась особою тривалий період і була для неї джерелом існування.

У разі, якщо незаконна лікувальна діяльність здійснюється забороненими методами чи засобами, вчинене підлягає кваліфікації за ст. 138 і додатково, залежно від конкретного забороненого методу чи засобу, за статтями 142, 143, 314, 315, 324 КК<sup>118</sup>. Якщо особа, не маючи належної медичної освіти, підробляє та (або) використовує завідомо підроблений документ, який засвідчує начебто її відповідність єдиним кваліфікаційним вимогам у сфері медицини, дії винного слід додатково кваліфікувати за відповідною частиною ст. 358 КК. Кваліфікація за сукупністю злочинів, передбачених статтями 138, 190 КК, буде правильною за умови, що винний усвідомлює неефективність і марність прийомів і методів, які використовуються ним під час незаконної лікувальної діяльності і лише виконують роль засобу шахрайського заволодіння чужим майном.

*Так, вироком Немирівського районного суду Вінницької області від 08.07.2009 р. встановлено, що підсудний, маючи намір на незаконне заволодіння чужим майном – грошовими коштами пересічних громадян, шляхом їх обману та зловживання довірою, перебуваючи в жовтні місяці 2007 року в с. Юрківці Немирівського району Вінницької області, в приміщенні сільського будинку культури, не маючи відповідної медичної освіти та підтверджуючих документів про отримання освіти, а також не маючи відповідних документів на право зайняття цим видом лікарської діяльності, ввівши в обману громадян, що він є лікарем-стоматологом, незаконно надавав медичні послуги по лікуванню та протезуванню зубів жителям села. В результаті цього, отримавши шляхом обману грошові кошти у потерпілого в сумі 4900 грн. за проведення йому лікування в майбутньому та закупівлю для цього відповідного матеріалу, не виконавши належним чином обіцяні лікувальні послуги, незаконно заволодів грошовими коштами, привласнивши їх собі, завдавши таким чином матеріального збитку потерпілому на вказану суму Судом описані дії правильно кваліфіковані за сукупністю злочинів, передбачених ст.. 190 і ст. 138 КК (одному з потерпілих було спричинено середньої тяжкості тілесні ушкодження)<sup>119</sup>.*

Під тяжкими наслідками для хворого слід розуміти, зокрема, тяжкі або середньої тяжкості

<sup>118</sup> Див. також: Байда А.О. Відмежування незаконної лікувальної діяльності від інших злочинів проти життя і здоров'я особи, що вчинюються у сфері медичного обслуговування // Проблеми законності. – 2010. – Вип. 108. – С. 161-168.

<sup>119</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/4128929>

тілесні ушкодження. В науці пропонується також вважати таким наслідком смерть особи<sup>120</sup>. З цього приводу Л.П. Брич зазначає: «По-перше, диспозиція статті Особливої частини, де терміном «тяжкі наслідки», яким позначається відповідна ознака складу злочину, що не має своєю альтернативою загибель людей, не дає підстав вважати, що тяжкими наслідками охоплюється шкода у вигляді смерті людини. По-друге, санкція ст. 138 КК «Незаконна лікувальна діяльність» чи ч. 1 ст. 140 КК «Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником», у яких відповідна ознака названа, як «тяжкі наслідки для хворого», є м'якшою, ніж санкція ч. 1 ст. 119 КК «Вбивство через необережність». Виходячи з презумпції «legislator non praesumitur sibi ipsi contraries» [законодавець послідовний і не вступає в суперечність сам із собою], це має означати, що законодавець вважає смерть людини наслідком більш тяжким, ніж просто «тяжкі наслідки» і за настання смерті встановлює більш сувору відповідальність... По-третє, сам факт наявності у законодавстві терміна «особливо тяжкі наслідки» показує, що існують ще наслідки, крім смерті, котрі законодавцем вважаються більш тяжкими, ніж «тяжкі наслідки». Тому, за загальним правилом поняття «тяжкі наслідки» не охоплює шкоду такого характеру як смерть людини. Відповідно, тяжкі наслідки і смерть особи в таких складах злочинів не є спільними ознаками»<sup>121</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується визначається ставленням до наслідків і характеризується необережністю.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це особа, яка не має належної медичної освіти. Відсутність належної медичної освіти не обмежується лише відсутністю диплома про вищу медичну освіту і встановлюється відповідно до чинних на момент вчинення злочину вимог органів державної влади у сфері охорони здоров'я до документів, що дають особі право на зайняття медичною практикою (з урахуванням підвищення кваліфікації). Особами, які мають належну медичну освіту, відповідно до ст. 138 КК є особи, які отримали у встановленому порядку один із належних документів: 1) диплом про вищу медичну освіту державного зразка; 2) сертифікат лікаря-спеці-

<sup>120</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. / За ред. М.І. Мельника, М.І.Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2008. – С. 319; Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 63.

<sup>121</sup> Брич Л.П. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – С. 26-27.

аліста встановленого зразка, виданий вищими медичними навчальними закладами, закладами післядипломної освіти III-IV рівнів акредитації; 3) посвідчення про присвоєння (підтвердження) відповідної кваліфікаційної категорії з лікарських спеціальностей затвердженого зразка; 4) посвідчення про присвоєння (підтвердження) відповідної кваліфікаційної категорії зі спеціальностей молодших спеціалістів з медичною освітою; 5) свідоцтво про проходження підвищення кваліфікації та перепідготовки молодших спеціалістів з медичною освітою встановленого зразка, видане вищими медичними навчальними закладами (закладами післядипломної освіти) I-III рівнів акредитації. Лікарі, які не працюють за конкретною спеціальністю понад три роки, допускаються до медичної практики після проходження у встановленому порядку стажування.

Особи, які пройшли медичну або фармацевтичну підготовку в навчальних закладах іноземних країн, допускаються до професійної діяльності в Україні на підставі рішень МОЗ або іншої уповноваженої установи (наприклад, для фахівців-фармацевтів – це рішення обласного виробничого об'єднання «Фармація»). На підставі поданих документів залежно від рівня кваліфікації визначаються додаткові умови, виконання яких дасть змогу встановити відповідність рівня кваліфікації заявника кваліфікаційним вимогам (підготовка в інтернатурі, стажування з присвоєнням звання лікаря (провізора), легалізація кваліфікаційної категорії тощо).

До осіб, які мають належну медичну освіту, відповідно до законодавства про охорону здоров'я, прирівнюються особи без спеціальної освіти, які здійснюють діяльність у галузі народної медицини. Народна медицина (цілительство) – це методи оздоровлення, профілактики, діагностики і лікування, що ґрунтуються на досвіді багатьох поколінь людей, усталені в народних традиціях і не потребують державної реєстрації. Різновидами такої медицини визнаються, зокрема, аромотерапія, біоенергоінформотерапія, іридодіагностика, мануальна терапія, фітотерапія. Право на зайняття цілительством мають особи без спеціальної медичної освіти, які однак зареєстровані у встановленому законом порядку як фізичні особи – підприємці та отримали спеціальний дозвіл на зайняття народною медициною (цілительством), виданий МОЗ або уповноваженим ним органом. Кваліфікаційні вимоги до фізичних осіб – підприємців, які займаються народною медициною, та умови зайняття цілительством встановлюються МОЗ, а порядок видачі спеціального дозволу на зайняття цілительством, перелік документів,

необхідних для його одержання, та порядок анулювання такого спеціального дозволу – КМУ<sup>122</sup>.

Якщо цілитель, отримавши спеціальний дозвіл на зайняття народною медициною, порушує належні умови проведення такої діяльності (наприклад, здійснює цілительство на масову аудиторію, в т.ч. з використанням ЗМІ, застосовує методи психологічного і психотерапевтичного впливу, не маючи належної освіти), вчинене має розцінюватись як порушення встановлених законодавством вимог щодо заняття народною медициною (ст. 46-2 КпАП). Якщо цілитель займається лікувальною діяльністю не у галузі народної медицини, вчинене може кваліфікуватись за ст. 138 КК.

**Ненадання допомоги хворому медичним працівником** (ст. 139 КК). **Безпосереднім об'єктом** злочину є життя та здоров'я хворого. *Потерпілим* є особа, яка потребує медичної допомоги. Це, зокрема, інвалід, особа, яка отримала серйозну травму (наприклад, внаслідок вчинення злочину або нещасного випадку), особа, яка отруїлась або перебуває в іншому явно хворобливому стані (наприклад, у стані гіпертонічного кризу). Вимагається оперативне медичне втручання як необхідна умова нормалізації стану потерпілого та усунення загрози його життю або здоров'ю.

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується діянням у формі бездіяльності – ненаданням без поважних причин хворому допомоги.

*Ненадання допомоги хворому* може виражатись як у повній відмові від її надання, так і в ненаданні допомоги в обсязі, необхідному в конкретній ситуації. За ст. 139 КК слід кваліфікувати, зокрема: відмову прийняти виклик лікаря; нез'явлення до хворого за викликом; відмову прийняти хворого у лікувально-профілактичний заклад для надання йому першої невідкладної допомоги у разі нещасного випадку; відмову викликати службу швидкої медичної допомоги або доставити хворого до лікарні; поверхове, формальне обстеження хворої людини, яка потребує медичної допомоги; відмову надати першу невідкладну медичну допомогу пораненому або травмованому (дати потрібні ліки, провести штучне дихання або масаж серця, зупинити

<sup>122</sup> Інструкція про порядок надання Комітетом з питань народної і нетрадиційної медицини при МОЗ спеціального дозволу для провадження медичної діяльності в галузі народної і нетрадиційної медицини і Порядок проведення атестації та експертизи цілительських здібностей осіб, які виявили бажання займатись медичною діяльністю в галузі народної і нетрадиційної медицини затверджені наказом МОЗ від 10 серпня 2000 р. № 195, а Порядок визначення установ з проведення атестації та експертизи в галузі народної і нетрадиційної медицини – наказом МОЗ від 23 серпня 2002 р. № 324.



кровотечу тощо); припинення активних заходів щодо підтримання життя хворого у випадку, коли стан людини ще не визначений як незворотна смерть. Ненадання допомоги хворому у конкретній ситуації може поєднуватись із приховуванням винним своєї професії. Ненадання допомоги, яке з кримінально-правової точки зору розглядається як бездіяльність, може полягати на практиці в активних діях винного, спрямованих на утримання від надання допомоги, що, у свою чергу, може виглядати як відмова від візиту до хворого, надання йому уявної або явно неадекватної допомоги тощо.

Відповідно до законодавства медичні і фармацевтичні працівники зобов'язані надавати своєчасну та кваліфіковану медичну і лікарську допомогу, а також безоплатно надавати першу невідкладну медичну допомогу у разі нещасного випадку та в інших екстремальних ситуаціях (стихійні лиха, катастрофи, епідемії, забруднення довкілля тощо), а медичні працівники, крім цього, – і при гострих захворюваннях. Медична допомога у невідкладних та екстремальних ситуаціях забезпечується службою швидкої медичної допомоги або найближчими лікувально-профілактичними закладами незалежно від відомчої підпорядкованості та форми власності. У невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю фізичної особи, медична допомога надається без згоди фізичної особи або її батьків, опікуна, піклувальника. З огляду на вимоги чинного законодавства, Г.З. Яремко вважає зайвою вказівку у ст. 138 КК на обов'язок медичного працівника, встановлений відповідними правилами<sup>123</sup>.

Вироком Гурійського районного суду Волинської області від 30.06.2010 р. встановлено, що 7 серпня 2003 року о 15 год. 45 хв. лікар-інфекціоніст інфекційного відділення Ковельської центральної районної лікарні (ЦРЛ), будучи зобов'язаною як медичний працівник згідно з правилами, встановленими ч. 1 ст. 52, ч. 1 ст. 78 Основ законодавства України про охорону здоров'я, надавати медичну допомогу у повному обсязі хворому, який знаходиться в критичному для життя стані, й надавати своєчасну та кваліфіковану медичну допомогу, після безпосереднього виявлення нею у хворій, яка перебувала в маніпуляційній палаті інфекційного відділення Ковельської ЦРЛ, різкого погіршення функції дихання з розвитком дихальної і серцевої недостатності й супутніх явищ акроціанозу губ та крил носа, без поважних причин не по-

чала негайно проводити їй штучну вентиляцію легень і закритий масаж серця до відновлення функцій її дихання й серцебиття або до приходу працівників реанімаційного відділення та залишила хвору в критичному для життя стані без відповідної невідкладної медичної допомоги. При цьому підсудна завідомо знала, що невжиття щодо хворої зазначених реанімаційних заходів може мати тяжкі наслідки.

Допитана в судовому засіданні підсудна свою винуватість у вчиненні інкримінованого їй злочину не визнала та пояснила суду, що попри госпіталізацію хворої в інфекційне відділення Ковельської ЦРЛ, виконуючою обов'язки завідувача котрого та водночас єдиним лікарем-інфекціоністом була вона, і ведення нею особисто її медичної карти, вважала лікуючим лікарем хворої лікаря-реаніматолога відділення реанімації та анестезіології Ковельської ЦРЛ, оскільки саме він 27 серпня 2003 року робив всі медикаментозні призначення хворій і вносив записи про них до її медичної карти. В зв'язку з цим, виявивши у хворій о 15 год. 45 хв. явища акроціанозу губ і крил носа та швидко оглянувши її, вона дала медсестрам вказівку викликати до неї лікаря-реаніматолога, а сама пішла в головний корпус Ковельської ЦРЛ, щоб домовитися з адміністрацією лікувального закладу про проведення консилиуму лікарів щодо подальшого лікування і про переведення хворої до відділення реанімації та анестезіології через погіршення стану здоров'я останньої й виникнення потреби у під'єднанні її до апарату штучної вентиляції легень. Незважаючи на обізнаність про те, що акроціаноз губ і крил носа є симптомом порушення чи зупинки дихання з розвитком дихальної та серцевої недостатності, та вміння проводити штучну вентиляцію легень та закритий масаж серця, вона не почала негайно вживати ці реанімаційні заходи щодо потерпілої після виявлення у неї явищ акроціанозу губ і крил носа, оскільки о 15 год. 45 хв. у згаданій хворій ще прослідковувалися, хоча й ослаблені, дихання та серцебиття.

На думку суду, доводи підсудної про відсутність в її діях складу інкримінованого злочину, зумовлену тим, що вона не була лікуючим лікарем потерпілої, не заслуговують на увагу, оскільки згідно з правилами, встановленими ч. 1 ст. 52, ч. 1 ст. 78 Основ законодавства України про охорону здоров'я надавати медичну допомогу в повному обсязі хворому, який знаходиться в критичному для життя стані, й надавати своєчасну та кваліфіковану медичну допомогу, зобов'язаний кожен медичний працівник, а тому підсудна є суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 139 КК України, незалежно від того, чи була вона лікуючим лікарем потерпілої.

<sup>123</sup> Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія / За ред. В.О. Навроцького. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 114-115.

Крім цього, госпіталізація потерпілої в інфекційне відділення Ковельської ЦРЛ, виконуючою обов'язки завідувача якого та водночас єдиним лікарем-інфекціоністом була підсудна, встановлення саме нею хворій клінічного діагнозу, визначення підсудною плану обстеження та лікування потерпілої лише за погодженням з лікарем-реаніматологом відділення реанімації та анестезіології Ковельської ЦРЛ після проведення спільно з ним як з лікарем-спеціалістом огляду зазначеної хворої, заповнення нею особисто медичної карти стаціонарного хворого, наявність належних їй підписів навпроти слів «Лікар», «Лікуючий лікар», «Підпис лікаря», внесення лікарем-реаніматологом записів до вказаної медичної карти тільки на листку спостереження і листку огляду та консультацій спеціалістами дають суду підстави вважати лікуючим лікарем потерпілої саме підсудну.

Таким чином, суд зробив висновок, що підсудна не надала без поважних причин допомогу хворому, будучи медичним працівником, який зобов'язаний згідно з установленими правилами надати таку допомогу, завідомо знаючи, що це може мати тяжкі наслідки для хворого, тобто вчинила злочин, передбачений ч.1 ст. 139 КК України, і за це повинна нести кримінальну відповідальність<sup>124</sup>.

Відповідальність за ст. 139 КК настає лише в разі, коли особа, яка була зобов'язана надавати хворому допомогу, з урахуванням конкретної обстановки фактично мала таку можливість. Під поважними причинами, які можуть завадити наданню хворому допомоги медичним працівником, слід розуміти будь-які обставини, які з урахуванням їх характеру та інших факторів об'єктивно набули характеру перешкод, що неможливо було подолати. Це може бути відсутність транспортних засобів, складні метеорологічні умови, брак лікарських засобів або обладнання, відсутність у медичного працівника необхідної кваліфікації тощо. Питання про те, чи є причина ненадання допомоги поважною, вирішується в кожному конкретному випадку. Не можуть визнаватися поважними причинами такі обставини, як, наприклад, перебування медичного працівника не на робочому місці ( вдома, в дорозі тощо), неробочий час (наприклад, перебування у відпустці), відсутність згоди хворого або його законних представників на медичне втручання у невідкладних випадках, коли реальна загроза життю хворого є наявною.

Злочин вважається закінченим з моменту відмови медичного працівника від надання

медичної допомоги.

**Суб'єктивна сторона** злочину (винному «завідомо відомо, що це може мати тяжкі наслідки для хворого») характеризується умисною формою вини (прямий умисел відносно діяння). Відповідальність за ст. 139 КК виключається, якщо медичний працівник сумлінно помилявся з питання про стан хворого і можливість настання тяжких наслідків. Психічне ставлення до наслідків, указаних у ч. 2 ст. 139 КК, є необережним. У разі встановлення умислу щодо смерті або певних тілесних ушкоджень діяння винного слід кваліфікувати як відповідний умисний злочин проти життя або здоров'я людини.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний: медичний працівник, який зобов'язаний згідно з установленими правилами надати відповідну допомогу.

Т.Ю. Тарасевич пропонує визнавати медичним працівником фізичну осудну особу, яка досягла 18-річного віку, відповідає кваліфікаційним вимогам (належна медична освіта, спеціалізація за певною спеціальністю медичного профілю, підвищення кваліфікації), має документ, який дає право займатися медичною діяльністю в Україні та виконує професійні обов'язки щодо надання медичної допомоги пацієнтам<sup>125</sup>.

За ст. 139 КК можуть нести відповідальність медичні працівники незалежно від того, яку спеціальну освіту вони мають (лікарі, провізори, акушерки, медичні сестри, фельдшери тощо, в т.ч. працівники служби швидкої медичної допомоги та державної служби медицини катастроф), у якому закладі охорони здоров'я вони працюють. Це можуть бути також особи, які займаються медичною практикою як різновидом господарської діяльності: згідно з чинним законодавством такі особи зобов'язані надавати першу невідкладну медичну допомогу хворим, які перебувають у критичному для життя стані, а також при нещасному випадку та гострих захворюваннях.

Не можуть нести відповідальність за ст. 139 КК: 1) професіонали з вищою немедичною освітою, які працюють в системі охорони здоров'я, – бактеріологи, біологи, зоологи тощо (вказані особи не є медичними працівниками); 2) медичні спеціалісти без медичної освіти, діяльність яких у закладах охорони здоров'я носить технічний характер і на яких не покладається обов'язок надавати пацієнтам медичну допомогу (наприклад, санітари); 3) співробітники міліції, пожежної охорони, аварійних служб, представ-

<sup>124</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10269523>

<sup>125</sup> Тарасевич Т.Ю. Медичний працівник як спеціальний суб'єкт злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 11.

ники інших професій, на яких законодавством і службовими інструкціями може покладатись обов'язок надавати першу невідкладну допомогу у випадках, коли надання такої допомоги є неможливим через відсутність медичних працівників.

Ч. 2 ст. 139 КК передбачає відповідальність за ненадання допомоги хворому, якщо воно спричинило його смерть або інші тяжкі наслідки (**кваліфікований склад** злочину). Додатково до ознак складу злочину, передбаченого частиною першою, для кваліфікації за цією нормою необхідно встановити настання суспільно небезпечного наслідку у виді смерті потерпілого або інших тяжких наслідків та наявність причинного зв'язку між діянням та суспільно небезпечним наслідком. У разі відсутності вказаного причинного зв'язку діяння медичного працівника кваліфікується за ч. 1 ст. 139 КК навіть у тому разі, коли після його вчинення настала смерть хворого або інші тяжкі наслідки. Іншими тяжкими наслідками можуть бути різні види тілесних ушкоджень (тяжкі або середньої тяжкості).

**Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником** (ст. 140 КК). **Безпосередній об'єкт** злочину – життя та здоров'я особи, а також установлений порядок надання кваліфікованої медичної допомоги<sup>126</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину складається з трьох елементів:

- 1) діяння – невиконання чи неналежне виконання професійних обов'язків;
- 2) суспільно небезпечний наслідок – «тяжкі наслідки для хворого»;
- 3) причинний зв'язок між діянням та суспільно небезпечним наслідком.

Невиконання професійних обов'язків є діянням у формі бездіяльності, яке полягає в утриманні від винного від вчинення дій, передбачених нормативними чи локальними правовими актами (наприклад, правилами внутрішнього трудового розпорядку або посадовою інструкцією)<sup>127</sup>. Неналежне виконання

професійних обов'язків полягає у діянні у формі дії, що не у повній мірі охоплює акти поведінки, які зобов'язаний вчинити винний. Інакше кажучи, професійні обов'язки виконуються лише частково (кількісний вимір) або з порушенням встановлених якісних показників відповідної професійної діяльності. Невиконання чи неналежне виконання відповідним суб'єктом своїх професійних обов'язків може бути як одноразовим, так і систематичним.

За ст. 140 КК можуть кваліфікуватися, зокрема, такі діяння: несвоєчасний або неправильний діагноз захворювання, залишення хворого без належного медичного догляду, переливання крові іншої групи, залишення сторонніх предметів в організмі хворого під час хірургічної операції, застосування неправильного лікування, недостатній контроль за медичною технікою, порушення правил виготовлення, зберігання або застосування лікарських засобів, невстановлення належного лікувально-охоронювального режиму для хворих, які страждають на психічні розлади, невиконання медсестрою вказівки лікаря щодо застосування до хворого ліків чи процедур, інфікування хворобою (наприклад, гепатитом С) під час переливання крові або трансплантації органу тощо.

У разі, коли тяжкі наслідки для хворого не пов'язані з невиконанням чи неналежним виконанням медичним працівником своїх професійних обов'язків, а настали внаслідок інших обставин, наприклад, запізненого звернення за медичною допомогою або відсутності на даний час науково обґрунтованих методів лікування тієї чи іншої хвороби, відповідальність за ст. 140 КК виключається. Те саме стосується і випадків відмови пацієнта від медичних приписів<sup>128</sup>, порушення пацієнтом встановленого для нього режиму, а також випадків, коли тяжкі наслідки для хворого стали результатом недостатніх навичок, досвіду і кваліфікації медичного або фармацевтичного працівника (це впливає із законодавчого поєднання об'єктивного та суб'єктивного критеріїв злочинної недбалості як виду необережної форми вини – ст. 25 КК) або настали внаслідок інших обставин, які не залежали від нього, однак перешкодили йому виконати про-

1992 року. Суб'єктивною ж підставою може бути трудовий договір, укладений з конкретною особою, який є правозастосовним актом (Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія / За ред. В.О. Навроцького. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 100).

<sup>128</sup> Особа, яка набула повної цивільної дієздатності, усвідомлює значення своїх дій і може керувати ними, має право відмовитись від лікування. Щодо пацієнта віком до 14 років, а також пацієнта, визнаного у встановленому порядку недієздатним, медичне втручання здійснюється за згодою його представників.

<sup>126</sup> Закон України від 7 липня 2011 року «Про внесення змін до Основ законодавства України про охорону здоров'я щодо удосконалення надання медичної допомоги» визначає медичну допомогу як діяльність професійно підготовлених медичних працівників, спрямовану на профілактику, діагностику, лікування та реабілітацію у зв'язку з хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, а також у зв'язку з вагітністю та пологами. Розрізняють такі види медичної допомоги: екстрена; первинна; вторинна (спеціалізована); третинна (високоспеціалізована); паліативна.

<sup>127</sup> Г.З. Яремко зазначає, що у цьому випадку об'єктивною підставою наявності професійного обов'язку медичного працівника можуть виступати, зокрема, Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада



фесійні обов'язки у повному обсязі і з належною якістю.

Оскільки диспозиція ч. 1 ст. 140 КК має бланкетний характер, у кожному конкретному випадку має встановлюватися, які саме професійні обов'язки поклалися на винну особу і які з цих обов'язків не виконані взагалі або виконані неналежним чином, а також вимоги яких конкретно нормативних актів (інструкцій, правил, вказівок тощо) порушено винним. При цьому необхідно враховувати, що встановлення діагнозу та вибір конкретного способу і методу лікування залежать від багатьох чинників, зокрема індивідуальних особливостей організму хворого, досягнень медичної науки і досвіду лікувальної діяльності, а тому не можуть бути задалегідь і повністю регламентовані нормативними актами у сфері охорони здоров'я. Особою, винною у вчиненні цього злочину, можуть бути порушені правила як нормативного, так і деонтологічного (професійного) характеру.

Під тяжкими наслідками у ст. 140 КК слід розуміти тілесні ушкодження (тяжкі або середньої тяжкості), суттєві ускладнення перебігу хвороби, самогубство або смерть хворого.

Ст. 140 КК (в частині заподіяння смерті особи) є спеціальною нормою щодо ч. 1 ст. 119 КК, у зв'язку з чим кваліфікація невиконання або неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником, що спричинило смерть потерпілого, за сукупністю вказаних норм є неприйнятною<sup>129</sup>.

Такий різновид невиконання медичним працівником своїх професійних обов'язків, як ненадання без поважних причин допомоги хворому, якщо це спричинило тяжкі наслідки, слід кваліфікувати за спеціальною нормою – ч. 2 ст. 139 КК. Розмежувальними ознаками складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 139 і ст. 140 КК, виступають потерпілий і характер злочинного діяння: якщо ненадання допомоги хворому медичним працівником виражається лише у бездіяльності, то неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником – як у діях, так і в бездіяльності.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується виною у формі необережності (злочинної самовпевненості або злочинної недбалості).

Якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків і з урахуванням конкретної ситуації не могла і не по-

винна була їх передбачити, відповідальність за ст. 140 КК виключається. У цьому разі має місце нещасний випадок (казус), невинна лікарська помилка, якої не можна уникнути навіть за найсумліннішого ставлення до своїх професійних обов'язків і яка може бути викликана, наприклад, особливою складністю діагностики незвичної хвороби, анатомічними чи фізіологічними аномаліями організму конкретної людини, атипичним розвитком хвороби, несподіваною алергічною реакцією, побічною дією ліків, відсутністю специфічної (притаманної тільки раку) симптоматики ранніх форм злоякісних новоутворень.

*Виправдувальним вироком Світловодського міськрайонного суду Кіровоградської області від 13.03.2009 р. встановлено таке. Перебуваючи на посаді ургентного лікаря акушер-гінеколога стаціонару, підсудний несумлінно поставився до виконання своїх професійних обов'язків та неналежно їх виконав, порушивши вимоги відповідних наказів МОЗ України. В акушерський стаціонар Світловодської ЦРЛ поступила вагітна. На цей час підсудний перебував на чергуванні в акушерсько-гінекологічному відділенні ЦРЛ. О 9 год. 00 хв. підсудний разом з іншим лікарем провели огляд потерпілої і встановили невірний діагноз, внаслідок чого потерпілій було неправильно призначено лікування. Після інструментального розтину плодового міхура потерпілої вилилися навколоплідні води, забарвлені меконієм, що вказувало на внутріутробну гіпоксію плоду. Згідно партограми перебіг пологів о 09 год. 00 хв. знаходився на лінії тривоги, що диктувало підсудному ухвалити рішення про подальше активне ведення пологів шляхом кесарського розтину. В результаті неправильного ведення латентної фази першого періоду пологів, необґрунтованого розтину плодового міхура з подальшим повторним призначенням 2-% розчину промедолу при внутріутробній гіпоксії плоду в пологах форсувалась пологова діяльність, посилилась внутріутробна гіпоксія плоду в пологах і, як наслідок цього, плід народився в стані гострої асфіксії. О 12 год. 20 хв. потерпіла народила дитину, хлопчика, вагою 3 кг. 800 гр. Згідно з історією новонародженого з моменту народження до 21 год. 15 хв. 2 жовтня 2005 року, коли вперше був викликаний інший лікар та обласний лікар-неонатолог Кіровоградської обласної лікарні для проведення консилиуму в зв'язку з різким погіршенням стану дитини, записи про спостереження за дитиною лікарем-неонатологом та ургентним лікарем акушером-гінекологом відсутні, що свідчить про те, що підсудний внаслідок несумлін-*

<sup>129</sup> Пропозицію про кваліфікацію за вказаною сукупністю висловив Я.Г. Лизогуб (Лизогуб Я. Проблеми кримінальної відповідальності за неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140 КК України) // Право України. – 2005. – № 4. – С. 85-88).

ного та недбалого ставлення до своїх обов'язків фактично позбавив дитину потерпілої медичного спостереження та лікування. В зв'язку з відсутністю лікаря-неонатолога, якого повинен був викликати підсудний як черговий лікар акушер-гінеколог, а також недооцінкою підсудним тяжкого стану новонародженого, дитина була прикладена до грудей, що вплинуло на погіршення стану дитини, оскільки акт смоктання для новонародженої дитини з тяжкою асфіксією є фізичним навантаженням. Після огляду дитини ургентним педіатром 2 жовтня 2005 року о 21 год. 15 хв. була призначена адекватна терапія, але із запізненням. Дитина померла.

У судовому засіданні встановлено, що між причиною смерті новонародженої дитини та діяннями підсудного відсутній причинний зв'язок. Підсудний, проводячи пологи, не передбачав і не міг передбачити настання смерті новонародженої дитини, оскільки її настання не пов'язано з його діяннями, і він не мав фактичної можливості їх передбачити. Оцінюючи доводи сторони обвинувачення і доводи сторони захисту в їх сукупності і керуючись ст. 62 Конституції України, суд дійшов висновку, що вина підсудного в інкримінованому йому злочині не доведена, а тому він підлягає виправданню<sup>130</sup>.

Цей приклад (який дає можливість далеко не в усьому погодитися з позицією суду) яскраво свідчить про надзвичайну складність встановлення ознак аналізованого складу злочину

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Медичний або фармацевтичний працівник – це особа, яка професійно займається відповідно медичною або фармацевтичною практикою в порядку, встановленому чинним законодавством. Оскільки вимоги до медичних та фармацевтичних працівників передбачені цілою низкою спеціальних нормативних актів, при з'ясуванні, чи є особа медичним або фармацевтичним працівником слід встановлювати всі складові її правового статусу, зокрема, дані про освіту, трудову діяльність, у т.ч. посадові права та обов'язки. Відповідно до законодавства про охорону здоров'я фармацевтичні працівники є однією з категорій медичних працівників. Для кваліфікації за ст. 140 КК не має значення, до якої категорії лікуючих лікарів належить винний: він безпосередньо обраний пацієнтом чи його призначено керівником закладу охорони здоров'я (підрозділу цього закладу).

**Кваліфікуючою ознакою**, передбаченою ч. 2 ст. 140 КК, є спричинення тяжких наслідків неповнолітньому.

**Порушення прав пацієнта** (ст. 141 КК). У медичній практиці застосовуються методи профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарські засоби, дозволені до застосування МОЗ України. Відповідно до ст. 7 Закону України «Про лікарські засоби» клінічні випробування лікарських засобів проводяться з метою встановлення або підтвердження ефективності та нешкідливості лікарського засобу. Вони можуть проводитись у спеціалізованих лікувально-профілактичних закладах, які визначаються МОЗ або уповноваженим ним органом. Клінічні випробування лікарських засобів проводяться за наявності письмової згоди пацієнта (добровольця) на участь у проведенні клінічних випробувань або письмової згоди його законного представника на проведення клінічних випробувань за участю неповнолітнього чи недієздатного пацієнта. Пацієнт (доброволець) або його законний представник повинен отримати інформацію щодо суті та можливих наслідків випробувань, властивостей лікарського засобу, його очікуваної ефективності, ступеня ризику.

Порядок проведення клінічних випробувань лікарських засобів та експертизи матеріалів клінічних випробувань, затверджений наказом МОЗ від 23 вересня 2009 року № 690, розробленим відповідно до статей 7 та 8 Закону України «Про лікарські засоби» з урахуванням вимог Директиви Європейського Парламенту та Ради 2001/20/ЄС «Про наближення законів, підзаконних актів та адміністративних положень держав-членів стосовно запровадження належної клінічної практики при проведенні клінічних випробувань лікарських засобів для вживання людиною» від 4 квітня 2001 року, міжнародних етичних принципів біомедичних досліджень із залученням людини. Вказаний Порядок установлює основні вимоги до проведення клінічних випробувань лікарських засобів, які можуть проводитись на пацієнтах (добровольцях) за повною або скороченою програмою, в т.ч. до випробувань біодоступності (біоеквівалентності), а також міжнародних багаточентрових клінічних випробувань.

Отже, законодавством досить детально врегульовано відповідний порядок проведення клінічних досліджень. Але не всі порушення порядку, визначеного регулятивним законодавством, КК визнає злочином. Відповідно до ст. 141 КК особа підлягає кримінальній відповідальності за проведення клінічних випробувань лікарських засобів без письмової згоди пацієнта або його законного представника, або стосовно неповнолітнього чи недієздатного, якщо ці дії спричинили смерть пацієнта або інші тяжкі наслідки.

<sup>130</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3232483>

Таким чином, склад цього злочину є матеріальним, його **об'єктивна сторона** включає такі елементи:

- альтернативні діяння: проведення клінічних випробувань лікарських засобів:
  - без письмової згоди пацієнта або його законного представника;
  - стосовно неповнолітнього;
  - стосовно недієздатного.
- суспільно небезпечний наслідок – смерть пацієнта або інші тяжкі наслідки<sup>131</sup>;
- причинний зв'язок між діянням на суспільно небезпечним наслідком.

Лікарські засоби – це речовини або їх суміші природного, синтетичного чи біотехнологічного походження, які застосовуються для запобігання вагітності, профілактики, діагностики та лікування захворювань людей або зміни стану і функцій організму. До лікарських засобів належать: діючі речовини (субстанції); готові лікарські засоби (лікарські препарати, ліки, медикаменти); гомеопатичні засоби; засоби, які використовуються для виявлення збудників хвороб, а також боротьби із збудниками хвороб або паразитами; лікарські косметичні засоби та лікарські домішки до харчових продуктів.

Згаданий вище Порядок містить поняття інформованої згоди – це рішення взяти участь у клінічному випробуванні, яке має бути викладено в письмовій формі, датоване та підписане, приймається добровільно після належного поінформування про характер клінічного випробування, його значення, вплив та ризик, відповідним чином документально оформляється, приймається особою, яка спроможна дати згоду, або її законним представником; у виняткових випадках, якщо відповідна особа неспроможна писати, вона може дати усну згоду в присутності щонайменше одного свідка, який засвідчує згоду суб'єкта дослідження в письмовій інформованій згоді.

Пацієнт (здоровий доброволець) – це особа, яка може бути залучена як досліджуваний до клінічного випробування лікарського засобу.

Інші тяжкі наслідки з точки зору кваліфікації за ст. 141 КК – це тяжкі або середньої тяжкості тілесні ушкодження, самогубство пацієнта (спроба самогубства) тощо.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується необережністю.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це особа, яка у встановленому законодавством порядку проводить клінічні випробування лікарських

засобів.

**Незаконне проведення дослідів над людиною** (ст. 142 КК)<sup>132</sup>. Ч. 2 ст. 28 Конституції України встановлює, що жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідом<sup>133</sup>. Аналізована кримінально-правова заборона з'явилась у порядку реалізації наведеного конституційного припису.

Порядок проведення медико-біологічних експериментів регулюється законодавчими актами України. Застосування медико-біологічних експериментів на людях допускається із суспільно корисною метою за умови їх наукової обґрунтованості, переваги можливого успіху над ризиком спричинення тяжких наслідків для здоров'я або життя, гласності застосування експерименту, повної інформованості і вільної згоди повнолітньої дієздатної фізичної особи, яка підлягає експерименту, щодо вимог його застосування, а також за умови збереження в необхідних випадках лікарської таємниці. Забороняється проведення науково-дослідного експерименту на

<sup>132</sup> Науковці зазначають, що першим нормативним актом, який регламентував порядок проведення експериментів на людях, був указ «Prussian Directive», виданий у Пруссії в 1900 році. Цей документ не мав обов'язкового характеру і був покладений в основу Інструкції 1931 року «German Circular», яка містила керівні принципи щодо застосування експериментів на людині. У Радянському Союзі першою спробою нормативного врегулювання дослідів над людиною стало прийняття «Положення про умови випробування на людях нових медичних засобів та методів» (1936 р.), яке мало рекомендаційний характер. Період Другої світової війни ознаменувався нацистськими експериментами над в'язнями концтаборів, що стало поштовхом до перегляду ступеню небезпечності неконтрольованих досліджень над людьми. В результаті Нюрнберзького процесу в 1947 р. був розроблений «Нюрнберзький кодекс», який закріпив деякі етико-правові принципи проведення експериментів на людях. Хоч принципи, викладені в Кодексі, не носили обов'язкового характеру, проте цей документ став першим свідомою можливості і необхідності етичних обмежень дослідницької діяльності в зазначеній сфері.

Поступовий і досить тривалий процес криміналізації діянь, пов'язаних з експериментами на людині, дійшов до логічного кінця в окремих країнах лише наприкінці ХХ – на початку ХХІ століть. У цей період у кримінальних кодексах декількох держав розміщено спеціальні норми щодо відповідальності за проведення дослідів (експериментів) над людиною (Вірменія, Азербайджан, Франція, Молдова, Литва). В окремих країнах криміналізовані експерименти на ембріонах, а також клонування людини (Естонія, Грузія, Молдова, Іспанія). В інших державах питання кримінальної відповідальності за досліди над людиною вирішуються або на загальних підставах (як заподіяння шкоди життю чи здоров'ю потерпілого), або через інститут обставин, що виключають злочинність діяння (Литва, Польща, штат Техас). Див. докладніше: Сгорова В.О. Криміналізація незаконного проведення дослідів над людиною та його кримінально-правові ознаки: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 19 с.

<sup>133</sup> До міжнародно-правових актів, якими регулюються питання проведення біомедичних експериментів, належить насамперед Нюрнберзький кодекс від 20 серпня 1947 року та Хельсінська декларація 1964 року

<sup>131</sup> У цьому випадку, так само, як і в ч. 2 ст. 139 КК, ми бачимо приклад так званих «альтернативних наслідків» (Берзін П.С. Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення: монографія. – К.: Дакор, 2009. – С. 439).



хворих, ув'язнених або військовополонених, а також терапевтичного експерименту на людях, захворювання яких не має безпосереднього зв'язку з метою досліду.

Як бачимо, поняття «медико-біологічний дослід над людиною» законодавство України не визначає. Втім, з урахуванням наявності в тексті ч. 1 ст. 142 КК понять «психологічний дослід над людиною» та «інший дослід над людиною», слід зробити висновок, що медико-біологічні, психологічні або інші дослідження над людиною – це експериментальна діяльність, спрямована на одержання нових знань про закономірності розвитку людини, її фізичну або духовну природу, взаємозв'язок з оточуючим світом, у якій людина бере участь в якості досліджуваного.

**Об'єктивна сторона** злочину складається з трьох елементів:

1) діяння у формі дії – незаконне проведення медико-біологічних, психологічних або інших дослідів над людиною<sup>134</sup>;

2) суспільно небезпечний наслідок у вигляді створення стану небезпеки для життя і здоров'я потерпілого;

3) причинний зв'язок між цими двома елементами.

Оскільки суспільно небезпечний наслідок виступає не як фактичне настання шкоди а лише як реальна можливість її спричинення, склад аналізованого злочину є прикладом так званого делікту створення небезпеки.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом щодо діяння (оскільки винний має усвідомлювати незаконність своїх дій) та необережністю щодо наслідків. Якщо винний свідомо допускав чи бажав створення небезпеки для життя і здоров'я потерпілого, його дії слід кваліфікувати як замах на заподіяння тілесних ушкоджень або на вбивство.

**Суб'єкт злочину** – загальний.

**Кваліфікуючими ознаками** відповідно до ч. 2 ст. 142 КК виступають:

- вчинення злочину щодо неповнолітнього;
- вчинення злочину щодо двох або більше осіб;
- вчинення злочину способом примушування або обману;
- суспільно небезпечні наслідки у вигляді тривалого розгляду здоров'я потерпілого. Тривалим належить вважати розлад здоров'я строком понад 3 тижні (більш як 21 день).

<sup>134</sup> В.О. Єгорова під «проведенням досліду» розуміє вплив на організм людини будь-яким способом, внаслідок чого відбувається втручання у фізіологічні та психічні процеси її життєдіяльності. Такий вплив може відбуватися тільки шляхом активної поведінки, тобто дії (Єгорова В.О. Криміналізація незаконного проведення дослідів над людиною та його кримінально-правові ознаки: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 12).

**Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини** (ст. 143 КК)<sup>135</sup>. Застосування методу пересадки від донора до реципієнта органів та інших анатомічних матеріалів здійснюється у визначеному законом порядку при наявності їх згоди або згоди їх законних представників за умови, якщо використання інших засобів і методів для підтримання життя, відновлення або поліпшення здоров'я не дає бажаних результатів, а завдана при цьому шкода донору є меншою, ніж та, що загрожує реципієнту. Донором органів та інших анатомічних матеріалів може бути повнолітня дієздатна фізична особа. Фізична особа може дати письмову згоду на донорство її органів та інших анатомічних матеріалів на випадок своєї смерті або заборонити його. Взяття органів та інших анатомічних матеріалів з тіла фізичної особи, яка померла, не допускається, крім випадків і в порядку, встановлених законом.

Відповідно до Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» трансплантація – це спеціальний метод лікування, що полягає в пересадці реципієнту органа або іншого анатомічного матеріалу, взятих у людини чи у тварини. Анатомічні матеріали – це органи, тканини, анатомічні утворення, клітини людини або тварини. У випадках, коли реципієнт не досяг п'ятнадцятирічного віку чи визнаний судом недієздатним, трансплантація застосовується за згодою об'єктивно інформованих його батьків або інших законних представників. Щодо осіб віком від п'ятнадцяти до вісімнадцяти років чи визнаних судом обмежено дієздатними трансплантація застосовується за згодою об'єктивно інформованих реципієнтів, об'єктивно інформованих їх батьків або інших законних представників. У невідкладних випадках, коли є реальна загроза життю реципієнта, його згода або згода його законних представників для застосування трансплантації не потрібна.

Порядок застосування трансплантації як методу лікування встановлюється МОЗ, а перелік органів та інших анатомічних матеріалів, що можуть використовуватися для трансплантації, затверджується МОЗ за погодженням з Академією медичних наук України.

Ст. 143 КК містить декілька складів злочинів.

Ч. 1 цієї статті передбачає відповідальність за порушення встановленого законом порядку

<sup>135</sup> Див. додатково: Гринчак С.В. Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини: підстави кримінальної відповідальності: Дис... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – 218 с.; Чеботарьова Г.В. Кримінально-правові проблеми трансплантації органів або тканин людини та донорства крові: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 18 с.

трансплантації органів або тканин людини<sup>136</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину складається з діяння – порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини. Таким чином, цей склад злочину є формальним і вважається закінченим з моменту вчинення відповідних дій. Предметом трансплантації в сенсі ст. 143 КК є окремі види анатомічних матеріалів – лише органи або тканини людини.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною формою вини (прямий умисел).

**Суб'єкт** злочину – загальний, хоч, наприклад, Г.В. Чеботарьова вважає, що суб'єкт злочину в цьому разі є спеціальним<sup>137</sup>.

Ч. 2 ст. 143 КК передбачає відповідальність за вилучення у людини шляхом примушування або обману її органів або тканин з метою їх трансплантації.

Незважаючи на визначення в законі предметів трансплантації у формі множини, відповідальність настає за вилучення хоча б одного органу або тканини. Способом вчинення цього злочину є примушування або обман.

Примушуванням є фізичний або психічний вплив на потерпілого із застосуванням насильства<sup>138</sup> або погрози з метою отримання його згоди на вилучення органу або тканини.

Під обманом слід вважати дії, спрямовані на приховування від потерпілого факту вилучення органу або тканини, в т.ч. у вигляді надання неповної інформації про суть проведеного втручання.

<sup>136</sup> Як зазначає С.В. Хилюк, чимало запитань у науковців та практиків викликало застосування ст. 143 КК України 2001 року, яка передбачає кримінальну відповідальність за порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини. Хоча законодавець і встановив, виходячи, певно, з порад вчених, кримінальну відповідальність за порушення порядку трансплантації, зробив він це доволі непослідовно, на що вказують у своїх працях науковці. Предметом злочину, передбаченого ст. 143 КК України, є лише органи або тканини людини, при цьому законодавець необгрунтовано вивів з-під кримінально-правової охорони трансплантацію частини анатомічних матеріалів, зокрема, статевих залоз, репродуктивних клітин та живих ембріонів (Хилюк С.В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання Особливої частини): Дис... канд. юрид. наук. – Львів, 2008. – С. 62).

<sup>137</sup> Чеботарьова Г.В. Кримінально-правові проблеми трансплантації органів або тканин людини та донорства крові: Дис... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 191.

<sup>138</sup> А.П. Брич вважає, що термін «примушування» не охоплює насильство, і вилучення у людини її органів або тканин з метою їх трансплантації, вчинене шляхом насильства, за наявності усіх необхідних ознак повинно кваліфікуватися як умисне тяжке тілесне ушкодження за відповідною частиною ст. 121 КК України (Брич А.П. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – С. 37).

Злочин є закінченим з моменту позбавлення потерпілого органу або тканини, тобто розірвання природних зв'язків між організмом і його частиною, яка є предметом вилучення.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом та метою трансплантації вилучених органів або тканин.

**Суб'єкт злочину** – загальний.

Ч. 3 ст. 143 КК передбачає кримінальну відповідальність за вилучення у людини шляхом примушування або обману її органів або тканин з метою їх трансплантації, вчинені щодо особи, яка: а) перебувала в безпорадному стані; б) перебувала в матеріальній або іншій залежності від винного.

Ч. 4 ст. 143 КК встановлює кримінальну відповідальність за незаконну торгівлю органами або тканинами людини.

Відповідно до ст. 18 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» укладання угод, що передбачають купівлю-продаж органів або інших анатомічних матеріалів людини, за винятком кісткового мозку, забороняється.

Торгівлею є укладання угод, у т.ч. усних, предметом яких є оплатна передача органу людини або її тканини. Злочин вважається закінченим з моменту вчинення дій, які винний вважає необхідними для здійснення купівлі-продажу, тобто фактичної передачі предмету угоди в обмін на грошові кошти готівкою або інші форми оплати. Відповідальність настає як за продаж, так і за купівлю органів або тканин людини.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом та корисливим мотивом.

**Суб'єкт** злочину – загальний.

Ч. 5 ст. 143 КК передбачає відповідальність за вчинення одного з попередніх злочинів за попередньою змовою групою осіб, а також за окрему форму злочину – участь у транснаціональних організаціях, які займаються такою діяльністю.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у вчиненні певних дій (фізичних або інтелектуальних), які впливають із функцій відповідної організації. Злочином є участь в діяльності хоча б однієї організації. Поняття транснаціональної організації, яка займається такою діяльністю, може бути виведене з урахуванням ст. 28 та ст. 143 КК. Це – стійке ієрархічне об'єднання п'яти і більше осіб, члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення злочинів, передбачених ст. 143 КК учасниками цієї організації, або керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб, або

забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп, що займаються вчиненням злочинів, передбачених ст. 143 КК. Транснаціональною є організація, діяльність якої поширюється на дві або більше країни.

**Насильницьке донорство** (ст. 144 КК)<sup>139</sup>. Донорство крові, її компонентів здійснюється відповідно до закону. Відповідно до ст. 46 Основ законодавства України про охорону здоров'я здавання крові, її компонентів для подальшого використання їх для лікування, виготовлення відповідних лікарських препаратів або використання в наукових дослідженнях здійснюється повнолітніми дієздатними фізичними особами добровільно. Забороняється насильницьке або шляхом обману вилучення крові у фізичної особи з метою використання її як донора.

Згідно із Законом України «Про донорство крові та її компонентів» донорство крові та її компонентів – це добровільний акт волевиявлення людини, що полягає у даванні крові або її компонентів для подальшого безпосереднього використання їх для лікування, виготовлення відповідних лікарських препаратів або використання у наукових дослідженнях.

Донором може бути будь-який дієздатний громадянин України віком від 18 років, який пройшов відповідне медичне обстеження і в якого немає протипоказань, визначених МОЗ. Особи, хворі на інфекційні хвороби, що можуть передаватися через кров, або інфіковані збудниками таких хвороб, можуть залучатися до виконання донорської функції лише у разі подальшого використання отриманих від них крові та (або) її компонентів виключно для проведення наукових досліджень, виготовлення діагностикумів та інших продуктів, що не призначаються для введення реципієнтам. Взяття крові та (або) її компонентів у донора дозволяється лише за умови, що здоров'ю донора не буде заподіяно шкоди.

Кримінальний закон встановлює відповідальність за насильницьке або шляхом обману вилучення крові у людини з метою використання її як донора. Не є предметом аналізованого злочину плазма крові або інші її компоненти, кров померлої людини<sup>140</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину складається з двох елементів:

- 1) діяння у формі дії – вилучення крові;

<sup>139</sup> Див. додатково: Сапронов О.В. Кримінальна відповідальність за насильницьке донорство: Дис... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 193 с.

<sup>140</sup> Чеботарьова Г.В. Кримінально-правові проблеми трансплантації органів або тканин людини та донорства крові: Дис... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 132.

- 2) спосіб вчинення злочину – із застосуванням насильства (фізичного<sup>141</sup> або психічного) або шляхом обману.

Злочин вважається закінченим з моменту вилучення будь-якого обсягу крові у потерпілого.

Вказівка у тексті закону на два альтернативні способи вчинення злочину (які передбачають подолання волі особи) разом із визначенням потерпілого як людини визначає, що ст. 144 КК передбачає відповідальність за вилучення крові у живої людини.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом та метою використання потерпілого як донора.

Донор – це особа, в якій за життя або після її смерті взято анатомічні матеріали для трансплантації або виготовлення біоімплантів. Іншими словами, використання потерпілого як донора означає, що вилучена у нього кров або її компоненти будуть в подальшому використані для донорства.

Законодавство України містить поняття аутологічного донорства – це кров та її компоненти, заготовлені від окремої особи і призначені виключно для аутологічної трансфузії особі, від якої вони були попередньо заготовлені<sup>142</sup>.

Отже, використання особи як донора з точки зору медичного законодавства передбачає в т.ч. трансфузію йому його власної крові чи її компонентів. Втім, за наявності всіх медичних показань такі дії, вчинені з використанням насильства або шляхом обману, не можуть бути кваліфіковані за ст. 143 КК.

<sup>141</sup> Така позиція не сприймається наукою однозначно. Скажімо, А.П. Брич зазначає: описаний у ч. 1 ст. 144 КК насильницький спосіб вказує на умисний характер цього злочину. За прийнятою класифікацією цей злочин відноситься до злочинів, що ставлять у небезпеку життя та здоров'я людини. Заподіяння будь-якого з різновидів шкоди життю чи здоров'ю перебуває за межами цього складу злочину. Так, однією з ознак, що відрізняють «Насильницьке донорство» від «Умисного тяжкого тілесного ушкодження» є те, що втрата крові потерпілим не була небезпечною для життя в момент заподіяння. Втрата потерпілим крові в такому обсязі, що стала небезпечною для життя, повинна кваліфікуватися лише як «Умисне тяжке тілесне ушкодження» за ознакою небезпеки для життя в момент заподіяння за ч. 1 ст. 121 КК. Адаже норми про складні злочини «Насильницьке донорство» (ч. 1 ст. 144) та «Умисне тяжке тілесне ушкодження» (ч. 1 ст. 121 КК) співвідносяться як частина і ціле (Брич А.П. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини. – Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – С. 29 – 30). Разом із тим М.І. Хавронюк вважає, що поняттям насильство в ст. 144 охоплюється завдання потерпілому побоїв, заподіяння легких тілесних ушкоджень, зв'язування та вчинення інших подібних насильницьких дій, а також застосування відповідних погроз (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. / За ред. М.І. Мельника, М.І.Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2008. – С. 333).

<sup>142</sup> Наказ МОЗ України від 9 березня 2010 р. № 211 «Про затвердження Порядку контролю за дотриманням показників безпеки та якості донорської крові та її компонентів».



**Суб'єкт злочину** – загальний<sup>143</sup>.

Ч. 2 ст. 144 КК передбачає такі **кваліфікуючі ознаки**, які стосуються спеціального потерпілого:

- 1) неповнолітній;
- 2) особа, яка перебувала в безпорадному стані;
- 3) особа, яка перебувала в матеріальній залежності від винного.

Ч. 3 ст. 144 КК передбачає **особливо кваліфікуючі ознаки** злочину, зокрема:

- 1) вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб;
- 2) вчинення злочину з метою продажу.

#### **4.11. Злочини, що спричиняють шкоду здоров'ю людини внаслідок залишення особи без допомоги або в результаті неналежного виконання винним своїх обов'язків**

**Залишення в небезпеці** (ст. 135 КК). Ст. 3 Конституції України проголошує, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Відповідно до ст. 10 Основ законодавства України про охорону здоров'я громадяни України зобов'язані надавати невідкладну допомогу іншим громадянам, які знаходяться у загрозовому для їх життя і здоров'я стані.

Одним із численних аспектів механізму правового забезпечення збереження життя людини є встановлена кримінальним законом відповідальність за завідоме залишення без допомоги особи, яка перебуває в небезпечному для життя стані і позбавлена можливості вжити заходів до самозбереження через малолітство, старість, хворобу або внаслідок іншого безпорадного стану, якщо той, хто залишив без допомоги, зобов'язаний був піклуватися про цю особу і мав змогу надати їй допомогу, а також у разі, коли він сам поставив потерпілого в небезпечний для життя стан.

Отже, *потерпілим* від аналізованого злочину є особа, яка перебуває в небезпечному для життя стані і позбавлена можливості вжити заходів до самозбереження через малолітство, старість,

хворобу або внаслідок іншого безпорадного стану. Небезпечний для життя стан – це сукупність об'єктивних факторів, що характеризують обстановку, що склалася, як таку, перебування в якій може спричинити смерть. Потенційними джерелами небезпеки для життя можуть бути природні сили, техногенні фактори, в т.ч. механічні, хімічні, термічні.

Поняття «малолітство», «старість», та «хвороба» в цьому випадку можуть визначатися не лише за допомогою нормативно встановлених критеріїв (наприклад, малолітній – особа до 14 років), а й виходячи із конкретної ситуації та сприйняття всіх обставин винним. Інакше кажучи, якщо особа явно виглядає як малолітня, але об'єктивно вже перевищила 14-літню межу, є підстави для кваліфікації залишення без допомоги як такого, що вчинено щодо малолітньої особи.

Інший безпорадний стан є оціночною ознакою, встановлення якої залежить від обставин, у яких особа була залишена без допомоги. Прикладами іншого безпорадного стану може бути втрата особою свідомості, наявність зовнішніх перешкод для уникнення небезпеки для життя (пожежа, повінь, інші природні або штучні фактори).

У науці триває дискусія щодо **безпосереднього об'єкта** злочину, що розглядається. Так, В.В. Бабаніна, дослідивши позиції вчених, які вважали об'єктом злочину: 1) життя і здоров'я особи; 2) життя та здоров'я особи, яка перебуває в безпорадному стані; 3) суспільні відносини взаємодопомоги, які існують у відповідності з об'єктивною необхідністю забезпечити життя безпорадної особи, – як основний та життя та здоров'я особи – як додатковий об'єкт; 4) безпеку особи, пише, що при визначенні безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 135 КК, законодавець допустив прогалину, яка полягає в тому, що в диспозиції вказаної статті ним визнається лише життя особи, хоча ще одним об'єктом має бути здоров'я безпорадної особи, яка перебуває в небезпечному для життя стані<sup>144</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у діянні у формі бездіяльності, тобто цей склад злочину є формальним. Відповідальність за ч. 1 ст. 135 КК можлива незалежно від настання чи ненастання наслідків залишення потерпілого без допомоги.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямими умислом, який має охоплювати не лише факт залишення особи без допомоги, а й наявність небезпечного для життя стану та відсутності у потерпілого можливості

<sup>143</sup> Таку саму позицію займає М.І. Хавронюк (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2008. – С. 333). Водночас інші дослідники вважають, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 144 КК, є медичний працівник, який здійснює вилучення крові, тобто це спеціальний суб'єкт (Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. тація. – 4-ге вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 69).

<sup>144</sup> Бабаніна В.В. Залишення в небезпеці: характеристика об'єкта злочину // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2009. – № 3. – С. 132-137.

вжити заходів до самозбереження внаслідок наявності одного з перелічених вище факторів (малолітство, старість тощо).

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це особа, яка:

- 1) зобов'язана була піклуватися про потерпілого і мала можливість надати допомогу;
- 2) сама поставила потерпілого в небезпечний для життя стан.

Обов'язки піклуватися про ту чи іншу людину найчастіше випливають з:

- 1) положень законодавства;
- 2) сімейних стосунків;
- 3) професійних обов'язків;
- 4) договору.

Відсутність можливості надати допомогу виключає відповідальність за ст. 135 КК. Особою, яка сама поставила потерпілого в небезпечний для життя стан є той, чії дії перебувають у причинному зв'язку із виникненням відповідного стану.

*Наприклад, вироком Луцького міськрайонного суду Волинської області від 13.10.2010 р. установлено, що підсудний, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, керуючи технічно справним автомобілем «Фольксваген-Пассат», рухаючись зі сторони м. Луцька в с. Радомишль Луцького району, допустив порушення вимог Правил дорожнього руху, в результаті чого допустив наїзд на пішохода, який знаходився на проїзній частині і який в результаті дорожньо-транспортної пригоди отримав тяжкі тілесні ушкодження, за ознакою небезпеки для життя. Після вчиненої дорожньо-транспортної пригоди підсудний, поставивши своїми діями потерпілого в небезпечне для життя становище і усвідомлюючи, що останній через отримані травми позбавлений можливості вжити заходів до самозбереження, завідомо залишив потерпілого без допомоги та зник з місця події. Дії винного правильно кваліфіковані за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 286 та ч. 1 ст. 135 КК<sup>145</sup>.*

Ч. 2 ст. 135 КК передбачає **кваліфікуючу ознаку** – спеціального суб'єкта злочину та потерпілого. Це – матір новонародженої дитини, яка не перебуває в зумовленому пологами стані та, відповідно, сам новонароджений.

Затверджена МОЗ Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвнонародженості визначає, що неонатальний період – це період, що починається з моменту народження дитини до закінчення 28 повних діб після народження. Цей строк і слід використовувати для визначен-

ня того, чи є потерпілий новонародженим.

Ч. 3 ст. 135 КК передбачає **особливо кваліфікуючі ознаки**:

- 1) спричинення смерті потерпілому;
- 2) спричинення потерпілому інших тяжких наслідків.

**Ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані** (ст. 136 КК).

Ця норма передбачає відповідальність за ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані, при можливості надати таку допомогу або неповідомлення про такий стан особи належним установам чи особам, якщо це спричинило тяжкі тілесні ушкодження.

Основна відмінність цього складу злочину від передбаченого ст. 135 КК полягає у відсутності у винного обов'язку піклуватися про потерпілого. Крім того, потерпілим у складі аналізованого злочину є особа, яка перебуває в небезпечному для життя стані, незалежно від наявності чи відсутності в нього можливості вжити заходів до самозбереження.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ч. 1 ст. 136 КК, полягає в першу чергу у бездіяльності, яка може набувати вигляду двох альтернативних форм:

- 1) ухилення винного від надання допомоги потерпілому;
- 2) неповідомлення про небезпечний для життя потерпілого стан належним установам чи особам.

Також ознаками об'єктивної сторони є суспільно небезпечний наслідок у вигляді тяжких тілесних ушкоджень та причинний зв'язок між бездіяльністю на наслідками. Отже, цей склад злочину є матеріальним.

Належними установами чи особами є юридичні або фізичні особи, які відповідно до законодавства мають повноваження щодо надання допомоги в екстрених ситуаціях, у т.ч. пов'язаних із безпекою для життя (підрозділи МВС, МНС, органи охорони здоров'я тощо).

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною виною щодо діяння та необережністю щодо наслідків.

**Суб'єкт** злочину – загальний.

Ч. 2 ст. 136 КК містить формальний склад злочину, який полягає у ненаданні допомоги малолітньому, який завідомо перебуває в небезпечному для життя стані, при можливості надати таку допомогу або неповідомлення про такий стан дитини належним установам чи особам.

*Потерпілим* є малолітній (дитина віком до 14 років).

Злочин є закінченим з моменту вчинення діяння у формі бездіяльності, незалежно від

<sup>145</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11621745>

настання чи ненастання будь-яких суспільно небезпечних наслідків. Суб'єктивна сторона характеризується прямим умислом.

Ч. 3 ст. 136 КК встановлює відповідальність за дії, передбачені ч. 1 або ч. 2, якщо вони спричинили смерть потерпілого.

*Наприклад, вироком Замостянського районного суду м. Вінниці від 07.07.2008 р. установлено, що підсудний, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, вийшов з бару «Дніпро», розташованого біля ринку «Мрія» в м. Вінниця, разом з потерпілою з метою прогулятися. Приблизно о 22 год. 30 хв., знаходячись біля лівої притоки річки Тяжилівка, підсудний запропонував потерпілій вступити з ним в статеві стосунки, після чого остання почала роздягатись, але, втративши рівновагу, впала з містка на землю, обличчям донизу, занурившись головою в воду, і втратила свідомість. Підсудний, який знаходився в декількох метрах від місця падіння, спустився до потерпілої і, побачивши, що остання перебуває в безпорадному стані і без сторонньої допомоги не має можливості вжити будь-яких заходів для самозбереження, не надав їй ніякої допомоги, хоча мав можливість її надати, а також не повідомив про небезпечний для її життя стан належним установам та особам, хоча мав можливість це зробити. Внаслідок бездіяльності підсудного від механічної асфіксії від закриття дихальних шляхів водою настала смерть потерпілої. Дії підсудного правильно кваліфіковані за ч. 3 ст. 136 КК<sup>146</sup>.*

**Неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей** (ст. 137 КК)<sup>147</sup>. Держава і суспільство забезпечують функціонування системи органів та установ, до повноважень яких віднесено виконання функцій щодо догляду за неповнолітніми, їх освіти, виховання тощо. Особлива увага при цьому приділяється неухильному виконанню працівниками відповідних установ своїх професійних чи службових обов'язків.

Ст. 137 КК встановлює відповідальність за невиконання або неналежне виконання професійних чи службових обов'язків щодо охорони життя та здоров'я неповнолітніх внаслідок недбалого або несумлінного до них ставлення, якщо це спричинило істотну шкоду здоров'ю потерпілого.

**Безпосереднім об'єктом** злочину виступає

<sup>146</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2064211>

<sup>147</sup> Див. додатково: Заславська М.Г. Кримінальна відповідальність за неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей: соціальна обумовленість і склад злочину: Дис... канд. юрид. наук. – Х., 2005. – 224 с.

життя та здоров'я неповнолітнього, а також встановлений порядок виконання відповідних професійних чи службових обов'язків. *Потерпілим* є неповнолітня особа.

**Об'єктивна сторона** злочину складається з трьох елементів:

1) діяння у формі бездіяльності – «невиконання або неналежне виконання професійних чи службових обов'язків»;

2) суспільно небезпечного наслідку – спричинення істотної шкоди здоров'ю потерпілого;

3) причинного зв'язку між діянням та суспільно небезпечним наслідком.

Невиконання професійних чи службових обов'язків полягає в утриманні винного від вчинення дій, передбачених нормативними чи локальними правовими актами (наприклад, правилами внутрішнього трудового розпорядку або посадовою інструкцією).

Неналежне виконання професійних чи службових обов'язків полягає у діянні у формі дії, що не у повній мірі охоплює акти поведінки, які зобов'язаний вчинити винний. У цьому випадку професійні чи службові обов'язки виконуються лише частково або з порушенням встановлених показників відповідної професійної діяльності.

Ураховуючи те, що ч. 2 ст. 137 КК передбачено кваліфікований склад злочину, де кваліфікуючими ознаками виступають смерть потерпілого або інші тяжкі наслідки (під якими, у свою чергу, традиційно розуміють спричинення тяжких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень), істотною шкодою здоров'ю потерпілого слід вважати легкі тілесні ушкодження.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується подвійною формою вини у вигляді умислу або необережності відносно діяння та необережності щодо суспільно небезпечних наслідків.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний: це особа, на яку покладено виконання професійних чи службових обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей. Для кваліфікації діяння за ст. 137 КК достатньо того факту, що обов'язки щодо охорони життя та здоров'я неповнолітніх є частиною професійних або службових обов'язків винного.

Так, відповідно до ст. 56 Закону України «Про освіту» педагогічні та науково-педагогічні працівники зобов'язані захищати дітей, молодь від будь-яких форм фізичного або психічного насильства, запобігати вживанню ними алкоголю, наркотиків, іншим шкідливим звичкам. Також відповідні обов'язки щодо охорони життя та здоров'я неповнолітніх можуть бути покладені на особу іншими законами, підзаконними нормативно-правовими актами, нормами внутрішніх нормативних актів, поса-



довими інструкціями, трудовими договорами тощо.

Наприклад, вироком Сосницького районного суду Чернігівської області від 19.03.2010 р. встановлено, що на уроці трудового навчання у Великоустівській ЗОШ у приміщенні шкільної майстерні, внаслідок порушення п. 1.4 Інструкції з охорони праці у навчальних майстернях та п. 2.3. Інструкції з охорони праці при обпилюванні, ученицею 7 класу було вчинено удар напилка об напилку, і учениця цього ж класу отримала скалком від напилка тілесні ушкодження у вигляді проникаючого поранення правого ока, які згідно з висновком експерта відносяться до категорії тяжких тілесних ушкоджень. Причиною цього стало невиконання професійних обов'язків з боку завідуючого майстернею з обробки деревини і металу Великоустівської ЗОШ, який всупереч осадовим обов'язкам з охорони праці завідуючого майстернею з обробки деревини і металу залишив учнів на уроці без контролю та покинув приміщення майстерні, а також у порушення посадової інструкції вчителя не забезпечив охорону життя і здоров'я учнів під час навчального процесу. У розглядуваному випадку підсудним вчинено злочин, передбачений ч. 2 ст. 137 КК<sup>148</sup>.

#### 4.12. Злочини у сфері охорони здоров'я людини, що пов'язані із незаконним розголошенням лікарської таємниці

До цієї групи злочинів слід віднести два склади злочинів, передбачені кримінальним законодавством. Це незаконне розголошення лікарської таємниці (ст. 145 КК) та розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст. 132 КК).

Законодавець розмістив норми про вказані злочини у розділі «Злочини проти життя та здоров'я особи», хоча їх аналіз дає підстави стверджувати, що **основним безпосереднім об'єктом** у цьому випадку виступає порядок обігу інформації про особу, зокрема, тієї, яка віднесена до лікарської таємниці. Шкода заподіюється також праву особи на приватність.

Норми, передбачені статтями 145 і 132 КК, співвідносяться між собою як загальна та спеціальна, якщо критерієм розмежування виступає предмет розголошення. Водночас зазначені склади злочинів мають певні суттєві відмінності

в інших елементах. Так, злочин, передбачений ст. 145 КК, є умисним, а злочин, передбачений ст. 132 КК, – умисним або необережним.

Також незаконне розголошення лікарської таємниці є закінченим злочином з моменту настання суспільно небезпечних наслідків, а розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, вважається закінченим вже з моменту вчинення такого розголошення незалежно від настання наслідків таких дій.

**Незаконне розголошення лікарської таємниці** (ст. 145 КК). Відповідно до законодавства про інформацію основними видами інформації є:

- інформація про фізичну особу;
- інформація довідково-енциклопедичного характеру;
- інформація про стан довкілля (екологічна інформація);
- інформація про товар (роботу, послугу);
- науково-технічна інформація;
- податкова інформація;
- правова інформація;
- статистична інформація;
- соціологічна інформація;
- інші види інформації.

У свою чергу інформація про фізичну особу (персональні дані) – це відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована. Основними даними про особу (персональними даними) є: національність, освіта, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, а також адреса, дата і місце народження.

Відповідно до ч. 2 ст. 32 Конституції України, не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

ЦК (ст.ст. 285–286) закріплює, що повнолітня фізична особа має право на достовірну і повну інформацію про стан свого здоров'я, в т.ч. на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я. Батьки (усиновлювачі), опікун, піклувальник мають право на інформацію про стан здоров'я дитини або підопічного. Якщо інформація про хворобу фізичної особи може погіршити стан її здоров'я або погіршити стан здоров'я зазначених осіб, зашкодити процесові лікування, медичні працівники мають право дати неповну інформацію про стан здоров'я фізичної особи, обмежити можливість їх ознайомлення з окремими медич-

<sup>148</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8631885>

ними документами. У разі смерті фізичної особи члени її сім'ї або інші фізичні особи, уповноважені ними, мають право бути присутніми при дослідженні причин її смерті та ознайомитись із висновками щодо причин смерті, а також право на оскарження цих висновків до суду.

Фізична особа має право на таємницю про стан свого здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при її медичному обстеженні. Забороняється вимагати та подавати за місцем роботи або навчання інформацію про діагноз та методи лікування фізичної особи. Фізична особа зобов'язана утримуватися від поширення цієї інформації, що стала їй відома у зв'язку з виконанням службових обов'язків або з інших джерел.

Крім того, Закон України «Про захист персональних даних» (ст. 24) встановив, що фізичні особи – підприємці, в т.ч. лікарі, які мають відповідну ліцензію, адвокати, нотаріуси особисто забезпечують захист баз персональних даних, якими вони володіють, згідно з вимогами закону.

Як бачимо, чинне законодавство використовує різні терміни для опису інформації, яка стосується здоров'я особи, та обмеженого доступу до неї:

- інформація про особу;
- дані про особу (персональні дані);
- відомості про особу;
- відомості про іншу особу;
- конфіденційна інформація про особу;
- інформація про стан свого здоров'я;
- інформація про стан здоров'я дитини або підопічного;
- інформація про хворобу фізичної особи;
- інформація про стан здоров'я фізичної особи;
- відомості, одержані при медичному обстеженні;
- інформація про діагноз та методи лікування фізичної особи;
- інформація про стан здоров'я, мету проведення запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, зокрема наявність ризику для життя і здоров'я.

Законодавство також визначає наступні поняття таємниці у сфері охорони здоров'я:

- таємниця про стан свого здоров'я;
- таємниця про стан свого здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при медичному обстеженні.

Правила використання відомостей, що стосуються лікарської таємниці – інформації про

пацієнта, на відміну від медичної інформації – інформації для пацієнта, встановлюються ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я<sup>149</sup> і ст. 46 Закону України «Про інформацію».

Лікарська таємниця – це відомості про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя громадянина, які стали відомі медичним працівникам та іншим особам у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків.

Установлюючи у вказаних вище нормативно-правових актах загальні засади обігу різних видів інформації про особу, законодавець вдається до найбільш суворих заходів у формі встановлення кримінально-правової заборони лише стосовно вчинення окремих порушень порядку оперування такими відомостями. Так, умисне розголошення лікарської таємниці особою, якій вона стала відома у зв'язку з виконанням професійних чи службових обов'язків, є злочином тільки, якщо таке діяння спричинило тяжкі наслідки.

**Безпосереднім об'єктом** аналізованоголочину виступає порядок обігу інформації, що становить лікарську таємницю, а сама така інформація виступає *предметом* злочину<sup>150</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину складається з трьох елементів:

- 1) діяння у формі дій – «розголошення лікарської таємниці»;
- 2) суспільно небезпечного наслідку – спричинення тяжких наслідків;
- 3) причинного зв'язку між діянням та суспільно небезпечним наслідком.

Розголошення певної інформації полягає у доведенні її до відома хоча би однієї людини, яка згідно з установленим порядком не повинна була нею володіти.

Розголошення лікарської таємниці є злочином лише за умови протиправності таких дій відповідно до галузевого законодавства, наведеного вище. Спосіб, у який лікарська таємниця

<sup>149</sup> Відповідно до цієї норми медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя громадянина, не мають права розголошувати ці відомості, крім передбачених законодавчими актами випадків. При використанні інформації, що становить лікарську таємницю, в навчальному процесі, науково-дослідній роботі, в т.ч. у випадках її публікації у спеціальній літературі, повинна бути забезпечена анонімність пацієнта.

<sup>150</sup> Предметом злочину вважає лікарську таємницю і В.В. Балабко (Балабко В.В. Окремі аспекти визначення предмету злочинів, вчинених медичними працівниками проти життя та здоров'я особи // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20 – 21 травня 2011 р. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 51.)

доведена до відома іншої особи, для кваліфікації значення не має і може полягати у вербальній формі (розповідь) або в будь-якій іншій (шляхом ознайомлення третьої особи з матеріальними носіями інформації – документами, засобами зберігання або демонстрації фото, кіно, відеоматеріалів, оцифрованої інформації).

Під тяжкими наслідками, з огляду на тяжкість санкції ч. 1 ст. 145 КК, слід розуміти ускладнення процесу протікання хвороби потерпілого, спричинення суттєвої моральної чи фізичної шкоди у вигляді легких тілесних ушкоджень.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямими або непрямим умислом відносно діяння та необережністю відносно тяжких наслідків.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це особа, якій лікарська таємниця стала відома у зв'язку з виконанням професійних чи службових обов'язків. Такою особою не обов'язково є лікар або медична сестра. Це може бути особа, яка ознайомлена з лікарською таємницею в ході своєї власної професійної діяльності, що навіть не є медичною або фармацевтичною практикою (водій карети швидкої медичної допомоги, працівник служби технічної підтримки лікарні тощо)<sup>151</sup>.

**Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби** (ст. 132 КК). **Безпосереднім об'єктом** злочину виступає порядок обігу відомостей про проведення медичного огляду особи на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що не є небезпечною для життя людини, або захворювання на синдром набутого імунодефіциту (СНІД) та його результатів.

*Предметом* злочину є відомості про проведення медичного огляду особи на виявлення зараження ВІЛ чи іншою невиліковною інфекційною хворобою, що є небезпечною для життя людини, на захворювання на СНІД та його результати.

Відомості про результати тестування особи з метою виявлення ВІЛ, про наявність або відсутність в особи ВІЛ-інфекції є конфіденційними та становлять лікарську таємницю. Передача медичним працівником зазначених відомостей

дозволяється лише: 1) особі, стосовно якої було проведено тестування, а у певних випадках – батькам чи іншим законним представникам такої особи; 2) іншим медичним працівникам та закладам охорони здоров'я – винятково у зв'язку з лікуванням цієї особи; 3) іншим третім особам – лише за рішенням суду в установлених законом випадках. Передача відомостей про результати тестування особи з метою виявлення ВІЛ іншим медичним працівникам та закладам охорони здоров'я допускається виключно за наявності усвідомленої інформованої згоди людини, яка живе з ВІЛ, на передачу таких відомостей, наданої в письмовому вигляді, і лише для цілей, пов'язаних з лікуванням хвороб, зумовлених ВІЛ, та у разі, якщо поінформованість лікаря щодо ВІЛ-статусу пацієнта має істотне значення для його лікування. Розкриття медичним працівником відомостей про позитивний ВІЛ-статус особи партнеру (партнерам) дозволяється, якщо: 1) людина, яка живе з ВІЛ, звернеться до медичного працівника з відповідним письмово підтвердженим проханням; 2) людина, яка живе з ВІЛ, померла, втратила свідомість або існує ймовірність того, що вона не опритомніє та не відновить свою здатність надавати усвідомлену інформовану згоду.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у розголошенні відомостей про: 1) проведення медичного огляду особи на виявлення зараження ВІЛ чи вірусом іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини або захворювання на синдром набутого імунодефіциту (СНІД); 2) його результати.

*Розголошення відомостей* означає, що особа, яка зобов'язана зберігати відповідну інформацію в таємниці, незаконно ознайомлює з нею сторонніх осіб або своєю поведінкою створює умови, які надають стороннім особам можливість ознайомитися з відповідними відомостями.

Способи розголошення відомостей можуть бути різними і на кваліфікацію вчиненого за ст. 132 КК не впливають: повідомлення у розмовах, наукових статтях, виступах, лекціях, засобах масової інформації, надання сторонній особі документів, що містять відповідні відомості, або недбале зберігання чи втрата таких документів тощо. За наявності до цього підстав розголошення відомостей про сам факт проведення медичного огляду або про з'ясування внаслідок його проведення відсутність невиліковної інфекційної хвороби може розглядатись як діяння, яке через малозначність не становить суспільної небезпеки (ч. 2 ст. 11 КК).

Злочин вважається закінченим з моменту, коли відповідні відомості стали відомі особі, яка не повинна була їх знати. Можливі негативні

<sup>151</sup> Г.В. Чеботарьова пропонує викласти ст. 145 КК у новій редакції: «Незаконне умисне розголошення або недотримання медичної таємниці особою, якій вона стала відома у зв'язку з виконанням професійних чи службових обов'язків, якщо таке діяння спричинило тяжкі наслідки...» (Чеботарьова Г.В. Кримінально-правова охорона правопорядку у сфері медичної діяльності: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – К., 2011. – С. 28).



наслідки (самогубство потерпілого, вимушене звільнення його з роботи тощо) мають враховуватись при призначенні винному покарання. Втрата документів, які містять відповідні відомості, або тимчасовий вихід їх з-під контролю, що не мало своїм наслідком ознайомлення сторонніми особами з інформацією, ознак коментованого складу злочину не містить.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це: 1) службова особа лікувального закладу<sup>152</sup>; 2) допоміжний працівник такого закладу (наприклад, прибиральниця, секретар), який самочинно здобув інформацію; 3) медичний працівник.

Суб'єктами цього злочину можуть бути, зокрема, працівники центрів профілактики СНІДу, санепідемстанцій та інших закладів охорони здоров'я, яким повідомляються відомості про позитивні результати медичних оглядів на ВІЛ-інфекцію, медичні працівники, які працюють у слідчих ізоляторах та установах виконання покарань.

Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби особою, не зазначеною в диспозиції ст. 132 КК (суддею, працівником прокуратури тощо), за наявності підстав тягне відповідальність за незаконне розголошення лікарської таємниці (ст. 145 КК) або за вчинення злочину у сфері службової діяльності.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умислом або необережністю.

### Рекомендована література

1. Авраменко О.В. Стан сильного душевно-хвилювання за кримінальним правом України: монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 244 с.

2. Алфьоров С.М., Шаблистий В.В. Кримінальна відповідальність за погрози застосуванням фізичного насильства: Монографія. – Запоріжжя: ФОРМ Зеленкевич Л.П., 2011. – 212 с.

3. Анианц К. Ответственность за преступления против жизни по действующему законодательству союзных республик. – М.: Госюриздат, 1964. – 212 с.

<sup>152</sup> До лікувальних належать заклади, в яких особам надається лікувально-профілактична допомога, – поліклініки, лікарні, диспансери, клініки науково-дослідних інститутів, інші акредитовані заклади охорони здоров'я. Під службовими особами лікувальних закладів слід розуміти працівників указаних закладів, які здійснюють функції організації та управління в сфері охорони здоров'я (директори, головні лікарі, їхні заступники, керівники структурних підрозділів – завідувачі відділеннями, начальники відділів тощо). Конкретні назви посад керівників закладів охорони здоров'я та їх структурних підрозділів визначаються типовими штатами та штатними нормативами цих закладів.

4. Бабаніна В.В. Кримінальна відповідальність за залишення в небезпеці: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 238 с.

5. Байда А.О. Відповідальність за незаконну лікувальну діяльність за КК України (аналіз складу злочину, питання кваліфікації): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – 20 с.

6. Байлов А.В. Кримінальна відповідальність за посягання на життя та здоров'я особи, вчинені в стані сильного душевного хвилювання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 19 с.

7. Беляев В.Г., Свидлов Н.М. Вопросы квалификации убийств: Учеб. пособ. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1984. – 60 с.

8. Борисов В.И., Куц В.Н. Преступления против жизни и здоровья: вопросы квалификации. – Х.: Консум, 1995. – 104 с.

9. Борзенков Г.Н. Преступления против жизни и здоровья: закон и правоприменительная практика: Учебно-практич. пособие. – М.: Зерцало-М, 2008. – 256 с.

10. Борзенков Г.Н. Квалификация преступлений против жизни и здоровья: Учеб.-практ. пособ. – М.: ИКД Зерцало-М, 2005. – 144 с.

11. Бородин С.В. Преступления против жизни. – М.: Юристъ, 1999. – 356 с.

12. Брайловська А.І. Кримінально-правова кваліфікація неналежного виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2012. – 21 с.

13. Брич Л.П. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 60 с.

14. Брич Л.П. Співвідношення суміжних складів злочинів і складів злочинів, передбачених конкуруючими нормами // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – Випуск 42. – 2006. – С. 263 – 282.

15. Брыч Л.П. Преступления против здоровья и против безопасности жизни и здоровья по законодательству Украины. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – 116 с.

16. Бурдін В.М. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені в стані сильного душевного хвилювання: Монографія. – Львів: ПАІС, 2006. – 200 с.

17. Глушков В.А. Ответственность за преступления в области здравоохранения. – К.: Выща шк., 1987. – 200 с.

18. Горелик И.И. Квалификация преступлений, опасных для жизни и здоровья. – Мн.: Выш. шк., 1973. – 319 с.

19. Гороховська О.В. Вбивство через необережність: проблеми кримінальної відпові-

- дальності: Монографія / Наук. ред. А.А. Музыка. – К.: Вид. ПАЛИВОДА А.В., 2007. – 180 с.
20. Григонис Э.П., Леонтьев О.В. Ответственность за преступления, совершаемые медицинскими работниками: учебное пособие. – СПб.: СпецЛит, 2008. – 157 с.
21. Гринчак С.В. Кримінальна відповідальність за незаконну трансплантацію органів або тканин людини: Монографія / Наук. ред. Л.В. Дорош. – Х.: Право, 2011. – 296 с.
22. Гришук В.К. Вибрані наукові праці. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – 824 с.
23. Данилевський А.О., Болдарь Г.Є. Кримінальна відповідальність за вчинення злочинів проти життя та здоров'я особи: проблеми кваліфікації та відмежування від суміжних складів злочинів: Наук.-практ. пос. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 152 с.
24. Джужа О.М. Запобігання поширенню СНІДу: кримінологічні та кримінально-правові проблеми: Автореф. Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 1996. – 47 с.
25. Дідківська Н.А. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство з метою приховати інший злочин або полегшити його вчинення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 20 с.
26. Дорош Л.В., Марадіна Ю.С. До проблеми визначення безпосереднього об'єкта катування // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. / редкод.: В.І. Борисов та ін. – Вип. 22. – Х.: Право, 2011. – С. 43-53.
27. Єгорова В.О. Криміналізація незаконного проведення дослідів над людиною та його кримінально-правові ознаки: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 19 с.
28. Загородников Н.И. Преступления против жизни по советскому уголовному праву. – М.: Юрид. лит., 1961. – 278 с.
29. Загородников Н.И. Преступления против здоровья. – М.: Юрид. лит., 1969. – 168 с.
30. Задоя К. Кваліфікація випадків спричинення насильницьким злочином необережної шкоди життю чи здоров'ю особи у правозастосовній практиці // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 2. – С. 135-138.
31. Зазимко О.І. Кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання подружнім вбивствам: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 16 с.
32. Заславська М.Г. Кримінальна відповідальність за неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей: соціальна обумовленість і склад злочину: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2005. – 224 с.
33. Зубкова В.И. Ответственность за преступления против личности по законодательству России. – М.: Норма 2005. – 256 с.
34. Капинус О.С. Современное уголовное право в России и за рубежом: некоторые проблемы ответственности: Сборник статей. – М.: Издат. дом «Буковед», 2008. – С. 67-117, 147-160, 231-263.
35. Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: Навчальний посібник / За заг. ред. В.В. Коваленка; за наук. ред. О.М. Джужа та А.В. Савченка. – К.: Атіка, 2011. – С. 9-81.
36. Короленко М.П. Кваліфікація і класифікація умисних убивств при обтяжуючих обставинах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 20 с.
37. Кримінологічна характеристика злочинів проти життя та здоров'я особи, що вчиняються неповнолітніми: Монографія / За заг. ред. чл.-кор. АПрН України В.В. Голіни. – Х.: «Кроссруд», 2007. – 156 с.
38. Крылова Н.Е. Некоторые уголовно-правовые проблемы применения современных биомедицинских технологий // Российский ежегодник уголовного права. – № 2. – 2007 / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. Б.В. Волженкина. – СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. – С. 185-204.
39. Крылова Н.Е. Ответственность за незаконное производство аборта и необходимость уголовно-правовой защиты «будущей» жизни // Вестник Московского ун-та. Сер. 11. Право. – 2002. – № 6. – С. 38-53.
40. Крылова Н.Е. Эвтаназия: уголовно-правовой аспект // Вестник Московского ун-та. Сер. 11. Право. – 2002. – № 2. – С. 17-36.
41. Лизогуб Я. Проблемы кримінальної відповідальності за неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140 КК України) // Право України. – 2005. – № 4. – С. 85-88.
42. Маковецька Н.Є. Умисні вбивства за кримінальним правом України та Республіки Польща: юридичний аналіз складів злочинів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – 20 с.
43. Мамчур В.М. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 20 с.
44. Мельник М., Хавронюк М. Вбивство на замовлення: деякі аспекти кримінологічної характеристики та проблеми кваліфікації // Право України. – 1997. – № 7. – С. 45-49.
45. Остапенко Л.А. Кримінально-правова характеристика умисних вбивств при пом'якшуючих обставинах (статті 116, 117, 118 КК України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 20 с.

46. Панов Н.И. Квалификация насильственных преступлений: Учеб. пособие. – Харьков: Юрид. ин-т, 1986. – 54 с.
47. Побегайло Э.Ф. Умышленные убийства и борьба с ними. Уголовно-правовое и криминологическое исследование. – Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1965. – 205 с.
48. Побегайло Э.Ф., Ревин В.П. Уголовно-правовые средства предупреждения тяжких преступлений против личности. Учебное пособие. – М.: Академия МВД СССР, 1989. – 80 с.
49. Расторопов С.В. Уголовно-правовая охрана здоровья человека от преступных посягательств: Монография. – 2-е изд., перераб. и доп. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 489 с.
50. Саинчин А.С. Убийство по заказу (уголовно-правовой, криминологический и криминологический аспекты). – О.: Юридична література, 2003. – 245 с.
51. Самощенко И.В. Понятие угрозы в уголовном праве. – Х.: СПД ФЛ. Вапнярчук Н.М., 2005. – 120 с.
52. Сапронов О.В. Кримінальна відповідальність за насильницьке донорство: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 16 с.
53. Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 10-98.
54. Сташис В.В., Бажанов М.И. Преступления против личности в УК УССР и судебной практике: Монография. – Харьков: Вища шк., 1987. – 216 с.
55. Тарасевич Т.Ю. Медичний працівник як спеціальний суб'єкт злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 18 с.
56. Тасаков С.В. Нравственные основы норм уголовного права о преступлениях против личности. – СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – 318 с.
57. Тихий В.П. Злочини проти життя і здоров'я особи та проти громадської безпеки: проблеми розмежування та кваліфікації // Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи: матеріали. наук.-практ. конф. [Харків] (22 – 23 квітня 2004 р.). – К.-Х.: Юрінком Інтер, 2004. – С. 35-38.
58. Триньова Я.О. Кримінально-правова оцінка позбавлення життя іншої людини з жалю до неї. Монографія. – К., 2008. – 261 с.
59. Триньова Я.О. Кримінально-правова оцінка позбавлення життя людини із співчуття до неї: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 20 с.
60. Чеботарьова Г.В. Кримінально-правові проблеми трансплантації органів або тканин людини та донорства крові: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 18 с.
61. Чеботарьова Г.В. Кримінально-правова охорона правопорядку у сфері медичної діяльності: монографія. – К.: КНТ, 2011. – 616 с.
62. Чеботарьова Г.В. Кримінально-правова охорона правопорядку у сфері медичної діяльності: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – К., 2011. – 36 с.
63. Черевко К.О. Кримінально-правова та криминологічна характеристика незаконного проведення абортів: монографія / За заг. ред. О.М. Литвинова. – Х.: НікаНова, 2012. – 196 с.
64. Шаргородский М.Д. Преступления против жизни и здоровья. – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1947. – 511 с.
65. Шестопалова Л.М. Самогубство та доведення до самогубства: заходи протидії: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – 20 с.
66. Ярмыш Н.Н. Уголовная ответственность за доведение до самоубийства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харьков, 1992. – 14 с.



## ГЛАВА 5

## ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВОЛІ, ЧЕСТІ ТА ГІДНОСТІ ОСОБИ

## 5.1. Загальна характеристика злочинів проти волі, честі та гідності особи

Відповідно до Конституції України (статті 29 і 28) кожна людина має право на свободу й повагу до її гідності. Честь і гідність людини – наголошує Основний Закон – є найвищою соціальною цінністю в державі.

З огляду на це, і, беручи до уваги суспільну необхідність захисту особливо важливих соціальних цінностей кримінально-правовими нормами, український законодавець передбачив у чинному КК відповідний розділ про злочини, що посягають на волю, честь і гідність особи. Але формулюючи його зміст, законодавець відмовився від традиційного підходу до криміналізації діянь, що посягають на волю, честь і гідність. У новому Кодексі було використано певною мірою іншу логіку розуміння суспільної небезпечності окремих антисоціальних явищ, на відміну від тієї, що сповідувалась у КК 1960 р. З одного боку, законодавцем були декриміналізовані такі суспільно небезпечні явища як наклеп і образа, а, з іншого, встановлено відповідальність за експлуатацію дітей<sup>1</sup>.

У підсумку, по-перше, отримало інший вигляд коло кримінально-правових заборон посягань на волю, честі і гідність людини, по-друге, певною мірою були трансформовані їх юридичні конструкції. Не будучи цілком досконалою, така законотворчість загалом отримала позитивну оцінку з боку вітчизняних науковців, віддавши модернізацію норм КК на «відкуп» теорії кримінального права.

**Родовим об'єктом** злочинів, що розглядаються, є воля, честь і гідність особи.

У загальному розумінні воля – це людська свобода. Така соціальна і філософсько-правова цінність характеризується найбільшою мірою невизначеності і належить до метафізичних проблем<sup>2</sup>. Зміст цього поняття завжди залежить від конкретних умов існування людини. У правовій

країні він буде ємким і безальтернативним. Натомість, у суспільстві, де право розуміється, а, тим більше, застосовується суб'єктивно, свобода буде вихолощеною. З огляду на зміст і контекст розуміння свободи в Україні, воля – це гарантована державою можливість людини діяти певним чином на власний розсуд у межах реалізації її права на свободу. З огляду на приписи вітчизняного Основного Закону, право людини на свободу, хоч і є фундаментальним, не є абсолютним. У виключних випадках за вчинення злочину людина може бути позбавлена цього права на певний строк або довічно. Утім, у жодному іншому випадку обмеження цього права є неприпустимим.

Інакше виглядає ситуація із людською гідністю. На відміну від свободи, вона є абсолютною цінністю, і жоден не може бути позбавлений її за будь-яких умов. Цінність людини в суспільстві залежить від визнання поваги до її гідності. Утім, лише суспільної оцінки людини без її власної оцінки – самооцінки – буде замало, адже людина, яка не розуміє своєї цінності фактично втрачає ціннісну підтримку суспільства. Так само і самооцінка людини без суспільного визнання її цінності – це лише ефемерне уявлення про гідність, адже питання поваги до людської гідності завжди пов'язане із суспільним розумінням цінності людини. *Гідність* – це внутрішня (власна) і зовнішня (суспільна) оцінка поваги до людини, як найвищою від народження істоти, що має рівні можливості та права, наділена розумом, мовою й емоціями. Тому ані висновки про гідність як лише суспільну оцінку людини<sup>3</sup>, ані підходи про саме суб'єктивний її характер<sup>4</sup>, на нашу думку, не можуть вважатись повноцінними.

Подібну логіку можна застосувати й щодо людської честі. *Честь* – це сукупність морально-етичних характеристик людини, яких та набуває протягом життя, і які віддзеркалюють у

<sup>1</sup> Пізніше, а саме 15 січня 2009 р. Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо використання дитини для жебракування» чинний КК було доповнено статтею 150-1 – «Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом».

<sup>2</sup> Гришук О.В. Людська гідність у праві: філософські проблеми. – К.: Атіка, 2007. – С. 127.

<sup>3</sup> Коржанський М.Й. Кримінальне право України: Частина Особлива. – К.: Генеза, 1998. – С. 223.

<sup>4</sup> Рибалка В.В. Честь і гідність особистості як предмет діяльності практичного психолога. – К.: Шкільний світ, 2010. – С. 29; Уголовное право России. Особенная часть: Учебник / Отв. ред. д.ю.н., проф. В.Б. Здравомыслов. – М.: Юристъ, 1996. – С. 74.

зв'язку з цим її суть під різними кутами соціальної адаптації. Позбавити людину честі означити-ме обезчестити її. На відміну від гідності, яка є об'єктивно-суб'єктивною цінністю, честь як показник моральності людини – завжди категорія суб'єктивна. У кожної людини вона своя, а тому й оцінка відсутності факту обезчещення завжди залежить від потерпілого. Вважає він, що честь було потоптано, – можна говорити про порушення. Але якщо ні – порушення немає.

Формулюючи назву розділу III Особливої частини КК, законодавець для визначення вектору посягання використав поняття «особа». Утім, це не означає, що людина, яка ще не набула рис особистості – «певних властивостей й особливостей буття людини, які висвітлюють їх свободу і є невідчужуваними та необхідними способами й умовами її життя, взаємовідносин із суспільством, державою, іншими індивідами»<sup>5</sup> – й не стала особою, не перебуватиме під кримінально-правовою охороною від відповідних посягань. Вочевидь, така логіка використана саме для того, що показати, що лише в суспільстві людина може розраховувати на юридичний захист.

Розділ налічує сім самостійних діянь, а саме незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146 КК), захоплення заручників (ст. 147 КК), підміна дитини (ст. 148 КК), торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини (ст. 149 КК), експлуатація дітей (ст. 150 КК), використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150-1 КК), незаконне поміщення в психіатричний заклад (ст. 151 КК).

Майже всі ці діяння відрізняються одне від одного юридичними ознаками, конструкцією юридичного складу та, за деяких обставин, напрямом посягання. Ті ж із зазначених злочинів, які й мають окремі подібні ознаки, зокрема, безпосередній об'єкт (незаконне позбавлення волі, захоплення заручників), є настільки нечисленними, що поділ їх, як це роблять автори одного з вітчизняних підручників з кримінального права, на групи<sup>6</sup>, навряд чи є доцільним, адже користь від такої класифікації видається мізерною.

**Суспільна небезпека** злочинів, що розглядаються, полягає в тому, що під час їх вчинення відбувається незаконний вплив на закріплені Основним Законом України цінності, які притаманні лише людині, і втрата яких є свідченням перетворення людини на тварину або річ.

**Об'єктивна сторона** злочинів, що розгля-

<sup>5</sup> Зубкова В.И. Ответственность за преступления против личности по законодательству России. – М.: НОРМА, 2005. – С. 5.

<sup>6</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-е вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 79.

даються, представлена діями. Більше того: усі з таких злочинів за конструкцією об'єктивної сторони є формальними, тобто момент їх закінчення законодавчо пов'язаний з самим лише фактом учинення протиправного діяння. Водночас майже всі кваліфіковані види цих злочинів, за винятком підмини дитини, передбачають злочинні наслідки.

**Суб'єктом** злочинів проти волі, честі та гідності особи, за загальним правилом, може бути лише фізична осудна особа, утім, за злочин, передбачений ст. 147 КК, – яка досягла 14 років, за злочини, передбачені статтями 146, 149 КК, – яка досягла 16 років, за злочин, передбачений ст. 150 КК, – з 18 років, за злочини, передбачені статтями 148, 150-1, 151 КК, – спеціальний суб'єкт.

**З суб'єктивної сторони** всі аналізовані злочини є умисними. За виключенням діянь, передбачених статтями 146 і 151 КК, усі інші як обов'язкову ознаку передбачають одну з факультативних ознак. Захоплення заручників, торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини, експлуатація дітей, використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом передбачають мету вчинення злочину, а підміна дитини – мотив.

Безспірно, положення розділу III Особливої частини чинного КК, зважаючи на специфіку вчинюваних дій під час скоєння злочинів, ставлення потерпілого до факту вчинення злочину щодо нього та існуючої суспільної оцінки заслуговують на уточнення, адже містять низку суперечностей, зайвих узагальнень, неточностей тощо. Зокрема, неоднозначно виглядає питання щодо розуміння віку, з якого повинна наставати кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей. З огляду на проаналізовані праці, можна зауважити, що вітчизняні науковці значною мірою черговий раз віддали перевагу так званому науковому конформізму. Але чи правильною є така логіка? Навряд чи! Подивимось, з одного боку, чинний КК містить ст. 22, яка встановлює загальні засади про, зокрема, загальний вік кримінальної відповідальності; водночас, розуміючи законодавчу лексику, використану в назві статті, що розглядається, і її першій частині, можна обґрунтовано вести мову про повнолітню особу, але про це пізніше.

Певні технічні зауваження можна зробити й щодо неоднозначності деяких використовуваних у розділі термінів, які, по суті, жодним чином не диференціюються. Мова йде про законодавче запровадження термінів «малолітній» і «малолітня дитина». До чого така диференціація, якщо навіть у самій статті, де йде мова про малолітню дитину, вживається також термін «дитина», який, з огляду на контекст редакції норми, припускає

саме малолітню дитину, попри те, що ця термінологія мала б відповідати приписам СК, де говориться саме про малолітнього.

Звісно, усе це підлягає переосмисленню, корекції й виправленню, але перед нами зараз інші завдання. Перед тим, як безпосередньо перейти до розгляду юридичних складів конкретних злочинів, норми про відповідальність за які об'єднані у розділ III Особливої частини КК, вважаємо за доцільне запропонувати стислий історично-правовий екскурс.

Перші свідчення заборони діянь, що розглядаються, знаходимо у Розширеній редакції Руської Правди. Звісно, така реакція не була повною мірою виявом правового захисту людини від посягань на волю, честь та гідність, і скоріше демонструвала спробу ліквідувати свавілля і впорядкувати відносини вільної та залежної частин Київської Русі. Утім навіть під таким кутом зору встановлення заборони можна вважати елементом правового регулювання посягань на розглядувані цінності.

Так, ст. 61 Правди передбачала відповідальність за продаж закупа<sup>7</sup>. Причому, її – відповідальності – зміст полягав не лише в суворому фінансовому покаранні продавця, а й в установленні певної реституції, відповідно до якої угода про продаж визнавалася недійсною, а закуп отримував свободу від господаря, який продав його. Продаж (ст. 38) чи викрадення холопа (челяденина)<sup>8</sup> (статті 29, 38, 113), хоч й карались застосуванням щодо винного фінансових санкцій, але не через посягання на волю чи гідність. Холоп (челядинин) вважався річчю, а тому заволодіння ним становило, умовно кажучи, злочин проти власності.

Трохи розширив коло потерпілих від викрадень Устав князя Ярослава, який, як вважають історики, був доповненням до Руської Правди. Згідно зі ст. 2 цієї пам'ятки права заборонялось викрадення нареченої. З огляду на те, що Устав не зробив акцент на соціальному статусі жінки, можна припустити, що в такий спосіб було встановлено заборону саме незаконного впливу на волю людини та її гідність. Подібну логіку віддзеркалює й припис, зафіксований у п. 4 ч. 1 ст. 11 Смоленської уставної грамоти 1136 р., яким заборонялось викрадення нареченої.

Такі серйозні історичні правові акти, як Смоленська судна грамота 1397 р. в редакції 1467 р. та Новгородська судна грамота 1471 р., які в оригіналах і майже з повними текстами дійшли до наших днів, на жаль, жодних заборон явищам, що нас цікавлять, не містили.

<sup>7</sup> Мова йде про напівзалежних селян.

<sup>8</sup> Абсолютно залежний клас селян.

Чергові свідчення спроб правового врегулювання захисту людини від посягань на волю та гідність знаходимо у Статуті Литовському 1529 р. У ст. [6] 5 розділу одинадцятого Статуту записано, що християни не повинні перебувати в неволі в татар чи євреїв. Якщо ж трапилось, що татарин чи єврей купив чи взяв як застава християнина, то останнього слід звільнити. Але правила звільнення були різними. Зокрема, якщо куплена людина була продана навечно чи народилась він купленої жінки, то вона могла стати вільною лише після того, як з моменту настання свого повноліття відпрацює на господаря. Зазначеною статтею також встановлювалось, що людина передана татарину чи єврею під застава, мала відпрацювати суму цієї застави і ставала після цього вільною. Містив Статут й інші норми про захист людини від посягань на її волю, але, як і в попередніх пам'ятках права, захисту піддано було лише вільних, навіть, якщо вони самі себе продали в рабство чи їх продали через голод. Відпрацювавши, такі люди ставали вільними. Челядь під таким правовим захистом не перебувала, бо розглядалась як річ, яку могли передавати від одного іншому кілька разів. Водночас ці правила не стосувались челяді. Якщо така категорія людей придбавалась татарами чи євреями, то вона завжди залишалась поневоленою.

Отже, у черговий раз бачимо диференціацію меж захисту, які не було змінено й з прийняттям Соборного уложення 1649 р. Незважаючи на спробу захистити певну категорію людей<sup>9</sup>, поневолених татарами чи мешканцями Поволжі від продажу (ст. 97 глави XX), цей документ не наклав заборону на продаж холопів чи іновірців. Навпаки, відповідно до статей 97, 98–99 глави XX їхня купівля-продаж врегульовувалась нормативно. До того окремими нормами, зокрема ст. 19 глави XI установлювались правила оформлення купівлі жінок під час одруження. Єдиною можливою умовою отримання свободи нижчою кастою суспільства – холопами та кріпаками було звільнення їх з полону.

Гортаючи сторінки історії вітчизняного права, опиняємось на шпальтах Артикулу воїнського 1715 р., прийнятого за часів Петра Великого. Це, безспірно, визначна правова пам'ятка з огляду на різні її норми. Вона не замінила Соборного уложення 1649 р. і була чинною паралельно з ним, урегулювавши певні відносини, які не знайшли свого відбиття в Уложенні. Артикул Петра I загалом був спрямований на вирішення питань військової служби. Водночас деякі його положення віддзеркалювали й захист людини від посягань на їх волю. Так, відповідно до арт. 187 покаранню у вигляді відтину голови підлягаю будь-хто,

<sup>9</sup> Йдеться про осіб, які прийняли християнство.



якщо він викрав і продав людину. Норма не конкретизує соціальний статус потерпілого, отже, можна припустити, що ним могла бути будь-яка людина.

Серйозний прорив у юриспруденції того часу було започатковано з моменту прийняття та введення в дію Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. По суті, це був перший нормативний акт, у якому законодавець кодифікував кримінальне право. Уложення вельми громіздке за текстом, вельми складне для використання, проте ці незручності компенсуються єдністю форми та місця кримінально-правових норм. Уложення двічі було піддано змінам (у 1885 і 1903 роках), які значно модернізували першу редакцію, однак дух і напрям законодавчої думки в ньому залишився початковий.

Уложення 1845 р. містило багато норм про відповідальність за викрадення людини, її продаж чи інші угоди стосовно неї, за незаконне позбавлення волі тощо. Звісно, з огляду на ті часи, Уложення спадкувало логіку диференціації захисту людини у своїх попередників, унаслідок чого його норми по-різному реагують на того чи іншого представника класового суспільства. Так, статтями 1869-1872, 1874, 1876 (де більшим, де меншим ступенем) непрямо врегульовано питання володіння, купівлі, продажу, застави тощо кріпаків. Зрозуміло, що в цих статтях викладено склади певних злочинів, але ними, хоча й встановлено кримінальну відповідальність за вищезазначені дії, вектор репресії спрямований не на неприпустимість чи попередження вищезазначених явищ, а на неприпустимість певних порушень під час їх здійснення. Наприклад, забороняється продаж кріпака чужій особі (ст. 1876) або карається особа, яка, зокрема, купує кріпака, не маючи для цього відповідного права (ст. 1869).

Водночас достатньо в Уложенні й дійсно «захисних» положень, які, щоправда, стосуються вільних людей. Так, відповідно до статей 2025, 2027-2030 встановлено диференційовану кримінальну відповідальність за незаконне позбавлення волі, а статтями 2040, 2072, 2074 – за викрадення жінки. Статтями 1860 і 1861 уведено заборону продажу людини чи іншої її передачі, а також торгівлі африканськими неграми. Що ж до статей 1857 і 1858, то ними встановлюються приписи про покарання фактів викрадення малюків як з метою приховати їх походження, так і без такої мети. Зазначені норми певною мірою віддзеркалюють прагнення криміналізації фактів підміни дитини.

Наступна редакція Уложення значно скоротила його текст і зміст. Вона врахувала не тільки наслідки Селянської реформи 1861 р., скасувавши норми про кріпацтво, а й буржуазні віяння

Заходу, вивівши в такий спосіб правовий захист людини на новий, хоч і класовий, абсолютний рівень. Утім, більш менш сучасного вигляду за формою і змістом Уложення набуло лише після кримінально-правової реформи 1903 р. Її наслідком стала остання, третя редакція Уложення. Норми Уложення 1903 р., на відміну від попередників, у майже сучасній манері відтворили заборону діянь, що становлять собою посягання на волю, честь і гідність людини.

Отже, статтями 498-499 передбачено основні та кваліфіковані види незаконного позбавлення волі з уведенням як ознаки терміну утримання потерпілого. Уперше за всю попередню історію вітчизняного права встановлено відповідальність за позбавлення волі психічно здорової людини в лікарні для психічно хворих осіб (на зразок сучасної ст. 151 КК). Більш технічно та юридично грамотно оформлено заборону продажу та передачі в рабство (п. 1 ст. 501), а також заборони торгівлі неграми (п. 2 ст. 501). На відміну від редакцій 1845 і 1885 років, диференційовано незаконні дії з приводу дитини. У новій редакції законодавець уперше відмежував викрадення та приховування дитини (п. 1 ст. 502) від підміни дитини (п. 2 ст. 502), а також уперше запровадив заборону використання дитини для жебрацтва (ч. 2 ст. 502). Варто однак, зазначити, що така заборона передбачена лише, якщо дитину викрали, приховали чи підмінили, але це значне досягнення кримінального права того часу. Не обійшло стороною Уложення й факти викрадення жінки. Причому тут державна реакція також розподілилась залежно від віку (14-16, 16-21) та згоди (незгоди) потерпілої (п.п. 1-3 ст. 505), так і мети одруження (ст. 506). Цікавим можна вважати й норму про насильницьке примушування батьками чи опікунами потерпілого до чогось, що порушує права останнього (ст. 507). Певною мірою тут можна побачити спробу законодавця встановити відповідальність за експлуатацію дитини. Хоча й не менш цікавими виглядають норми про заборону експлуатації жінки в сексуальній сфері (статті 526-528), але вони лише частково відтворюють сучасні аналоги, передбачені в статтях 149 і 303 КК.

Водночас не лише вітчизняне законодавство можна вважати інструментом суспільного захисту людини протягом її історичної еволюції. Міжнародні норми, на нашу думку, відіграли в цьому напрямі не менш важливу роль. Напевно, саме завдяки напрацюванням на позадержавному рівні наприкінці XIX – початку XX сторіч вельми стрімко еволюціонувало внутрішнє право. І хоч міжнародні акти не мають такої старої історії, як право вітчизняне, їх ігнорування було б не зовсім справедливим.

Одними з перших документів, які були досягнуті з приводу подолання явищ, що посягають на волю та гідність людини, можна назвати висновки двох міжнародних конгресів, а саме: Віденського (1814–1815 рр.), зокрема, про створення Комітету з питань міжнародної торгівлі рабами та Аахенського (1819 р.), на якому було досягнуто домовленості про зупинку торгівлю чорними рабами. У 1840 р. угоду про заборону торгівлі невольниками підписали Великобританія та Венесуела. А в 1841 р. вже п'ять країн (Англія, Росія, Франція, Пруссія та Австрія) домовились про заборону работоргівлі. Російська Імперія була одним з активних учасників майже всіх зазначених міжнародних заходів, і їх висновки згодом знайшли своє відбиття на шпальтах Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. Значним етапом на шляху ліквідації работоргівлі стала Берлінська конференція, що відбулась 28 лютого 1885 року, на якій було підписано Генеральний акт про Конго й установлено заборону використання басейну однойменної річки як ринку рабів.

Водночас у світі розпочалась боротьба з «білим рабством». Так, у 1899 р. в Лондоні відбулась Міжнародна конференція по боротьбі з торгівлею людьми з метою розпусти, на якій держави-учасниці звернулись до всіх країн укласти угоди про заборону цього явища й створити комітети з контролю за таким рабством. Усе це стало поштовхом до того, що 18 травня 1904 року держави, в т.ч. й Росія, підписали в Парижі Міжнародну угоду про боротьбу з торгівлею білими рабіннями. Мова, по суті, йшла про ескалацію міжнародної проституції, про те, що жінок вивозять з Європи та використовують як повій. Тобто це було рабство не в класичному його вигляді. Пізніше, а саме 4 травня 1910 року в тому же Парижі держави підписали вже Міжнародну конвенцію про боротьбу з торгівлею білими рабіннями.

Зростаюча активність міжнародної протидії «білому рабству» в умовах еволюції суспільних поглядів на належний правовий захист жінки й дитини призвели до того, що 30 вересня 1921 року в Женеві держави домовились про неприпустимість торгівлі жінками й дітьми, а в подальшому це стало поштовхом до підписання 11 жовтня 1933 року Міжнародної конвенції про боротьбу з повнолітніми жінками. В обох згаданих конвенціях держави розширили спектр необхідних дій з приводу ліквідації зазначених явищ. Так, на шпальтах Конвенції 1921 р. було вирішено розшукувати й карати осіб, що займаються білим рабством, а також тих, хто вчиняє замах на ці дії. Сторони також домовились про видачу злочинців, створення відповідних регламентів для захисту жінок і дітей на бортах кораблів, що

перевозять мігрантів, опублікування на вокзалах і в портах відповідних оголошень про небезпеку торгівлі білими рабами та місця можливої допомоги. Щодо Конвенції 1933 р., то на її шпальтах держави, зокрема, диференціювали конкретні дії, які вони вважали такими, що відтворюють торгівлю білими рабами, визнавши, що «покаранню має бути підданий кожний, хто для задоволення пристрасті іншого схилив, втягнув чи спокусив жінку, або повнолітню дівку, навіть за її згодою для розпусти за кордоном, навіть якщо окремі дії цієї злочинної дії були вчинені в різних країнах» (ч. 1 ст. 1). Сторони, що підписали цю Конвенцію, також домовились: а) обмінюватись судовими рішеннями з приводу торгівлі білими рабами з повною інформацією про злочинців; б) обмінюватись інформацією про вжиті заходи, наприклад, про відмову в допуску до країни чи вигнання.

З кожним роком така плідна праця лише набирала обертів. Зважаючи на зростаючу активність експлуатації жінок у проституції, про торгівлю білими рабами все більше й більше стали говорити як про вивезення жінки чи дитини в іншу країну для їхньої експлуатації з метою проституції. Що ж до правової реакції стосовно фактів купівлі-продажу людини чи інших дій з приводу передачі-придбання останньої, то вони чомусь замовчувались. Це призвело до того, що в 1949 р. держави вже під егідою Організації Об'єднаних Націй<sup>10</sup> ухвалили підписання Конвенції про боротьбу з торгівлею людьми та експлуатацією проституції третіми особами. Конвенцією вирішено було встановити заборону: а) звідництва, схиляння чи розбещення з метою проституції іншої особи навіть за її згоди (п. 1 ст. 1); б) експлуатації проституції іншої особи, навіть за її згоди (п. 2 ст. 1); в) утримання дому розпусти, чи управління ним, чи усвідомленого фінансування або участі у фінансуванні такого дому (п. 1 ст. 2); г) передачі або отримання в оренду дому чи іншого місця, або його частини за умов, якщо такі місця будуть використані з метою проституції третіми особами (п. 2 ст. 2). Крім цього, Сторони домовились інформувати одна одну про такі злочини й злочинців (ст. 15), про видачу злочинців (ст. 8), про заборону реєстрації осіб, які займаються проституцією (ст. 6), про створення відповідних органів для координації розслідувань (ст. 14), про захист жертв торгівлі, про оповіщення населення щодо небезпеки торгівлі людьми, про заходи спостереження за залізничними вокзалами та станціями, морськими та аеропортами (ст. 17) тощо.

Держави вважали, що існуючих документів для боротьби з зазначеним явищем недостатньо,

<sup>10</sup> До цього була Ліга Націй.

а тому сподівались, що цим документом не тільки уніфікують усі попередні міжнародні акти з цього приводу, а й розширяють перелік суспільно небезпечних дій і заходів протидії з ними. Натомість, сталося як у відомій приказці: хотіли як краще, але вийшло як завжди. Адже попри дійсно серйозний зміст Конвенції, кампанія проти торгівлі людьми перетворилася на протидію експлуатації міжнародної і внутрішньої проституції. Вектор боротьби власне з торгівлею людьми (купівлею, продажем) й іншими угодами з приводу передачі чи отримання людини (передача в оренду, найм, під заставу тощо) було спрямовано в бік заборони використання людини для проституції під різними кутами.

Можна, звісно, припустити, що купівлю, продаж та інші угоди щодо передачі людини держави вирішили заборонити Конвенцією про рабство від 25 вересня 1926 року, яку було підписано в Женеві. Утім, під міжнародний захист цього документа було вирішено передати саме тих потерпілих, які мали особливий статус – «раб». І хоч визначення цього статусу в Конвенції було об'ємним, продаж чи купівля вільної людини не підпадали під дію цього документа. Навіть Додаткова конвенція про скасування рабства, работоргівлі, а також інститутів і звичаїв, подібних до рабства, від 7 вересня 1956 року не вирішила цього питання, хоч й заборонила низку діянь, які під тим чи іншим кутом зору відтворюють елементи торгівлі людьми. Так, міжнародне табу було накладене на боргову кабалу (п. «а» ч. 1 ст. 1), на кріпосний стан (п. «b» ч. 1 ст. 1), на будь-який інститут чи звичай, у силу якого жінка є предметом угод, у т.ч. оплатних (п. «с» ч. 1 ст. 1), на оплатну чи безоплатну передачу батьками чи опікунами дитини для експлуатації останньої або її праці (п. «d» ч. 1 ст. 1), на торгівлю рабами та їх перевезення (ст. 3), звернення в рабство чи підневільний стан або схияння до цього (ст. 6). Разом з тим поза межами охорони залишилась значна категорія потерпілих (вільних чоловіків; жінок, якщо мета їх передачі або придбання не становила примусового одруження, або якщо такі дії вчинялись третіми особами; дітей, якщо мета їх передачі чи придбання була іншою, ніж експлуатація).

Водночас Конвенцією про рабство 1926 р. вперше в історії на міжнародному рівні було започатковано рішучий намір протидіяти примусовій праці, а Додатковою конвенцією про скасування рабства 1956 року уперше було визначено зміст понять «рабство», «работоргівля», «примусова праця», а також уперше сформульовано інститути та звичаї, існування яких відтворює значний перелік незаконних угод щодо людини.

Говорячи про міжнародні документи щодо

скасування примусової праці, не можна не відзначити акти Міжнародної організації праці, а саме: Конвенцію про примусову працю від 28 червня 1930 року й Конвенцію про скасування примусової праці 1957 р. Ними було визначено зміст і умови використання примусової й обов'язкової праці (ч. 1 ст. 19, ст. 23 Конвенції 1930 р.), диференційовано правила використання примусової праці (статті 16-17 Конвенції 1930 р.), а також піддано скасуванню ті її форми, які порушують права людини й негативно впливають на волю та людську гідність (ч. 1 ст. 18, статті 20-21 Конвенції 1930 р., ст. 1 Конвенції 1957 р.). Не зайвим буде й вказівка на певні правила використання праці дитини, хоч і не під кутом зору примусу, але в контексті, що нас цікавить<sup>11</sup>, встановлені Конвенцією про мінімальний вік допуску дітей на роботу в сільському господарстві від 25 жовтня 1921 року (статті 1-2).

З роками міжнародно-правовий інструментарій стосовно протидії тим чи іншим проявам торгівлі людьми, рабства, примусової праці, порушень прав дитини, захоплення заручників тощо значно збагатився. Його поповнили такі документи: Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 року (ст. 6); Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 року (статті 11, 34, 36, п. «b» ч. 1 ст. 37); Протокол про запобігання і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покаранні за неї від 15 листопада 2000 року, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності, яким було сформульовано не тільки визначення торгівлі людьми (ст. 3), котре з незначними поправками імплементоване в чинне кримінальне законодавство України, але й визначено напрями, способи та засоби протидії цьому явищу (статті 2, 4-5), умови та правила захисту жертв цього злочину (статті 6-8), співробітництво країн з попередження та запобігання білому рабству (ст. 9) тощо; Конвенція про боротьбу із захопленням заручників від 17 грудня 1979 року; численні Резолюції Генеральної Асамблеї ООН (48/156 від 20 грудня 1993 року, № 49/166 від 23 грудня 1994 року, № 50/153 від 21 грудня 1995 року, № 50/167 від 22 грудня 1995 року, № 51/77 від 12 грудня 1996 року, № 51/166 від 12 грудня 1996 року, № 52/98 від 12 грудня 1997 року, № 53/111 від 9 грудня 1998 року, № 53/116 від 9 грудня 1998 року, № 53/128 від 9 грудня 1998 року, № 54/149 від 17 грудня 1999 року, № 55/67 від 4 грудня 2000 року, № 55/79 від 4 грудня 2000 року, № 57/176 від 18 грудня 2002 року, № 57/189 від 18 грудня 2002 року, № 55/190 від 18 грудня 2002 року, № 58/137 від 22

<sup>11</sup> Мова йде про захист дитини від експлуатації.



грудня 2003 року, № 58/156 від 22 грудня 2003 року, № 58/157 від 22 грудня 2003 року тощо), Економічної і Соціальної Ради ООН (№ 26 від 24 липня 1996 року, № 20 від 28 липня 1998 року, № 20 від 10 травня 2000 року, № 14 від 24 липня 2002 року, № 20 від 22 липня 2003 року, № 23 від 21 липня 2004 року, № 24 від 30 липня 2009 року тощо), Ради Безпеки ООН (№ 1379 від 20 листопада 2001 року, № 1539 від 22 квітня 2004 року тощо), Ради Європи (№ R (91)11 від 9 вересня 1991 року, № R (2000)11 від 9 вересня 1991 року тощо), ОБСЄ (від 10 липня 2001 року б/н, від 10 липня 2002 року, від 9 липня 2003 року, від 9 липня 2004 року тощо).

Утім, реальні механізми боротьби зі злочинами проти волі, честі та гідності людини передбачені саме в національному законодавстві, яке в Україні, як зазначалось вище, представлене чинним Кримінальним кодексом.

## 5.2. Кримінально-правова характеристика окремих злочинів проти волі, честі та гідності особи

**Незаконне позбавлення волі або викрадення людини** (ст. 146 КК). Стаття, що розглядається, містить, зокрема, два основні юридичні склади, а саме: юридичний склад незаконного позбавлення волі й юридичний склад викрадення людини. З огляду на юридичну природу дій, які наповнюють кримінально-правовим змістом кожен із зазначених складів, можна говорити про неоднозначність об'єктів посягання в обох таких випадках.

Основним **безпосереднім об'єктом** незаконного позбавлення волі є *воля людини*.

Основним **безпосереднім об'єктом** викрадення людини є *воля людини та її гідність*.

Така логіка має відповідне обґрунтування. Проілюструємо. Під час незаконного позбавлення волі злочинець чинить протиправний вплив саме на здатність потерпілого діяти певним чином на власний розсуд. У процесі ж викрадення людини не тільки воля як здатність діяти певним чином на власний розсуд, а й гідність як внутрішня (власна), так і зовнішня (суспільна) оцінка сутності людської істоти стають об'єктами незаконного посягання, адже потерпілий у такому випадку не тільки позбавляється здатності діяти певним чином на власний розсуд; він ще й перетворюється на предмет, який, попри притаманну людині природну ціннісну характеристику, набуває ознак речі.

Додатковий безпосередній об'єкт злочину в обох наведених випадках відсутній. Варто однак

виокремити факультативний об'єкт кримінально-правової охорони під час вчинення злочинів, що розглядаються. Ним можуть бути здоров'я (за певних умов, коли йдеться про кваліфікований і особливо кваліфікований склади) або життя (за певних умов, коли йдеться про особливо кваліфікований склад) потерпілого.

Дещо по-іншому визначає основний безпосередній об'єкт аналізованих злочинів М.І. Хавронюк<sup>12</sup>. На його думку, таким об'єктом є воля, честь і гідність потерпілого. Вважаємо, що така точка зору є занадто узагальненою. Звісно, наявність незаконного впливу на честь потерпілого в таких злочинах не виключається, хоча часом і він є ефемерним (зокрема, коли мова йде про злочин щодо занепакої людини, честь якої є нівельованою вже самим фактом перебування останньої в такому стані), що навряд чи заслуговує на увагу при визначенні основного безпосереднього об'єкта злочину.

**Суспільна небезпека** незаконного позбавлення волі полягає в порушенні права людини на особисту волю (у вигляді особистої свободи), непопушність якого закріплено Конституцією України.

**Суспільна небезпека** викрадення людини полягає не тільки в тому, що під час вчинення такого злочину відбувається протиправний вплив на волю людини, а й в тому, що в такому випадку виявляється неповага до людської гідності. Людину викрадають як річ, тобто відбувається злочинне обернення людської істоти на звичайний матеріальний об'єкт, на річ.

**Об'єктивна сторона** злочинів, що розглядаються, полягає в діях з приводу часткового обмеження чи повної ліквідації здатності діяти певним чином на власний розсуд (рухатись певною територією, здійснювати зустрічі, відвідувати певні об'єкти тощо). Різниця лише в тому, що під час незаконного позбавлення волі потерпілий не вилучається злочинцем з місця останнього перебування, залишаючись заблокованим межами певної території (замкнення, зв'язування, використання медичних чи наркотичних препаратів, які унеможливають рухові здатності людини, тощо). А під час викрадення людини остання спочатку вилучається з місця перебування, а потім позбавляється волі на період перебування у викрадача. Причому це не означає, що потерпілий повинен знаходитись поряд з викрадачем, наприклад, у нього вдома чи на дачі. Потерпілого можуть утримувати в будь-яких законспірованих місцях. Головним критерієм розуміння факту викрадення є те, що потерпілий перебуває під контролем викрадача, тобто місце знаходження

<sup>12</sup> Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Украины / Под. ред. Н.И. Мельника, Н.И. Хавронюка. – 8-е изд., перераб. и доп. – Х.: Фактор, 2011. – С. 351.

(утримання) потерпілого, так само як і будь-яка поведінка потерпілого в цьому місці, контролюються викрадачем.

*Незаконність* в цьому випадку обумовлюється відсутністю у злочинця відповідних законних підстав на утримання потерпілого в певному місці. Винний діє протиправно, переступаючи конституційний припис про право кожного на особисту свободу.

Місце не є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони незаконного позбавлення волі, адже для кваліфікації не має жодного значення територія перебування потерпілого. Важливим залишається лише сама дія у вигляді утримування останнього в певному місці; при цьому не важливо, чи встановлено контроль або спостереження за його перебуванням.

Для основного складу злочину не є важливим і спосіб незаконного позбавлення волі, якщо дії, які його характеризують, не містять складу іншого злочину, наприклад, застосування життєво небезпечного наркотичного засобу для нейтралізації рухової активності потерпілого. Це стосується й викрадення людини. Не має значення, таємно чи відкрито вилучався потерпілий. Однак якщо мало місце застосування насильства, котре відповідно до чинного КК заслуговує на самостійну кримінально-правову оцінку, вчинене слід кваліфікувати за сукупністю відповідних частин ст. 146 і статей КК про злочини проти життя чи здоров'я.

Зважаючи на те, що за конструкцією об'єктивної сторони аналізований злочин є формальним, момент його закінчення слід пов'язувати з вчиненням одного з двох діянь, а саме: а) незаконного утримання людини (стосується незаконного позбавлення волі); б) вилучення потерпілого (стосується викрадення людини).

Виходячи з того, що викрадення людини за своєю юридичною природою передбачає подальше незаконне утримання потерпілого, тобто унеможливає реалізацію права діяти певним чином на власний розсуд останнім, необхідності в додатковій кваліфікації за незаконне позбавлення волі немає.

**Суб'єкт** злочину – загальний. Ним може бути будь-яка фізична осудна особа, якій на момент вчинення одного із зазначених злочинів виповнилось 16 років. Вчинення такого злочину службовою особою передбачає кваліфікацію за відповідними статтями Особливої частини КК про злочини в сфері службової діяльності чи проти правосуддя, чи проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини).

**Суб'єктивна сторона** незаконного позбавлення волі, так само, як і викрадення людини, характеризується умислом. При цьому ставлення

винного до наслідків може бути лише необережним.

**Кваліфіковані види** незаконного позбавлення волі й викрадення людини передбачені ч. 2 ст. 146 КК. Це вчинення зазначених злочинів або щодо малолітнього, або з корисливих мотивів, або щодо двох чи більше осіб, або за попередньою мовою групою осіб, або способом, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або якщо воно супроводжувалось заподіянням потерпілому фізичних страждань, або із застосуванням зброї, або якщо воно здійснювалось протягом тривалого часу, або ж з поєднанням двох чи більше з зазначених ознак.

*Малолітнім* є така фізична особа, якій не виповнилось 14 років (ч. 2 ст. 6 СК)<sup>13</sup>.

Під *корисливим мотивом* слід розуміти бажання злочинця отримати винагороду в будь-якій товарній чи грошовій формі чи права на неї, або ж прагнення позбавитись будь-який товарних чи грошових зобов'язань.

Під *двома чи більше особами* слід розуміти двох або більше потерпілих (фізичних осіб), причому для кваліфікації не має значення їх вік.

Під *групою осіб за попередньою змовою* слід розуміти двох або більше виконавців злочину.

Під *способом, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого*, слід розуміти використання предметів чи речовин, а також фізичної сили, які становлять небезпеку життю чи здоров'ю потерпілого, або погрози їх використання, причому як одного, так і кількох з зазначених елементів (це може бути побиття потерпілого, в т.ч. з завданням останньому легких чи середньої тяжкості тілесних ушкоджень, уведення йому наркотичних чи медичних препаратів, що позбавляють можливості рухатись і є потенційно небезпечними для життя чи здоров'я людини з огляду на їх хімічний склад, використання струму високої напруги тощо). Важливим тут є те, що такий спосіб не повинен бути проявом тяжких тілесних ушкоджень чи заподіяння смерті потерпілому. Однак погрозу застосування такого насильства це не виключає.

Під *заподіянням потерпілому фізичних страждань* слід розуміти такі дії, що не становили тілесних ушкоджень чи побиття, але призвели до усвідомлення останнім певних ступенів болю на рівні мучення. Це, зокрема, тривале утриман-

<sup>13</sup> У юридичній літературі висувається обґрунтована пропозиція вказати у ч. 2 ст. 146 КК на викрадення не малолітнього, а неповнолітнього (Володіна О.О. Щодо вдосконалення законодавства про кримінальну відповідальність за викрадення людини // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 359-362).

ня потерпілого зв'язаним чи нетривале, але міцне зв'язування останнього, тривале використання наручників або інших предметів чи речовин, що викликають сильний фізичний біль.

Під *застосуванням зброї* слід розуміти використання під час вчинення дій, передбачених ч. 1 ст. 146 КК, будь-якої холодної чи придатної до здійснення пострілу вогнепальної зброї. Причому зброя може застосовуватись як безпосередньо щодо потерпілого, також це може бути демонстрація можливості її застосування.

Крім цього, зважаючи на те, що ознака «застосування зброї» у контексті аналізованої статті законодавчо не конкретизована, вважаємо за можливе застосувати поширювальне її тлумачення, віднісши до неї й бойові припаси та вибухові пристрої, які здатні до вибуху без додаткового обладнання. Видається обґрунтованим припущення, що мотив запровадження розглядуваної ознаки полягав не в тому, щоб підкреслити факт застосування зброї в буквальному її розумінні, а в тому, щоб показати підвищений ступінь суспільної небезпечності озброєності злочинця в принципі. Аргументом на користь такої логіки може бути юридичний аналіз зазначеного мотиву. Мова йде про доцільність її призначення в рамках статті, що розглядається. Можна припустити, і на це є підстави, що законодавець у такий спосіб хотів підкреслити, що застосування додаткових предметів, що полегшують вчинення злочину, є характеристикою більшої суспільної небезпечності діяння. А для опису таких предметів використав термін «зброя». Але ж, як маємо розуміти, й звичайна палиця є додатковим знаряддям, утім, палиця сама по собі не є суспільно небезпечною, тому включати її до зброї тут немає сенсу та й підстав. Як видається, доцільним у цьому випадку буде висновок про використання будь-яких предметів чи механізмів, які не перебувають у вільному обігу, і водночас лише тих, які здатні самі по собі спричинити шкоду (вогнепальна зброя, холодна зброя, граната, саморобна вибухівка тощо). З іншого боку, не можна відносити до цієї ознаки використання предметів «пасивної дії» (патронів, тротилу тощо) через нездатність останніх без додаткових пристроїв (пістолету, детонатору тощо) чинити шкоду людині.

Під *тривалим часом*, на нашу думку, доцільно розуміти термін – понад 3 дні. Саме через три дні відсутності людини оголошується її розшук, що вимагає здійснення відповідних заходів від правоохоронних структур (а це обтяжує характер діяння, адже інтенсивність заходів, що застосовуються збільшується). Водночас саме цей термін характеризує момент часу, коли вельми вірогідними є певні розлади психіки потерпілого

(зокрема, Стокгольмський синдром)<sup>14</sup>. До того ж саме понад три дні значно ускладнюється перебування середньостатистичної людини без води.

Певною мірою на користь нашої аргументації говоритиме й досвід деяких зарубіжних країн, зокрема Іспанії, законодавець якої дійшов висновку, що звільнення раніше позбавленого волі потерпілого в термін до трьох днів його утримання є пом'якшуючою обставиною й передбачив за такі дії покарання на один ступінь нижчий<sup>15</sup>.

Щоправда, як вже зазначалось нами в літературі, якщо застосування цієї ознаки щодо незаконного позбавлення волі є зрозумілим, то можливість її узгодження з таким злочином, як викрадення людини, навіть теоретично виглядає абсурдним. Адже незрозуміло, як можна здійснювати викрадення людини протягом тривалого часу<sup>16</sup>.

**Особливо кваліфіковані види** злочинів, що розглядаються, вписані в ч. 3 ст. 146 КК. До них відносяться дії, передбачені ч.ч. 1 та 2 цієї статті, вчинені організованою групою, або (та) якщо вони спричинили тяжкі наслідки.

Під *організованою групою* слід розуміти таку форму спільного вчинення злочину, яка законодавчо описана в ч. 3 ст. 28 КК.

Під *тяжкими наслідками* слід розуміти смерть потерпілого, тяжкі тілесні ушкодження, зараження смертельно небезпечною хворобою тощо.

**Захоплення заручників** (ст. 147 КК). Захоплення заручників – це варварство цивілізації, – пишуть відомі російські дослідники<sup>17</sup>. Основним **безпосереднім об'єктом** захоплення заручників є *воля людини*. Додатковим безпосереднім об'єктом цього злочину є громадська безпека. Можна також говорити про факультативний об'єкт кримінально-правової охорони, яким у цьому випадку можуть бути здоров'я або (та) життя людини. Однак про такий об'єкт можна говорити лише за певних умов, коли йдеться про кваліфікований склад злочину.

У літературі зустрічаються й інші підходи щодо визначення безпосереднього об'єкта захоплення заручника. Зокрема, А.С. Політова

<sup>14</sup> Курт Бартол. Психологія кримінального поведіння. – СПб.: «Прайм-Евронек», 2004. – С. 289.

<sup>15</sup> Уголовный кодекс Испании. – М.: Издательство «Зерцало», 1998. – С. 57.

<sup>16</sup> Лизогуб Я.Г. Незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146 КК України): деякі проблеми кваліфікованого складу // Право України. – 2008. – № 10. – С. 128.

<sup>17</sup> Овчинникова Г.В., Павлик М.Ю., Коршунова О.Н. Захват заложника. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – С. 47.



вважає таким об'єктом громадську безпеку<sup>18</sup>. З огляду на зміст теорії спричинення шкоди, а також логіку криміналізації діянь, така думка напевно чи може бути прийнята, адже громадській безпеці під час вчинення захоплення заручника шкода спричиняється не завжди. У деяких випадках, зокрема, коли винний захопив потерпілого з метою адресувати в подальшому свою вимогу відповідному адресатові, але не встиг її висловити, така шкода може бути лише в майбутньому (тобто мова йде лише про загрозу спричинення шкоди). Цього не скажеш про шкоду свободі захопленого. Зрозуміло, що шкода існує завжди і є реальною, відтак саме вона має визначати зміст безпосереднього об'єкта досліджуваного злочину.

**Суспільна небезпека** злочину полягає в протиправному посяганні на волю людини у вигляді права людини на особисту свободу, непопущність якого закріплено Конституцією України.

**Об'єктивна сторона** злочину складається з двох самостійних форм, а саме: а) захоплення особи як заручника; б) тримання особи як заручника.

З огляду на зміст диспозиції ч. 1 аналізованої статті КК, можна зазначити, що під *заручником* слід розуміти особу, яку захопили чи утримують з метою спонукання її родичів, державної або іншої установи, підприємства чи організації, фізичної або службової особи до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника. Потерпілим від цього злочину може бути фізична особа будь-якого віку чи статі. Якщо як заручника захопили працівника влади чи працівника правоохоронного органу, вчинене підлягає кваліфікації за ст. 349 КК.

Під *захопленням* слід розуміти насильницьке, іноді шляхом нападу, встановлення безпосереднього контролю над потерпілим у частині обмеження чи повної ліквідації його можливості діяти певним чином на власний розсуд<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Політова А.С. Кримінально-правова характеристика злочинів проти свободи особи за законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 10.

<sup>19</sup> Прибійниками більш широкого розуміння поняття «захоплення» у ст. 147 і ст. 349 КК виступають І. Давидович і В. Онопенко. На їх думку, під захопленням особи як заручника треба розуміти протиправне посягання на фізичну особу та її особисту недоторканність з тим, щоб використати людину як засіб впливу на вказаних у законі адресатів. Як правило, захоплення особи полягає у вилученні її з місця перебування та наступному поміщенні в обмежений простір (будь-яке приміщення, транспортний засіб тощо), тобто у викраденні людини. Таке викрадення може бути відкритим або таємним, із застосуванням фізичної сили або психічного впливу на потерпілого або без такого застосування. Захоплення може бути вчинене також шляхом обману або зловживання довірою потерпілого, коли останній добровільно передає себе до рук злочинця, не усвідомлюючи до певного моменту факту захоплення. Захоплення можливе і у випадках, коли

Під *триманням* слід розуміти насильницьке встановлення контролю над перебуванням потерпілого на певній території протягом певного часу<sup>20</sup>.

Злочин в обох формах є закінченим з моменту фактичного захоплення потерпілого за умов, що таке діяння було вчинене зі спеціальною метою – спонукання родичів затриманого, або державної чи іншої установи, підприємства чи організації, фізичної або службової особи до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника. У випадку, якщо потерпілого було захоплено з іншою метою, наприклад, для з'ясування, а потім у винного виникає мета спонукання, такі дії слід кваліфікувати як викрадення чи незаконне позбавлення волі (залежно від фактичних обставин захоплення) і додатково як захоплення заручника.

Водночас у літературі зустрічаються й інші підходи до визначення моменту закінчення захоплення заручників. Так, російські дослідники Г.В. Овчинникова, М.Ю. Павлік і О.Н. Коршунова вважають, що захоплення заручника є закінченим лише в момент вчинення трьох дій: захоплення, утримання і вимоги відповідному адресату<sup>21</sup>. Зазначена логіка, з огляду на теорію кримінального права, виглядає хибною. Вимога в цьому випадку є характеристикою мети, а тому не може віддзеркалювати елементи діяння, адже це різні ознаки будь-якого юридичного складу злочину. Вона в аналізованій нормі КК зазначена лише для того, щоб детермінувати цей злочин як такий, що відрізняється, зокрема, від викрадення людини. Така вимога взагалі може бути не висунутою. Достатньо лише того, що людину захоплювали чи утримували з такою метою. Це, як і у випадку з розбійним нападом, коли злочин є закінченим вже в момент самого нападу, і не важливо, чи досяг винний мети заволодіння майном.

потерпілий з будь-яких причин (хворобливий стан, втрата свідомості, вік) не усвідомлює характеру вчинюваних з ним дій (Давидович І., Онопенко В. Захоплення заручників: проблеми визначення об'єктивної сторони та співвідношення з іншими посяганнями // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 6. – С. 128).

<sup>20</sup> «...тримання особи як заручника не повинно обов'язково пов'язуватись із перебуванням потерпілого у певному, визначеному винним місці. Наприклад, до тіла захопленої людини прикріплюється вибуховий пристрій, який спрацює за сигналом злочинця у разі невиконання його вимог... основним для оцінки дій суб'єкта як тримання заручника в даному випадку є той факт, що він у результаті вчинених дій отримав реальну можливість визначати долю потерпілого і тим самим використовувати його як засіб впливу на визначених у законі адресатів» (Давидович І., Онопенко В. Захоплення заручників: проблеми визначення об'єктивної сторони та співвідношення з іншими посяганнями // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 6. – С. 129).

<sup>21</sup> Овчинникова Г.В., Павлік М.Ю., Коршунова О.Н. Захват заложника. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – С. 47.

Головне, щоб таку мету він переслідував.

**Суб'єктом** злочину є фізична осудна особа, якій на момент вчинення злочину виповнилось 14 років.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Ставлення винного до наслідків може бути лише необережним.

Юридичний склад злочину, що розглядається, як обов'язкову ознаку передбачає мету, якою є спонукання родичів потерпілого, державної або іншої установи, підприємства чи організації, фізичної або службової особи до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника. Безспірно, зазначений перелік є альтернативним. Вимоги винного можуть бути спрямовані або в бік одного, або в бік декількох з таких адресатів. Для кваліфікації це не є важливим. Так само не є важливим для кваліфікації зміст вимог винного, якщо тільки така вимога не містить складу іншого злочину, зокрема, умисного вбивства. У такому випадку дії винного не охоплюються ст. 147 КК і підлягають додатковій кваліфікації за ч. 4 ст. 27 і відповідною частиною ст. 115 КК.

З огляду на те, що кримінальний закон в контексті статті, що розглядається, термін «родичі» не звузив до терміну «близькі родичі», яким оперує кримінально-процесуальне та інше законодавство України, під *родичами* в ст. 147 КК слід розуміти будь-яких осіб, які перебувають у родинних стосунках із потерпілим, а саме: батька, мати, сестру та брата (причому як повнорідних, так і неповнорідних), діда, бабу, племінника, племінницю, рідну тітку, рідного дядька, прадіда, прабабу, мачуху тощо.

Під *фізичною особою* слід розуміти будь-яку людину.

Під *службовою особою* слід розуміти особу, визначення якої законодавчо викладене в ч.ч. 3 і 4 ст. 18 КК. Водночас використання в диспозиції норми, що розглядається, словосполучень «фізична особа» і «службова особа» є нелогічним, бо породжує певний конфлікт, зміст якого полягає в тому, що диференціюються поняття, котрі співвідносяться як рід та вид. Беручи до уваги, що наявна законодавча диференціація цих понять не впливає на кримінально-правову оцінку злочину, передбаченого ч. 1 ст. 147 КК, у вживанні цих понять разом сенсу немає. Замість слів «фізичної особи» та «службової особи» шляхом лексичного скорочення достатньо було б обмежитись вживанням словосполучення «іншої особи», яке в цьому випадку є функціонально рівнозначним і узагальнюючим щодо обох попередніх словосполучень і, що головне, здатне повною мірою охоплювати зміст того, що хотів сказати законодавець. Отже, використання українським зако-

нодавцем пропонованого підходу певною мірою покращило б структурну послідовність втіленої в диспозиції норми КК думки<sup>22</sup>.

**Кваліфіковані види** захоплення заручників передбачені ч. 2 ст. 147 КК. Це вчинення зазначених злочинів або щодо неповнолітнього, або організованою групою, або були поєднані зі знищенням людей, або якщо вони спричинили настання тяжких наслідків, або ж з поєднанням двох чи більше з зазначених ознак.

Під *неповнолітнім* слід розуміти таку фізичну особу, якій на момент вчинення стосовно неї злочину, що розглядається, виповнилось 14 років, але не виповнилось 18 років (ч. 3 ст. 6 СК).

Під *погрозою знищення людей* слід, очевидно, розуміти погрозу знищення якнайменше однієї людини, тобто мова йде про погрозу винного позбавити життя одного або більше потерпілих.

Під *тяжкими наслідками* слід розуміти смерть потерпілого, тяжкі тілесні ушкодження, значні порушення роботи підприємств, установ чи організацій, міждержавні чи міжнародні загрошення тощо.

Умисне вбивство особи, яку захопили або тримають як заручника, вчинене у зв'язку з такими діями, диспозицією ст. 147 КК не охоплюється і потребує додаткової кваліфікації за п. 3 ч. 2 ст. 115 КК.

**Підміна дитини** (ст. 148 КК). Основним **безпосереднім об'єктом** цього злочину є *воля людини*. Під *дитиною* в цій статті слід розуміти будь-яку фізичну особу, якій на момент вчинення щодо неї злочину не виповнилось 18 років. Важливим є те, що дитина має бути чужою для злочинця, тобто не повинна перебувати в будь-яких стосунках, визначених СК, з винним.

**Суспільна небезпека** злочину полягає в протиправному посяганні на свободу людини бути народженою й вихованою у власній родині. Така свобода є частиною закріпленої Конституцією права людини на особисту свободу.

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується діями у вигляді здійснення незаконної зміни батьків дитини на осіб, які не є такими.

Злочин є закінченим з моменту незаконної зміни батьківства дитини. Причому для визначення моменту закінчення підміни дитини важливим є саме фактична передача дитини від одних батьків (законних) до інших (незаконних). Тобто недостатньо того, щоб така підміна відбулась на папері, який встановлює факт народження дитини саме від конкретних батьків, зокрема, шляхом унесення відповідних змін до первинних

<sup>22</sup> Лизогуб Я.Г. Захоплення заручників (ст. 147 КК України): деякі проблеми вживання юридичної термінології // Адвокат. – 2007. – № 12. – С. 11.

документів, що свідчать про це (журнали про пологи). У такому випадку можна говорити лише про замах на цей злочин.

**Суб'єктом** злочину є фізична осудна особа, якій на момент вчинення злочину виповнилось 16 років та яка є юридично чужою для потерпілого.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом.

Для аналізованого злочину є важливим мотив його вчинення. Цей злочин відповідно до ст. 148 КК може бути вчинений або з корисливих, або з інших особистих мотивів. Звісно, *корисливість* припускає мету незаконного збагачення або позбавлення від матеріальних чи інших фінансових зобов'язань. Що ж до інших особистих мотивів, то ними в можуть бути заздрість, помста, бажання отримати підвищення по службі тощо. Хоча не виключається й так званий «позитивний мотив» (співчуття, усвідомлення факту невідворотності настання смерті матері здорового немовляти тощо). За деяких ситуацій поведінку особи, яка діяла з «позитивним мотивом», доцільно розглядати через призму ч. 2 ст. 11 КК, адже корисність такого вчинку є значнішою за шкідливість самого факту підміни дитини.

**Торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини** (ст. 149 КК). Відповідно до ст. 11 Закону України від 20 вересня 2011 року «Про протидію торгівлі людьми» боротьба з торгівлею людьми є невід'ємною складовою частиною діяльності органів внутрішніх справ по боротьбі із злочинністю, які, зокрема, здійснюють заходи щодо виявлення злочинів торгівлі людьми, осіб, які постраждали від торгівлі людьми, встановлення осіб - торгівців людьми та притягнення їх до відповідальності шляхом реалізації організаційних, оперативних-розшукових, адміністративно-правових, процесуальних, аналітично-дослідницьких, інформаційних та інших заходів.

Перед початком юридичного аналізу ознак складу цього злочину, зазначимо, що його законодавча конструкція і змістовне наповнення є настільки неоднозначними і, навколо них, як правильно зазначає С.В. Хилюк, точиться стільки дискусій<sup>23</sup>, що автор задля уникнення відверто критичних зауважень був вимушений більшою мірою статистично охарактеризувати відповідну норму КК.

Основний **безпосередній об'єкт**. З огляду на високу змістовну диференційованість, а часом і полярність дій, що становлять собою злочин,

передбачений ч. 1 ст. 149 КК, чітко визначити основний безпосередній об'єкт злочину майже неможливо. З великою обережністю можна припустити, що таким об'єктом є *людська гідність*.

Факультативним об'єктом кримінально-правової охорони можуть бути воля людини, її честь, здоров'я (за певних умов, коли йдеться про кваліфікований і особливо кваліфікований склад) або життя (за певних умов, коли йдеться про особливо кваліфікований склад), моральні засади суспільства в частині задоволення сексуальних потреб, міжнародний правопорядок тощо.

Водночас у літературі висловлюються різні думки щодо змісту основного безпосереднього об'єкта досліджуваного злочину. Не можна погодитись з думкою А.М. Орлеана та А.С. Політової про те, що його предметом виступає людина<sup>24</sup>. Цей злочин, так само, як й інші злочини, де потерпілим в кримінально-правовому сенсі виступає людина, є безпредметним. На тлі зростання ціннісної оцінки людини детермінування її як предмета злочину видається аморальним, адже в такому випадку людина наділяється ознаками предмета, речі.

**Суспільна небезпека** злочину полягає в тому, що під час його вчинення демонструється груба неповага до людської гідності як найвищої соціальної цінності, передбаченої Конституцією України. Адже людиною торгують як річчю, щодо неї укладають злочинні угоди з приводу її неправного використання, залучають до аморальних сфер існування тощо.

**Об'єктивна сторона** злочину передбачає множинність самостійних форм, а саме: а) торгівля людьми; б) здійснення іншої незаконної угоди, об'єктом якої є людина; в) вербування людини; г) переміщення людини; д) переховування людини; е) передача людини; ж) одержання людини.

Під *торгівлею людьми* слід, вочевидь, розуміти дії з купівлі та (або) продажу людини однією особою іншій особі.

З огляду на те, що угода купівлі-продажу потерпілого передбачена першою формою об'єктивної сторони злочину, а інші угоди з приводу передачі та одержання людини за логікою ст. 149 КК – шостою і сьомою формами відповідно, під здійсненням *іншої незаконної угоди, об'єктом якої є людина*, пропонується розуміти дії, які не мають на меті передачу людини; що-правда, людина тут є об'єктом використання. Це, зокрема, використання жінки як сурогатної матері, залучення потерпілого до виконання приму-

<sup>23</sup> Хилюк С.В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання Особливої частини): Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2007. – С. 67.

<sup>24</sup> Орлеан А.М. Кримінально-правова характеристика торгівлі людьми. – Х.: СІМ, 2005. – С. 91; Політова А.С. Кримінально-правова характеристика злочинів проти свободи особи за законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 10.



сової чи рабської праці.

Існують й інші думки з приводу визначення змісту вищезазначеної ознаки. Зокрема, В.А. Козак пропонує під іншою незаконною угодою, об'єктом якої є людина, розуміти випадки передачі людини однією особою та її одержання іншою особою (крім торгівлі людьми) на підставі незаконної угоди (наприклад, передача людини в рахунок боргу)<sup>25</sup>. Наведена думка видається сумнівною. По-перше, форма, що розглядається, ані лексично, ані семантично не пов'язується з актами передачі чи придбання потерпілого в буквальному розумінні. По-друге, пропонований зміст цієї угоди певною мірою дублює запропонований названим автором зміст інших форм об'єктивної сторони (передачі та одержання), якими, на погляд В.А. Козака, слід вважати вчинення однією особою певних дій, пов'язаних із наданням потерпілого іншій особі, або заволодіння людиною особою, якій людина була передана<sup>26</sup>. З огляду на таку логіку, втрачаються критерії диференціації зазначених форм об'єктивної сторони злочину.

Під вербуванням слід розуміти запрошення, підбір або залучення людини.

Під переміщенням слід розуміти дії з приводу зміни місця перебування потерпілого на інше, зокрема, шляхом транспортування з пункту «А» до пункту «Б». Переміщення можливе як територією України, так і за її межі. У цьому випадку переміщення потерпілого за межі України має отримувати додаткову кваліфікацію за ст. 332 КК («Незаконне переправлення осіб через державний кордон України»). Переміщення може бути як примусовим, так і добровільним; ця обставина на кваліфікацію не впливає. Так само як не впливає на кваліфікацію відкритий чи таємний факт переміщення потерпілого.

Під переховуванням слід розуміти такі дії винного, які спрямовані на тимчасове утримання потерпілого в місці, де його перебування є закритим для всіх і доступ до нього з боку третіх осіб є неможливим або значно ускладненим.

З огляду на першу форму об'єктивної сторони злочину під передачею людини слід, вочевидь, розуміти дії винного з приводу відчуження потерпілого, але або на певний час (передача в оренду), або назавжди, але безоплатно (дарування).

Під одержанням людини варто розуміти дії винного з приводу придбанням потерпілого, але або на певний час (придбання в оренду), або назавжди, але безоплатно (як наслідок дарування).

*Незаконність* у цій ст. 149 КК характеризу-

ється тим, що винний вчиняє одне чи кілька з передбачених диспозицією діянь попри існуючу в Україні заборону на їх вчинення.

Забігаючи трохи наперед, зазначимо, що вадю ч. 1 ст. 149 КК, на нашу думку, є юридично й технічно некоректне законодавче зіставлення окремих діянь (вербування, передача або одержання людини), вказаних у диспозиції згаданої норми, а також мети, способів та умови їх – діянь – учинення. Відповідно до правил граматики вербування, а так само передача або одержання людини з точки зору ч. 1 ст. 149 КК стають злочинними лише тоді, коли вони будуть вчинені з метою експлуатації, з використанням обману, шантажу чи уразливого стану особи (оскільки вони не розмежовані такими сполучниками, як «або» та «чи»). Водночас логіка розуміння згаданої юридичної конструкції підказує інше, а саме: обов'язковою ознакою є лише мета – експлуатація праці<sup>27</sup>. Способи ж учинення діянь, так само, як і законодавчо зафіксована в нормі КК умова – уразливий стан особи, мають альтернативний характер. Утім, альтернативний характер вони мають лише стосовно одне одного. Що ж до кваліфікації за ч. 1 ст. 149 КК за ознаками вербування, переміщення, переховування, передачі або одержання, один із способів або наявність уразливого стану потерпілого завжди є обов'язковою умовою. Виключенням з цього правила є припис, зафіксований у п. 3 примітки до ст. 149.

Під обманом у цій статті слід розуміти повідомлення потерпілому неправдивих відомостей про зміст тієї діяльності, якою займається винний, або навпаки – неповідомлення винним правдивих відомостей потерпілому шляхом замовчування про них. Наведемо приклад із судової практики.

*За вироком Знам'янського міськрайонного суду Кіровоградської області від 24 вересня 2007 року П. у період з 1999 р. по 2005 р. за попередньою змовою з нестановленими слідством особами підшукувала та використанням обману вербувала на території Знам'янського району Кіровоградської області молодих жінок для заняття проституцією, організувала переміщення цих жінок до м. Москви Російської Федерації, де передавала іншим особам для сексуальної експлуатації. У такий спосіб П. продала до Росії потерпілих Х., М. З., Ф. і Р. Дії засудженої кваліфіковано за ч. 2 ст. 149 КК<sup>28</sup>.*

<sup>25</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін, та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-е вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 84.

<sup>26</sup> Там само. – С. 84.

<sup>27</sup> Лизогуб Я.Г. Проблеми кримінальної відповідальності за торгівлю людьми або іншу незаконну угоду щодо людини (нова редакція ст. 149 чинного Кримінального кодексу України) // Вісник Академії прокуратури України. – 2007. – № 4. – С. 69.

<sup>28</sup> Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 106.

Під *шантажем* у ст. 149 КК слід розуміти такий моральний вплив на потерпілого (обіцянку розголосити відомості, зокрема, щодо інтимного життя потерпілого, які останній бажав зберегти в таємниці, погрозу вбивства, нанесення тяжких тілесних ушкоджень, зґвалтування), завдяки якому потерпілий погоджується вчинити так, як того вимагає винний.

Під *уразливим станом* слід розуміти такий стан потерпілого, коли: а) він або не усвідомлює, або лише частково усвідомлює реальність невідповідності та небажаності вчинку винного щодо себе, зокрема, через психічну хворобу чи розумову ваду; б) він усвідомлює реальність невідповідності та небажаності вчинку винного щодо себе, але через певні фізичні вади не може зашкодити цьому (зокрема, через німоту); в) винний використовує безвихідність ситуації, в якій опинився потерпілий через об'єктивні обставини, розуміючи, що перебуваючи в такій ситуації, потерпілий беззастережно погодиться вчинити певним чином. При цьому, на відміну від шантажу, винний діє так, ніби він не є обізнаним про певні труднощі потерпілого.

Зважаючи на різну юридичну природу дій, що входять до об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 149 КК, момент його закінчення у кожній формі відрізняється. Так, у *першій формі* злочин є закінченим з моменту досягнення домовленості між покупцем і продавцем про купівлю-продаж потерпілого та отримання у зв'язку з цим відповідної суми грошей. *Злочин у другій формі* вважається закінченим з моменту початку використання потерпілого як об'єкта однієї з незаконних угод<sup>29</sup>. *Злочин у третій формі* слід вважати закінченим з моменту вчинення дій, спрямованих на виникнення у потерпілого бажання бути завербованим. *Злочин у четвертій формі* буде закінченим з моменту фактичного пе-

реміщення потерпілого з одного місця до іншого. *Злочин у п'ятій формі* є закінченим з моменту початку тимчасового утримування потерпілого в місці, де його перебування є закритим для всіх і доступ до нього з боку третіх осіб є неможливим або значно ускладненим. *Злочин у шостій формі* слід вважати закінченим з моменту відчуження потерпілого. *Злочин у сьомій формі* буде закінченим з моменту фактичного отримання потерпілого.

**Суб'єкт** злочину – загальний. Ним може бути будь-яка фізична осудна особа, якій на момент вчинення злочину виповнилось 16 років.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Ставлення винного до наслідків, про які йде мова в ч. 3, може бути лише необережним.

Важливого значення набуває мета вчинення злочину, якою є експлуатація потерпілого. Зміст цієї мети законодавчо розкритий у п. 1 примітки до ст. 149 КК. Слід зазначити, що така мета пов'язана лише з останніми п'ятьма формами об'єктивної сторони, а саме вербуванням, переміщенням, переховуванням, передачею та одержанням людини. Відсутність такої мети виключає кримінальну відповідальність за зазначені дії на підставі ст. 149 КК.

**Кваліфіковані види** злочину, передбаченого ст. 149 КК, викладені в ч. 2 цієї статті за рахунок відповідних ознак, зміст яких буде викладено нижче.

Так, під *неповнолітнім* слід розуміти таку фізичну особу, якій на момент вчинення стосовно неї злочину виповнилось 14 років, але не виповнилось 18 років (ч. 3 ст. 6 СК).

Торгівля людьми або здійснення іншої незаконної угоди, об'єктом якої є людина, передбачають наявність сторін (як правило, продавця і покупця, що за відсутності кваліфікуючих ознак, зумовлює кваліфікацію дій винних у цьому разі лише за ч. 1 ст. 149 КК і не потребує інкримінування такої кваліфікуючої ознаки, як *вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб*<sup>30</sup>.

Під *кількома особами* слід розуміти щонайменше двох потерпілих будь-якої статі<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> П. 4 проекту постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами законодавства у справах про протидію торгівлі людьми або здійсненню іншої незаконної угоди щодо людини».

<sup>31</sup> У пропозиціях О.О. Дудорова до проекту постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами законодавства у справах про протидію торгівлі людьми або здійсненню іншої незаконної угоди щодо людини» роз'яснення, присвячене торгівлі людьми, вчиненій щодо кількох осіб, пропонувалось викласти у такій редакції: «Вчинення злочину щодо кількох осіб передбачає, що злочин вчиняється щодо двох і більше осіб незалежно від їхнього віку та інших ознак. Дії винного повинні охоплюватися єдиним умислом і вчинюватись, як правило, одночасно (тобто за відсутності значного часового проміжку між

<sup>29</sup> У пропозиціях до проекту постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами законодавства у справах про протидію торгівлі людьми або здійсненню іншої незаконної угоди щодо людини», підготовлених О.О. Дудоровим як членом Науково-консультативної ради при ВСУ, з приводу моменту закінчення злочину, передбаченого ст. 149 КК, у його першій і другій формі пропонувалось дати такі роз'яснення: «Наслідки у вигляді злочинного використання особи виступають кінцевою метою вчинення торгівлі людьми та перебувають поза межами об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 149 КК. Тому цей злочин у його першій формі є закінченим з моменту безповоротної передачі людини іншій особі та отримання (або досягнення домовленості на отримання) хоча б частини грошової винагороди. Визначальним для з'ясування моменту закінчення злочину у його другій формі є словосполучення «здійснення угоди», котре означає її (угоди) виконання (втілення у життя). Якщо після укладення відповідної угоди людина фактично не була передана (одержана) іншій особі (іншою особою), дії винного треба кваліфікувати як замах (закінчений або незакінчений) на торгівлю людьми або здійснення іншої незаконної угоди, об'єктом якої є людина, посилаючись відповідно на ч. 2 ст. 15 або ч. 3 ст. 15 КК».

Загальні правила *повторності* визначені в ст. 32 КК. Зважаючи на те, що за структурою юридичний склад злочину, що розглядається, є поєднанням простого та альтернативного складів, розуміння повторності тут відрізнятиметься від класичного зразку, викладеного в ст. 32 КК. Отже, такі дії, як торгівля людьми та здійснення іншої незаконної угоди, об'єктом якої є людина, становлять самостійні форми об'єктивної сторони, оскільки наділені самостійними ознаками, що мають самостійний зміст. Такі ознаки диференційовано характеризують притаманні цим діянням риси й не просто відтворюють різні сторони злочину, а описують, по суті, різні злочинні явища. З огляду на це, вчинення винним цих діянь у будь-якій послідовності чи співвідношенні завжди має розглядатись через призму повторності злочинів.

Інакше виглядатиме ситуація з альтернативними діяннями, які в ст. 149 КК представлені у вигляді вербування, переміщення, переховування, передачі або одержання. Як вже наголошувалось, ці діяння поєднані єдиною метою і, зважаючи на певний їх взаємозв'язок, за різних обставин їх поєднання може давати полярні результати. Так, за умов, якщо винний заздалегідь мав на меті вчинення декількох з цих діянь (наприклад, з самого початку передбачав вербування, переміщення та переховування потерпілого для подальшої передачі), його дії не підпадуть під повторність злочинів. Натомість, якщо винний бажав, зокрема, лише перемістити потерпілого, а потім в нього виник умисел на його передачу, вчинене підлягає кваліфікації з урахуванням повторності.

Під *особою, від якої потерпілий був у матеріальній залежності*, слід розуміти таку особу, на утриманні якої перебуває потерпілий, або особу, якій потерпілий винен певну суму грошей, тощо.

Під *особою, від якої потерпілий був у іншій залежності*, слід розуміти таку особу, на службі в якій перебував потерпілий, або особу, в якій потерпілий лікувався чи навчався, тощо.

Під *насильством, що не є небезпечним для життя та здоров'я*, слід розуміти завдання по-

терпілому ударів, побоїв, легких тілесних ушкоджень без короточасного розладу здоров'я, а також використання щодо нього електричного струму, вогню за умов, що воно не призвело до більш серйозних наслідків.

Під *погрозою застосування насильства, що не є небезпечним для життя та здоров'я*, слід розуміти такий психічний вплив на потерпілого, під час якого останньому повідомляються факти можливого застосування сили щодо нього.

Якщо службова особа, яка своїми діяннями об'єктивно сприяла вчиненню злочину, передбаченого ст. 149 КК, усвідомлювала свою роль у вчиненні саме торгівлі людьми і використовувала при цьому своє службове становище, вона повинна нести відповідальність за торгівлю людьми з використанням службового становища (ч. 2 ст. 149 КК). За відсутності усвідомлення своєї ролі у вчиненні торгівлі людьми службова особа за наявності підстав має притягуватись до відповідальності лише за відповідний злочин у сфері службової діяльності (зокрема, ст. ст. 364, 365, 367 КК).

**Особливо кваліфіковані види** злочину вписані в ч. 3 ст. 149 КК. До них відносяться дії, передбачені ч.ч. 1 та 2 цієї статті, вчинені щодо малолітнього, або організованою групою, або з насильством, небезпечним для життя або здоров'я потерпілого чи його близьких, або з погрозою застосування такого насильства, або, якщо вони спричинили тяжкі наслідки.

*Наприклад, вироком Луцького міськрайонного суду Волинської області від 08.02.2007 р. за ч. 3 ст. 149 КК було засуджено Д. і Г. із застосуванням ст. 69 КК на 4 роки позбавлення волі кожного. За матеріалами справи суд визнав Д. і Г. винними в тому, що вони у складі організованої групи, створеної М. і Н. у 2001 р. з метою вивезення молодих жінок з України за кордон і продажу їх для сексуальної експлуатації, 07.09.2003 р. і 23.10.2003 р. перевезли через митний пост «Ягодин» державного кордону України на територію Республіки Польща Б., Т., А., С., О. і продали їх К. для сексуальної експлуатації по 650 доларів США за кожну<sup>32</sup>.*

З огляду на розмір санкції норми, що розглядається, і з урахуванням принципу економії кримінально-правової репресії можна зазначити, що під *насильством, що є небезпечним для життя та здоров'я*, у ст. 149 КК слід розуміти таке умисне застосування сили, яке виявилось у вбивстві (коли потерпілий позбавляється життя отримувачем для здійснення з ним акту некрофілії) чи замаху на вбивство потерпілого, заподі-

окремими діями винного). У випадку вчинення цього злочину щодо кількох осіб у різний час, тобто поетапно, коли між незаконними передачами різних людей є певний проміжок часу, необхідно встановлювати, що умисел на вчинення цього злочину щодо кількох осіб виник у винного на початку злочинної діяльності, тобто його дії становлять єдиний злочин. У цьому випадку умислом винної особи охоплюється вчинення злочину одночасно щодо кількох осіб, на відміну від повторності, за якої у винного кожного разу виникає окремий умисел на вчинення торгівлі щодо нової особи. Крім цього, необхідно мати на увазі, що за наявності кількох потерпілих, коли хоча б один із них є неповнолітнім, при кваліфікації дій винної особи (осіб) необхідно інкримінувати як ознаку «вчинення злочину щодо неповнолітнього», так і ознаку «вчинення злочину щодо кількох осіб».

<sup>32</sup> Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 106.



янні йому тяжких тілесних ушкоджень, тілесних ушкоджень середнього ступеня тяжкості тощо.

Під погрозою застосування насильства, що є небезпечним для життя та здоров'я, слід розуміти такий психічний вплив на потерпілого, під час якого останньому повідомляються факти можливого застосування сили щодо нього.

Під тяжкими наслідками слід розуміти настання смерті потерпілого через необережність, самогубство, необережні тяжкі тілесні ушкодження, зараження смертельно небезпечною хворобою тощо.

**Експлуатація дітей** (ст. 150 КК). Основним безпосереднім об'єктом цього злочину є *гідність людини*. Факультативним об'єктом кримінально-правової охорони можуть бути воля людини, її життя, фізичний розвиток, освітній рівень, здоров'я.

Водночас, у літературі зустрічаються й інші точки зору з приводу визначення безпосереднього об'єкта експлуатації дитини. Зокрема, І.М. Доляновська вважає, що саме трудовим правам дитини спричиняється шкода під час експлуатації потерпілого<sup>33</sup>. Така логіка видається вельми спірною, адже дитина під час експлуатації не завжди перебуває в трудових відносинах з винним. Примушування потерпілого до праці виключає такі відносини, адже робота останньому нав'язується й оплата за таку роботу може бути взагалі відсутньою.

Під дитиною в ст. 150 КК слід розуміти будь-яку фізичну особу, якій на момент вчинення щодо неї злочину не виповнилося 18 років.

Звісно, назва розглядуваного злочину в множині – це законодавчий ляп, адже зрозуміло, що суспільно небезпечним є факт експлуатації навіть однієї дитини. Тому для кваліфікації за ч. 1 ст. 150 КК буде достатньо встановити, що експлуатації було піддано й одну дитину.

Особи, які не досягли вісімнадцяти років, у трудових правовідносинах прирівнюються у правах до повнолітніх, а в галузі охорони праці, робочого часу, відпусток та деяких інших умов праці користуються пільгами, встановленими законодавством України.

З огляду на те, що ст. 150 КК є нормою із бланкетною диспозицією, для вирішення питання про вік, з якого законодавством дозволяється *працевлаштування*, звернемось до КЗпП, у якому вирішено це питання, причому достатньо диференційовано.

За правилами ст. 188 КЗпП не допускається прийняття на роботу осіб молодше шістнадцяти

років. За згодою одного із батьків або особи, яка його замінює, можуть, як виняток, прийматись на роботу особи, які досягли п'ятнадцяти років. Для підготовки молоді до продуктивної праці допускається прийняття на роботу учнів загальноосвітніх шкіл, професійно-технічних і середніх спеціальних навчальних закладів для виконання легкої роботи, що не завдає шкоди здоров'ю і не порушує процесу навчання, у вільний від навчання час по досягненні ними чотирнадцятирічного віку за згодою одного з батьків або особи, яка його замінює. Відповідно до ст. 190 КЗпП забороняється застосування праці осіб молодше вісімнадцяти років на важких роботах і на роботах з шкідливими або небезпечними умовами праці, а також на підземних роботах. Забороняється також залучати осіб молодше вісімнадцяти років до підіймання і переміщення речей, маса яких перевищує встановлені для них граничні норми.

Крім цього, варто зазначити й про заборону примусової праці в Україні якщо тільки вона не є видом покарання за вчинення злочину чи адміністративного правопорушення і призначена судом в порядку, встановленому законодавством.

Із цього випливає, що потерпілим від злочину, передбаченого ст. 150 КК, може бути особа:

- 1) у віці до 14 років, яка використовується для виконання будь-якої роботи;
- 2) у віці від 14 до 15 років, яка використовується для виконання:

а) роботи, яка не є для неї легкою (ч. 3 ст. 188 КЗпП),

б) легкої та безпечної (за характером) роботи, але вона не є учнем навчальних закладів, про які йдеться у ч. 3 ст. 188 КЗпП, або виконує роботу в учбовий час, що порушує процес її навчання (ч. 3 ст. 188 КЗпП), або виконує роботу за відсутності згоди одного з батьків або особи, яка його замінює (ч. 3 ст. 188 КЗпП);

3) у віці від 15 до 16 років, яка використовується для виконання безпечної (за характером) роботи, але за відсутності згоди одного з батьків або особи, яка його замінює (ч. 2 ст. 188 КЗпП)<sup>34</sup>.

Слід погодитися з Д.О. Калмиковим, котрий зазначає, що «парламентарі необґрунтовано встановили вікові характеристики потерпілого від експлуатації дітей, використовуючи конструкцію «яка не досягла віку, з якого законодавством дозволяється працевлаштування» через таке:

– по-перше, трудове законодавство України не встановлює єдиного вікового цензу, досягнувши якого дитина отримувала б право влаштуватися на роботу. Для різних вікових категорій встановлено низку додаткових вимог, яких не-

<sup>33</sup> Доляновська І.М. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей (аналіз складу злочину): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 11.

<sup>34</sup> Калмиков Д.О. Аналіз законодавчого визначення потерпілого від злочину, передбаченого ст. 150 КК України // Наука і правоохорона. – 2010. – № 2. – С. 34–39.

ухильно слід дотримуватись як робітникам, так і роботодавцеві. Наявність таких вимог має істотне позитивне значення в забезпеченні трудових прав дитини, однак під час застосування цих вимог для вирішення питання про наявність у діях особи складу злочину, передбаченого ст. 150 КК, виникають певні труднощі та непорозуміння. Уявімо ситуацію, що роботодавець приймає на роботу 15-річного юнака з усної згоди матері. У цьому випадку роботодавець діє відповідно та у спосіб, передбачений ст. 188 КЗпП. Однак, якщо ця ж мати звернеться до правоохоронних органів із заявою, в якій зазначить, що ані вона, ані її чоловік не давали згоди на працевлаштування сина, то можлива постановка питання про порушення щодо зазначеного роботодавця кримінальної справи за ч. 1 ст. 150 КК, а можливо й за злочин у сфері службової діяльності. З наведеного прикладу видно, що правомірна поведінка під час приймання дитини на роботу від злочинного діяння відмежовується лише фактом наявності або відсутності згоди (яка може бути як усною, так і письмовою) одного з батьків або особи, яка його замінює. На практиці ж довести як наявність, так і відсутність усної згоди буде дуже важко;

– по-друге, залишається загадкою те, чому законодавець вік потерпілого від цього злочину встановив через призму трудового права. Оскільки суб'єктом цього злочину може бути й не роботодавець, а потерпілим – особа, яка не бажає вступати в трудові відносини, то цілком логічно й те, що вони у відносинах між собою не зобов'язані керуватися нормами КЗпП ;

– по-третє, «вплутування» трудового законодавства в розуміння ознак потерпілого в складі злочину, передбаченого ст. 150 КК, призвело до того, що ця норма (у буквальному розумінні) стала охоплювати собою практично всі відносини з приводу дитячої праці»<sup>35</sup>.

**Суспільна небезпека** аналізованого злочину полягає в порушенні гарантованого Конституцією України права на повагу до людської гідності. Адже дитина перетворюється на засіб добування грошей, як це, певною мірою, відбувалось за часів панства.

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується діями у вигляді експлуатації дитини шляхом використання її праці.

Під *експлуатацією* слід розуміти використання примусової праці дитини або добровільної праці, але безоплатно чи з оплатою, яка геть не відповідає кількості або якості виконуваної нею роботи. Також у контексті ст. 150 КК під експлуатацією слід розуміти використання праці дитини, яке суперечить приписам КЗпП, а саме: а) ви-

користання приватною особою праці особи, якій не виповнилось 16 років; б) використання приватною особою праці особи, якій виповнилось 15 років без згоди батьків.

Перелік важких робіт і робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, а також граничні норми підймання і переміщення важких речей особами молодше вісімнадцяти років затверджуються МОЗ за погодженням із Державним комітетом України по нагляду за охороною праці. До них, зокрема, відносяться гірничі роботи, роботи з будівництва метрополітенів, тунелів і підземних споруд, бурильні роботи, певні роботи в сталеплавильному та доменному виробництві, будь-які роботи з виробництва вітамінів, будь-які роботи з видобутку та виробництва солі, роботи з отруйними та сильнодіючими речовинами.

Злочин є закінченим з моменту вчинення будь-якої з вищезазначених дій.

**Суб'єкт** злочину. Питання про суб'єкт розглядуваного злочину є дискусійним. За загальним правилом, ним є фізична осудна особа, якій на момент вчинення злочину виповнилось 16 років. Утім, логіко-граматичне тлумачення дозволяє зробити висновок про те, що доцільніше в цьому випадку як про суб'єкта злочину вести мову саме про повнолітнього. Як видається, спрямованість кримінально-правової репресії саме щодо повнолітньої особи в такому випадку буде виправданим державним заходом, бо експлуатація дитиною дитини не зовсім узгоджується з призначенням кримінально-правової норми. Безспірно, не можна говорити про припустимість експлуатації дитиною дитини, але суспільна небезпечність такого явища навряд чи заслуговує на криміналізацію.

Службові особи за наявності підстав повинні нести відповідальність додатково за ст. 365 (365-1) КК.

Систематична експлуатація дитини батьками, опікунами або піклувальниками свідчить про злісне невиконання цими особами обов'язків із догляду за дитиною та в разі спричинення тяжких наслідків потребує додаткової кваліфікації за ст. 166 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину, що розглядається, характеризується прямим умислом і спеціальною метою – отримання прибутку. Мотив цього злочину, хоч й не є його обов'язковою ознакою, утім, як правильно зазначає О.В. Паньчук, розглядається як внутрішня детермінанта злочинної поведінки особи<sup>36</sup>.

У сучасній економіці під прибутком розуміють грошове вираження між вартістю реа-

<sup>35</sup> Там само. – С. 34–39.

<sup>36</sup> Паньчук О.В. Кримінологічна характеристика експлуатації дітей: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2008. – С. 11.

лізованої продукції і витратами на її виробництво. Інакше кажучи, це сума, на яку доходи перевищують пов'язані з ними витрати. Зважаючи на те, що експлуатація дитини – це не економічна діяльність, і обмежується вона лише присвоєнням результатів чужої праці, у її контексті про прибуток більш доречно говорити як про дохід, який отримує винний у зв'язку з використанням праці потерпілого<sup>37</sup>.

**Кваліфіковані види** злочину, передбаченого ст. 150 КК, викладені в ч. 2 і передбачають дії, описані в ч. 1, але вчинені або вчинені щодо кількох дітей або якщо вони спричинили істотну шкоду для здоров'я, фізичного розвитку або освітнього рівня дитини, або поєднані з використанням дитячої праці в шкідливому виробництві.

Так, як слушно зазначає Д.О. Калмиков, під експлуатацією кількох дітей у ч. 2 ст. 150 КК слід розуміти одночасну експлуатацію двох чи більше потерпілих, а також експлуатацію двох чи більше потерпілих вчинену в різний час, однак за умови, що експлуатація саме такої кількості осіб охоплюється єдиним умислом винного<sup>38</sup>.

Експлуатацією, що спричинила істотну шкоду для здоров'я дитини, слід розуміти як експлуатацію дитини, яка спричинила потерпілому з необережності тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> У ч. 1 ст. 150 КК, викладеній в редакції Закону України від 5 липня 2011 року «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо злочинів проти волі, честі та гідності особи», вказівка на мету отримання прибутку відсутня.

Негативно ставлячись до такої зміни кримінального законодавства, А.М. Орлеан пише, що залучення дитини до добровільної діяльності, позашкільної роботи або будь-якої іншої неприбуткової діяльності навряд чи є суспільно небезпечним. Скоріш навпаки, такі дії мають позитивне виховне значення (Орлеан А.М. Актуальні проблеми реформування кримінального законодавства у сфері захисту дитини від трудової та сексуальної експлуатації // Теоретичні і прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20-21 травня 2011 р. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 370-371). При цьому кримінально карану експлуатацію дослідник визначає як корисливе протиправне використання людини (Орлеан А.М. Поняття та види експлуатації людини: кримінально-правовий аспект // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 345). Сумніваємось у тому, що таким розумінням експлуатації охоплюються випадки залучення дітей до неприбуткової діяльності на кшталт згаданої А.М. Орлеаном допомоги хворому сусіду з вигулом собаки..

<sup>38</sup> Калмиков Д. Експлуатація кількох дітей: аналіз змісту діяння та техніки його законодавчої регламентації // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 10. – С. 157-160.

<sup>39</sup> Калмиков Д. О. Експлуатація дітей, що спричинила істотну шкоду здоров'ю дитини // Форум права. – 2010. –

Під експлуатацію дітей, що спричинила істотну шкоду для фізичного розвитку дитини слід розуміти експлуатацію, наслідком якої є заподіяння потерпілому з необережності тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження, поєднаного з порушенням нормального процесу становлення та зміни морфологічних чи функціональних властивостей організму дитини або порушенням її нормального морфофункціонального стану<sup>40</sup>.

Під експлуатацію дітей, що спричинила істотну шкоду для освітнього рівня дитини, слід розуміти експлуатацію, яка призвела до багаторазового пропуску дитиною занять у загальноосвітньому навчальному закладі або навчальному закладі системи загальної середньої освіти<sup>41</sup>.

Експлуатація дітей, поєднана з використанням дитячої праці на шкідливому виробництві, означає експлуатацію дитини на небезпечній для її здоров'я роботі, а саме: важкій роботі; роботі зі шкідливими або небезпечними умовами праці; підземній роботі; роботі, пов'язаній з підйоманням або переміщенням речей, маса яких перевищує встановлені для дітей граничні норми або іншої роботі, яка за своїм характером чи умовами, у яких вона виконується, може завдати шкоду здоров'ю дитини<sup>42</sup>.

**Особливо кваліфікований вид** злочину, передбаченого ст. 150 КК, викладений у ч. 3 цієї статті та передбачає вчинення експлуатації дитини організованою групою.

Виходячи з положень Загальної частини чинного кримінального закону, під експлуатацією дітей, вчиненою організованою групою слід розуміти дії, передбачені ч.ч. 1 або 2 ст. 150 КК, якщо в їх готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи<sup>43</sup>.

№ 3.– С. 163-171 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010\\_3/10kdoszd.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010_3/10kdoszd.pdf).

<sup>40</sup> Калмиков Д.О. Експлуатація дітей, що спричинила істотну шкоду фізичному розвитку дитини // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2011. – Спец. вип. № 6. – С. 507-515.

<sup>41</sup> Калмиков Д.О. Експлуатація дітей, що спричинила істотну шкоду освітньому рівню дитини // Адвокат. – 2010. – № 6. – С. 43-47.

<sup>42</sup> Калмиков Д.О. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей: Дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2010. – С. 124.

<sup>43</sup> Слід звернути увагу, що ч. 3 ст. 150 КК було доповнено Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо злочинів проти волі, честі та гідності особи» від 5 липня 2011 року.

Комплексний і критичний аналіз положень цього закону дозволив Д.О. Калмикову дійти висновку про те,



що він матиме незначний вплив на процес боротьби з експлуатацією дітей і використанням малолітньої дитини для заняття жебрацтвом, адже внесені ним зміни є невідомозначимим (магимуть як позитивний так і негативний ефект), а переважна більшість проблем у сфері регламентації кримінальної відповідальності за експлуатацію дітей і використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (про які йдеться в численних наукових працях) взагалі залишилися поза увагою українського законодавця.

Зокрема, звертається увага на те, що, «доповнивши ст. 150 КК частиною третьою, яка передбачає кримінальну відповідальність за вчинення експлуатації дітей організованою групою, законодавець ніби підтвердив, що до критеріїв диференціації кримінальної відповідальності за експлуатацію дітей він відносить наявність і вид співучасті у вчиненні цього злочину. За такого підходу в ч. 2 ст. 150 КК доречно було б передбачити кваліфікуючу ознаку «вчинена групою осіб», у ч. 3 ст. 150 КК – «вчинена за попередньою змовою групою осіб», а вже в ч. 4 ст. 150 КК – «вчинена організованою групою». Тоді б позиції вітчизняного законодавця була б притаманна принаймні елементарна логіка та системність підходу у вирішенні цього питання.

Що ж ми маємо сьогодні? Ч. 1 ст. 150 КК не містить конструктивних ознак щодо співучасті у вчиненні експлуатації дітей, ч. 2 ст. 150 КК не містить й кваліфікуючих ознак, які б стосувалися співучасті у вчиненні цього злочину, а ч. 3 ст. 150 КК «зненацька» вже передбачає найсуворішу кримінальну відповідальність за вчинення експлуатації дітей організованою групою.

Тобто, якщо експлуатацію однієї дитини групою осіб за попередньою змовою, суд на свій вибір може призначити винним основне покарання або у виді арешту на строк до 6 місяців, або у виді обмеження волі на строк до 3 років, то за експлуатацію цієї ж дитини організованою групою суд має призначити винним основне покарання виключно у виді позбавлення волі на строк від 5 до 10 років! Ось таке «поступове» посилення кримінальної відповідальності за експлуатацію дітей передбачив законодавець за лежно від виду співучасті.

Однак розглядуване доповнення ст. 150 КК дивує навіть не стільки відвертим нехтуванням права законодавчої техніки щодо викладу законодавчого матеріалу (до цього ми вже якось звикли), скільки намаганням законодавця вдосконалити кримінальну відповідальність за експлуатацію дітей не на підставі численних наукових розробок у цій царині, а за допомогою «ворожіння на кавовій гущі».

Справа в тому, що однією з визначальних вимог до вибору критерію диференціації кримінальної відповідальності та закріплення тієї чи іншої кваліфікованої ознаки є те, що ті обставини, які претендують на закріплення як кваліфікуючої ознаки, мають бути відносно поширеними, хоча й не характеризувати більшість злочинів цього виду. Тобто не можна закріплювати як кваліфікуючі ознаки ті обставини, які взагалі не притаманні конкретному виду злочину або носять одиничний характер. Для того ж, щоб ця вимога до конструювання кваліфікованих складів злочину виконувалася необхідно брати до уваги результати соціологічних і кримінологічних досліджень того чи іншого антисоціального явища.

Чи керувалися парламентарії такими дослідженнями при прийнятті рішення про доповнення ст. 150 КК частиною третьою, нам невідомо, однак відомо, що вчинення експлуатації дітей організованою групою не є поширеним явищем в Україні. Так, вивчивши матеріали близько 60% усіх кримінальних справ, порушених за ст. 150 КК в 2001–2011 роках (тобто за весь період чинності ст. 150 КК), ми не знайшли жодного випадку вчинення експлуатації дітей організованою групою.

У зв'язку з цим доводиться констатувати, що доповнення ст. 150 КК частиною третьою, яка передбачає значно суворішу кримінальну відповідальність за вчинення експлуатації дітей організованою групою, є нічим іншим як спробою вирішити неіснуючу проблему (детальніше про це див.: Калмиков Д. Зміни до статей 150 і 150-1 КК України: крок уперед, два назад? // Юридичний вісник України. – № 31 (839). – 6–12 серпня 2011 р. – С. 5).

**Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом** (ст. 150-1 КК). Основним **безпосереднім об'єктом** цього злочину є *гідність людини*. Факультативним об'єктом кримінально-правової охорони можуть бути воля людини, її здоров'я, честь, громадська моральність тощо.

Під *малолітньою дитиною* слід розуміти будь-яку фізичну особу, якій на момент вчинення щодо неї злочину, що розглядається, не виповнилось 14 років.

**Суспільна небезпека** злочину полягає в тому, що під час його вчинення відбувається груба неповага до людської гідності. Потерпілого використовують як засіб для заробітку.

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується діями у вигляді використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом.

Під *використанням* слід розуміти залучення дитини до певної діяльності на власну користь.

Під *жебрацтвом*, як зазначено в ч. 1 статті, що розглядається розуміється систематичне випрошування грошей, речей інших матеріальних цінностей у сторонніх осіб. Для кваліфікації за ст. 150-1 КК не є важливим місце, де потерпілий випрошує гроші. Це можуть бути громадські місця, а також інші території, зокрема, приватні дачі, квартири.

Під *систематичністю* в ст. 150-1 КК слід розуміти таке випрошування грошей, яке відбулось тричі в часі, причому не є важливим, у однієї чи кількох осіб дитина випрошувала гроші. Період, протягом якого мало місце жебракування, також не змінює кримінально-правової оцінки вчиненого, утім, вочевидь, слід говорити саме про незначний проміжок часу, коли дитина жебракує, зокрема, протягом дня, тижня, місяця.

Під *речами* пропонується розуміти такі матеріальні об'єкти, які використовуються в повсякденному житті для забезпечення нормальної життєдіяльності й можуть бути в пригоді. Це, наприклад, одяг, посуд, меблі.

Під *іншими матеріальними цінностями* слід розуміти такі матеріальні об'єкти, які мають відповідну ціннісну привабливість і високу мінову здатність. Вони можуть використовуватись у повсякденному житті для поліпшення якості та комфортності життєдіяльності, підвищення зручності виконуваної роботи. Це, зокрема вироби з дорогоцінних металів чи каміння, теле-, відеотехніка, оргтехніка, побутова техніка.

Під *сторонніми особами* слід розуміти таких осіб, які є чужими для дитини та осіб, які її використовують.

Злочин є закінченим з моменту вчинення трьох або більше актів залучення малолітньої дитини до жебракування.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Ним можуть бути лише батьки потерпілого або особи, які їх замінюють.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом і спеціальною метою – отримання прибутку. Ставлення до наслідків, про які мова йде в ч. 3, може бути лише необережним.

**Кваліфіковані види** злочину, передбаченого ст. 150<sup>1</sup> КК, викладені в ч. 2 і передбачають дії, описані в ч. 1, але вчинені або щодо чужою малолітньої дитини, або із застосуванням насильства чи погрозою його застосування, або вчинені повторно, або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 150, 303, 304, або вчинені за попередньою змовою групою осіб.

Під *чужою малолітньою дитиною* слід розуміти: а) фізичну особу до 14 років, яка не була народжена чи усиновлена особами, які її використовують, і не перебувала на їх утриманні; б) фізичну особу до 14 років, яка використовується особами, які не є замінювачами її батьків, стосовно таких осіб.

Під *насильством* слід розуміти завдання потерпілому ударів, побоїв, легких тілесних ушкоджень, а також використання щодо нього електричного струму, вогню тощо.

Під *погрозою застосування насильства* слід розуміти такий психічний вплив на потерпілого, під час якого останньому висловлюються факти можливого застосування сили щодо нього.

Під *повторним* слід розуміти вчинення особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений ст. 150<sup>1</sup> КК, такого злочину.

Під *особою, яка раніше скоїла один із злочинів, передбачених статтями 150, 303, 304 КК*, слід розуміти таку особу, яка на момент вчинення злочину, передбаченого ст. 150<sup>1</sup> КК, вчинила один чи кілька злочинів, передбачених статтями 150, або 303, або 304 КК.

Під *вчиненням злочину групою осіб за попередньою змовою* в цій статті слід розуміти таке використання потерпілого, яке вчинили батьки (мати та батько) або особи, що їх замінюють (щонайменше дві особи), а так само використання чужої дитини особами, які не є батьками, або тими, хто їх замінює. Водночас вчинення цього злочину одним із батьків спільно з особою, яка не є батьком, а так само особою, яка не є особою, котра його замінює, підлягає кваліфікації як замах на злочин, передбачений ч. 2 ст. 150<sup>1</sup> (батько), і за ч. 2 ст. 150<sup>1</sup> (інша особа) КК. Причому в такому випадку іншій особі не повинно бути інкриміновано ознаку вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою.

**Особливо кваліфіковані види** злочину виписані в ч. 3 ст. 150<sup>1</sup> КК. До них відносяться дії,

вчинені організованою групою, або якщо внаслідок вчинення таких дій дитині спричинені середньої тяжкості або тяжкі тілесні ушкодження.

Під *тілесними ушкодженнями середньої тяжкості* слід розуміти тривалий розлад здоров'я потерпілого, а саме понад 21 день стаціонарного лікування, переломи рук або ніг, які не були небезпечними для життя на момент, коли сталися тощо.

**Незаконне поміщення у психіатричний заклад** (ст. 151 КК). Основним **безпосереднім об'єктом** цього злочину є *воля, честь і гідність людини*. Факультативним об'єктом кримінально-правової охорони можуть бути здоров'я людини та її життя.

Відповідно до презумпції психічного здоров'я кожна особа вважається такою, яка не має психічного розладу, доки наявність такого розладу не буде встановлено на підставах та в порядку, передбачених цим Законом та іншими законами України (ст. 3 Закону України від 22 лютого 2000 року «Про психіатричну допомогу»). Психічно хворою визнається особа, яка має психічний розлад як один з розладів її психічної діяльності, визначених Міжнародною статистичною класифікацією хвороб, травм і причин смерті.

*Потерпілим* від злочину є будь-яка фізична особа, яка не має психічного розладу.

**Суспільна небезпека** злочину найбільш масштабна порівняно з іншими злочинними проявами, передбаченими рамками конкретних статей розділу III Особливої частини КК. Вона полягає в тому, що під час такої неправомірної діяльності відбувається посягання одразу на три людські соціальні блага – право на особисту свободу, право на повагу до людської гідності і право на честь людини. Це відбувається через те, що винний не тільки позбавляє потерпілого свободи діяти певним чином і на власний розсуд, а й принижує його честь і гідність, перетворюючи того на психічно хворого.

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується діями у вигляді поміщення у психіатричний заклад завідомо психічно здорової людини.

Дії винного з приводу поміщення потерпілого до психіатричного закладу можуть бути як відкритими (потерпілий усвідомлює такий факт), так і таємними (потерпілий не усвідомлює такий факт, зокрема, через застосування щодо нього медичних, наркотичних чи інших препаратів. Однак спосіб вчинення цього злочину на кваліфікацію не впливає.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину є місце його вчинення, а саме психіатричний заклад. Під *психіатричним закладом* слід розуміти психоневрологічний, наркологічний чи інший спеціалізований заклад, центр, відділення тощо всіх

форм власності, діяльність яких пов'язана з наданням психіатричної допомоги.

Під *поміщенням* до психіатричного закладу слід розуміти дії з приводу примусового зарахування як пацієнта психічно здорової людини.

Цей злочин є **закінченим** з моменту безпосереднього оформлення потерпілого як психічно хворого в психіатричний заклад. Причому таке оформлення має бути підтверджене відповідними документами про те, що потерпілим є психічно хвора людина.

Незаконне поміщення потерпілого до психіатричного закладу без оформлення документів на нього як на психічно хворого або утримання його в такому закладі без таких документів має розцінюватись як незаконне позбавлення волі, яке підлягатиме кваліфікації за ч. 1 ст. 146 КК. Застосування щодо такого потерпілого медичних чи інших препаратів повинно додатково кваліфікуватись за статтями КК про відповідальність за злочини проти життя чи здоров'я.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Ним може бути лише лікар-психіатр. Учинення такого злочину службовою особою з використанням наданих їй службових повноважень має додатково кваліфікуватись як перевищення влади.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Ставлення ж до наслідків такого злочину може бути лише необережним.

Законодавець, описуючи злочин, що розглядається, у диспозиції ч. 1 ст. 151 КК використав термін «завідомо», що говорить про те, що для кваліфікації за цією нормою має бути встановлено, що винний достовірно був обізнаний про відсутність психічного розладу у потерпілого.

**Кваліфікований вид** злочину, передбаченого ст. 151 КК, викладено в ч. 2 і передбачає діяння, якщо воно потягло тяжкі наслідки. Під *тяжкими наслідками* слід розуміти смерть потерпілого, самогубство, тяжкі тілесні ушкодження тощо.

### Рекомендована література

1. Алихаджиева И. О разграничении торговли людьми и вовлечения в занятие проституцией (статьи 127.1 и 240 УК России) // Уголовное право. – 2008. – № 1. – С. 4-8.

2. Борисов В.І., Козак В.А. Торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини: характеристика складу злочину // Альманах кримінального права: збірник статей. Вип. 1 / Відповід. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. – К.: Правова єдність, 2009. – С. 151-171.

3. Бортник В.А. Кримінально-правова охорона честі та гідності особи: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 19 с.

4. Володіна О.О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини. – Х.: СПД-ФО Мальцев О.В., 2005. – 221 с.

5. Гришук О.В. Людська гідність у праві: філософські проблеми. – К.: Атіка, 2007. – 432 с.

6. Давидович І., Онопенко В. Захоплення заручників: проблеми визначення об'єктивної сторони та співвідношення з іншими посяганнями // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 6. – С. 127-130.

7. Доляновська І.М. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей (аналіз складу злочину): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 18 с.

8. Зубкова В.И. Ответственность за преступления против личности по законодательству России. – М.: НОРМА, 2005. – 256 с.

9. Казамиров А.И. Уголовно-правовая защита права человека на свободу: Дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2003. – 179 с.

10. Калмиков Д.О. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей: Монографія; наук. ред. д-р юрид. наук, проф. М.І. Хавронюк; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – 560 с.

11. Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: Навчальний посібник / За заг. ред. В.В. Коваленка; за наук. ред. О.М. Джужи та А.В. Савченка. – К.: Атіка, 2011. – С. 82-124.

12. Курт Бартол. Психология криминального поведения. – СПб.: «Прайм-Еврознак», 2004. – 352 с.

13. Куц В.М., Орлеан А.М. Прокурорські засоби протидії торгівлі людьми: Науково-практичний посібник / За ред. Г.П. Середи. – К.: Варта, 2007. – 168 с.

14. Лизогуб Я.Г., Яценко С.С. Протидія торгівлі людьми: аналіз вітчизняного та зарубіжного законодавства: Навчальний посібник / Наук. ред. д-р юрид. наук, проф. С.С. Яценко. – К.: Атіка, 2005. – 240 с.

15. Лизогуб Я.Г. Використання примусової та рабської праці // Прокуратура, людина, держава. – 2005. – № 8. – С. 60-66.

16. Лизогуб Я.Г. Захоплення заручників (ст. 147 КК України): деякі проблеми вживання юридичної термінології // Адвокат. – 2007. – № 12. – С. 9-11.

17. Лизогуб Я.Г. Ознаки основного складу злочину «захоплення заручників»: проблеми та перспективи законодавчого визначення // Вісник прокуратури України. – 2008. – № 10. – С. 80-83.



18. Лизогуб Я.Г. Незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146 КК України): деякі проблеми кваліфікованого складу // Право України. – 2008. – № 10. – С. 126 – 129.

19. Наден О.В. Торгівля жінками як кримінально-правова та соціальна проблема сучасності. – К.: Атіка, 2004. – 288 с.

20. Овчинникова Г.В., Павлик М.Ю., Коршунова О.Н. Захват заложника: уголовно-правовые, криминологические и криминалистические проблемы. – СПб.: Юридический центр Пресс», 2001. – 259 с.

21. Орлеан А.М. Кримінально-правова характеристика торгівлі людьми. – Х.: СИМ, 2005. – 180 с.

22. Паньчук О.В. Кримінологічна характеристика експлуатації дітей: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2008. – 20 с.

23. Підгородинський В.М. Відповідальність за торгівлю людьми за кримінальним законодавством України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2005. – 219 с.

24. Протидія організованій злочинності у сфері торгівлі людьми / За заг. ред. академіка Академії правових наук, д.ю.н., проф. Борисова В.І. та д.ю.н., проф. Гуторової Н.О. – Х.: Одісей, 2005. – 288 с.

25. Скулиш Є. Структурні компоненти формування теоретичних основ протидії торгівлі людьми в Україні // Право України. – 2010. – № 4. – С. 283-291.

26. Стрекалов Є.Ф., Орлеан А.М. Теоретичні та практичні аспекти застосування ст. 149 КК України // Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 9. – С. 30-35.

27. Тасаков С.В. Нравственные основы норм уголовного права о преступлениях против личности. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 172-212.

28. Хавронюк М., Калмиков Д. Деякі питання удосконалення відповідальності за злочини проти волі дитини // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 10. – С. 42-48.

## ГЛАВА 6

ЗЛОЧИНИ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ  
НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ**6.1. Загальна характеристика злочинів проти  
статевої свободи та статевої недоторканості особи**

Виокремлення в Особливій частині Кримінального кодексу України 2001 р. розділу IV «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи», будучи історично і науково обґрунтованим кроком, засвідчує посилення уваги з боку держави до стану сексуальних відносин у суспільстві. Відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Ст. 29 Основного Закону країни проголошує, що кожна людина має право на свободу та особисту недоторканість. У комплексі невід'ємних прав і свобод людини і громадянина важливе місце займає статевая свобода, а всебічне забезпечення статевої недоторканості вважається виміром цивілізаційної зрілості суспільства, його здатності створити умови для гармонійного розвитку підростаючого покоління. Стан забезпечення реалізації права людини на її свободу і недоторканість (у т.ч. статево) справедливо визнається показником морального здоров'я суспільства, індикатором його духовності і ставлення до загальнолюдських цінностей<sup>1</sup>.

Складність проблематики кримінальної відповідальності за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи не в останню чергу зумовлена тим, що у цьому разі йдеться про поведінку в інтимній сфері життя людини як соціально-біологічної істоти. Це, до речі, не в останню чергу загострює проблему латентності розглядуваних злочинів. Чимало потерпілих від вказаних злочинів прагнуть уникати як розголосу того, що вони стали жертвами сексуальної агресії, так і додаткових переживань, дискомфорту, неминучих при розслідуванні та судовому розгляді кримінальних справ про статеві злочини.

Як писали свого часу М.Д. Шаргородський і П.П. Осіпов, біологічна сторона статевої відносин

становить найбільш інтимну і неконтрольовану з зовнішнього боку сферу, яку безглуздо піддавати правовому регулюванню. Тому кримінально-правова охорона може поширюватись лише на соціальну сторону статевої відносин<sup>2</sup>. Сексуальне життя дорослих психічно здорових людей – їх особиста справа, яка має підлягати кримінально-правовій регламентації лише тоді, коли це потрібно для охорони прав та інтересів інших осіб, а також інтересів суспільства.

Статевая свобода і статевая недоторканість особи виступають **родовим об'єктом** злочинів, норми про відповідальність за які об'єднані в розділ IV Особливої частини чинного КК. До злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи віднесено: зґвалтування (ст. 152); насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ст. 153); примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154); статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155); розбещення неповнолітніх (ст. 156).

Сферу сексуальних відносин зачіпають й інші, крім зазначених вище, злочини. Вони, щоправда, вважаються вітчизняним законодавцем кримінально караними посяганнями на моральність. Маються на увазі ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів (ст. 301 КК), створення або утримання місць розпусти і звідництво (ст. 302 КК), сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією (ст. 303 КК).

Варто нагадати, що норми про відповідальність за примушування за зайняття проституцією (ст. 170) і звідництво, утримання домів розпусти і вербування жінок для проституції (ст. 171) у КК УСРР 1922 р. розміщувались (поряд із нормами, присвяченими статевим зносинам з особою, яка не досягла статевої зрілості, розбещенню неповнолітніх, зґвалтуванню і примушуванню жінки до вступу у статевий зв'язок) у

<sup>1</sup> Дорош А.В. Підвищення ефективності застосування законодавства про кримінальну відповідальність за злочини у сфері сексуальних відносин // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріали конференції, 15 травня 2008 р. / Ред. кол.: В.І. Борисов (голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2008. – С. 47, 50.

<sup>2</sup> Курс советского уголовного права. Часть Особенная / Отв. ред. проф. Н.А. Беляев, проф. М.Д. Шаргородский. – Т. 3. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1973. – С. 622-623.

підрозділі під назвою «Злочини у сфері статевих відносин».

У період чинності цього КК П.І. Люблінський серед злочинів у сфері статевих відносин виокремлював переслідування проституції і злочинне сприяння чужій розпусті, відносячи до такого сприяння звідництво, утримання притонів розпусти, вербування жінок для проституції і втягнення у проституцію, розповсюдження порнографічних творів, влаштування цинічних видовищ<sup>3</sup>.

О.М. Джужа пропонує перенести статті 301, 302 і 303 до розділу IV Особливої частини КК, змінивши назву останнього на «Злочини проти статевої волі і моральності»<sup>4</sup>. При цьому не пояснюється відмова у назві зазначеного розділу КК від вказівки на статеву недоторканість особи. Пропозиція О.М. Джужі певною мірою враховує не лише власний історичний, а й відповідний зарубіжний досвід, адже у кримінальному законодавстві деяких країн злочини, пов'язані із звідництвом, сутенерством, проституцією і порнографією, віднесено до статевих злочинів. Зокрема, в законодавстві Аргентини, Іспанії, Латвії, Польщі, Таїланду, ФРН і Швейцарії приписи, присвячені незаконному обігу порнографії, розміщені серед норм про кримінальну відповідальність за статеві злочини.

З точки зору чинного КК статеві свобода або статеві недоторканість особи може виступати додатковим безпосереднім об'єктом злочинів, відповідальність за які встановлена іншими нормами, а не тими, що об'єднані в розділ IV. Сказане стосується, наприклад, передбаченого ст. 303 КК сутенерства або втягнення особи в зайняття проституцією<sup>5</sup>.

У кримінально-правовій доктрині існують різні підходи щодо змісту і співвідношення та-

<sup>3</sup> Люблінський П.І. Преступления в области половых отношений. – М.-Л.: Изд-во А.Д. Френкель, 1925. – С. 27, с. 145-220.

<sup>4</sup> Джужа О.М. Запобігання злочинам, що пов'язані із сексуальним насильством: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – С. 44-45, 92.

<sup>5</sup> На думку А.В. Плотнікової, примушування до зайняття проституцією, каране за ч. 1 ст. 303 КК, є формою злочинного порушення статевої свободи особи, вельми спорідненою із передбаченим ст. 154 КК примушуванням до вступу в статевий зв'язок. Перш за все від примушування до зайняття проституцією страждає статеві свобода особи, тоді як моральність треба визнавати додатковим об'єктом цього злочину. Разом з тим А.В. Плотнікова не вважає за потрібне переносити кримінально-правову норму про примушування до зайняття проституцією до розділу IV Особливої частини КК України, оскільки пропонує визнавати це діяння особливо кваліфікуючою ознакою організації заняття проституцією – злочину, основним безпосереднім об'єктом якого виступатиме моральність у сфері статевих відносин, а додатковим – статеві свобода (статеві недоторканість) особи (Плотнікова А.В. Кримінальна відповідальність за організацію заняття проституцією: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2009. – С. 104-105, 128-130).

ких категорій, як статеві свобода і статеві недоторканість особи, законодавчі визначення яких відсутні.

Наприклад, розгорнуті визначення статевої свободи і статевої недоторканості особи пропонує Л.В. Дорош. Під статевою свободою харківський правознавець розуміє право особи на самовизначення у сфері статевих відносин, тобто її реальну можливість вступати в добровільне сексуальне спілкування з обраним партнером у будь-який час і в будь-якій сексуально прийнятній формі за умови, що воно не суперечить нормативно-правовим приписам щодо охорони особи та громадського порядку. Статеві недоторканість – це неприпустимість сексуального спілкування з дітьми, які не досягли статевої зрілості, та особами, які внаслідок хворобливого психічного стану не усвідомлюють наслідків та соціального значення такого спілкування<sup>6</sup>.

На думку Б.А. Бліндера, статеві свобода полягає у свободі, гарантованій жінці, незалежно від впливу іншої особи у кожному конкретному випадку допускати або не допускати задоволення щодо себе чужого статевого почуття з боку певної особи, в певний час і за певних обставин. За такого тлумачення статевої свободи, вважає науковець, насильницькі статеві зносини не переставляють визнаватися згвалтуванням і в тому разі, коли вони вчиняються особою, з якою жінка раніше вступала в статевий зв'язок або з якою вона проживає спільно<sup>7</sup>.

Інколи вада викладеного розуміння статевої свободи вбачається у тому, що її суть зводиться до допущення (недопущення) щодо себе чужого статевого почуття; як наслідок, особа виступає не стільки суб'єктом, скільки об'єктом статевих відносин. Насправді статеві свобода – не лише статеві свобода від примусу, а й статеві свобода на самовизначення у статево-спілкуванні. Тут, мабуть, не буде зайвим нагадати, що про статеві свобода допускати або не допускати щодо себе задоволення чужого статевого почуття раніше писав О.О. Жижиленко, який, щоправда, розглядав цю статеві свобода як складову статевої недоторканості особи<sup>8</sup>.

Під **статевою свободою** у цьому підручнику пропонується розуміти право особи самостійно обирати собі партнера для сексуального спілкування, форму такого спілкування і

<sup>6</sup> Дорош Л.В. Статеві недоторканість особи та її кримінально-правова охорона // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наук. праць. Випуск 14 / Ред. кол.: Ю.В. Баулін (голов. ред.) та ін. – Х.: вид-во «Кроссрууд», 2007. – С. 70, 73.

<sup>7</sup> Блиндер Б.А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. – Ташкент: Изд-во Ташкентского гос. ун-та им. В.И. Ленина, 1970. – С. 12.

<sup>8</sup> Жижиленко А.А., Оршанский Л.Г. Половые преступления. – Л.: Изд-во «Рабочий суд», 1927. – С. 3-4.



не допускати у сфері сексуального спілкування будь-якого примусу<sup>9</sup>. Доросла і психічно здорова людина сама визначає, з ким і в який спосіб вона задовольнятиме власні статеві потреби. Інакше кажучи, статеві свободи пов'язується із спроможністю особи розпоряджатись собою у сфері сексуального спілкування.

Натомість **статева недоторканість** означає охоронюваний кримінальним законом стан, за якого забороняється вступати у сексуальні контакти з особою, яка з певних причин (наприклад, через недосягнення статевої зрілості) не є носієм статевої свободи. Взагалі недоторканість, будучи поняттям абсолютним, означає, що певні інтереси недоторканої особи за жодних умов не можуть бути порушені іншою особою, а будь-які сексуальні дії, вчинені щодо недоторканої особи, визнаються кримінально караними.

Навряд чи правильно без будь-яких застережень визнавати основним безпосереднім об'єктом статевих злочинів, вчинюваних проти неповнолітніх, статеву недоторканість, а так само заявляти, що на неповнолітніх осіб право статевої свободи не поширюється<sup>10</sup>. Річ у тім, що не будь-яка неповнолітня особа може вважатись статево недоторканою.

Так, з урахуванням закріпленого у ч. 2 ст. 23 СК положення про надання за рішенням суду права на укладення шлюбу особі, якій виповнилось 14 років, у літературі вже ставиться слушне питання про те, чи має статеву свободу 14-річна особа жіночої статі, яка одружена або яка ще не одружена, але якій у судовому порядку надане право на шлюб<sup>11</sup>. Тим більше, що особа, якій суд у порядку застосування ч. 2 ст. 23 СК надав право на шлюб, може відмовитись від реєстрації шлюбу. Видається, що питання про володіння статевою свободою актуалізується і щодо тієї **неповнолітньої** особи, яка народила дитину та у

<sup>9</sup> Цікаво, що під час ухвалення у 2005 р. нового КК Туреччини вирішено було не називати статеві злочини злочинами проти сексуальної свободи особи, позаяк для більшості громадян цієї країни поняття сексуальної свободи все ще несе на собі відтінок розпусти (Телленбах С. О новом Уголовном кодексе Турции // Уголовное право. – 2006. – № 2. – С. 75-76).

<sup>10</sup> Козляк Л.Г. Кримінологічна характеристика особистості злочинця, який вчинив статевий злочин щодо неповнолітнього: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 6, 8; Витвицкая С.С. Криминологические проблемы предупреждения преступных посягательств на нравственное и физическое развитие несовершеннолетних: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 35, 41-42.

<sup>11</sup> Крючкова О.В. Співвідношення поняття «шлюбний вік» з поняттям «неповнолітня особа» у складі злочинів, передбачених ст. ст. 152 та 153 КК України // Актуальні проблеми формування громадянського суспільства та становлення правової держави. Збірник наукових праць міжнародно-практичної конференції. – Черкаси: Черкаський національний університет ім. Б. Хмельницького, 2010. – С. 279. Уточнимо лише, що відповідно до Закону України від 15 березня 2012 р. «Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо підвищення шлюбного віку» у чинній редакції ч. 2 ст. 23 Сімейного кодексу України фігурує 16-річний вік.

зв'язку з цим на підставі ч. 2 ст. 4 СК має право на створення сім'ї.

На думку російського науковця С.В. Тасакова, статеві недоторканість передбачає кримінально-правову заборону на вчинення будь-яких сексуальних дій щодо особи, яка не досягла встановленого законом віку<sup>12</sup>. Однак статеву недоторканість як об'єкт кримінально-правової охорони треба пов'язувати не лише з певним віком потерпілої особи, а й з перебуванням останньої у безпорадному стані (точніше у стані психічної безпорадності), а в Україні – і в статевонезрілому стані.

Заслугує на підтримку висловлена у доктрині позиція, згідно з якою фізично безпорадні особи мають статеву свободу; щоправда, вони не здатні захистити своє рішення вступати або не вступати в статеві зносини з іншою особою. Звідси робиться висновок, що при згвалтуванні особи, яка перебуває у стані фізичної безпорадності, або насильницького задоволення статевої пристрасті, вчиненого стосовно фізично безпорадної особи, об'єктом злочину виступає статеві свободи, а не статеві недоторканість<sup>13</sup>.

З огляду на сказане і назву розділу IV Особливої частини КК, статеві свободи і статеві недоторканість особи – поняття-антиподи, які носять самостійний характер і не перехреснюються. Можна сказати і так: статеві недоторканість – це право особи не зазнавати сексуального насильства, право на захищеність від сексуальних посягань (пасивне право) в той час, як статеві свободи (активне право) – це право на вибір статевих партнерів і не заборонених законом форм сексуального задоволення<sup>14</sup>.

**Суспільна небезпека** розглядуваних злочинів визначається не лише посяганням на статеві свободи або статеві недоторканість особи, а й заподіянням шкоди іншим цінностям – нормальному фізичному, психічному і духовному розвитку дітей, здоров'ю, честі і гідності особи, власності тощо.

<sup>12</sup> Тасаков С.В. Нравственные основы уголовно-правовых норм, направленных на охрану личности, ее прав, свобод и законных интересов: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Екатеринбург, 2010. – С. 36-37.

<sup>13</sup> Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. II: Преступления против личности. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 487; Москаль Д.П. Кримінально-правова характеристика згвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 88; Энциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – С. 21-22, 166.

<sup>14</sup> Поддубная Е.В. Изнасилование и насильственные действия сексуального характера: уголовно-правовая характеристика и квалификация: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 8, 18-19.

Так, передчасний (до досягнення статевої зрілості) вступ у статевий зв'язок може завдати серйозної шкоди здоров'ю підлітка (пошкодження статевих органів, анального отвору, органів черевної порожнини, сильні кровотечі тощо), викликати безпліддя, що врешті-решт погіршує стан репродуктивного здоров'я нації, а розбещення неповнолітніх здатне викликати у потерпілих від цього злочину різні статеві збочення.

Статеві злочини, вчинені стосовно неповнолітніх, не лише завдають потерпілим фізичної і психічної шкоди, а й порушують їх нормальні життєві зв'язки та, як наслідок, негативним чином впливають на духовний розвиток неповнолітніх, останні відчувають себе безпорадними і неповноцінними членами суспільства<sup>15</sup>.

Пережите дітьми сексуальне насильство накладає відбиток на все їх подальше життя, впливає на формування їх особистості і характеру, психічне і фізичне здоров'я, що є криміногенно і віктимологічно значущим фактором. Це насильство може призводити до жорстокості, імпульсивності, агресивності, саморуйнівної поведінки, алкоголізації, наркотизації і проституції. Особи, які у дитинстві пережили сексуальне насильство, у дорослому віці самі можуть бути схильні до сексуальних порушень у формі педофілії<sup>16</sup>.

Вважається, що сексуальна спрямованість психіки підлітка є небажаною: раннє статеве життя, штучно стимулюючи статеву потребу, не лише загострює ризик настання відповідних захворювань (у т.ч. венеричних) і абортів, а й перешкоджає нормальному дозріванню психосексуальної індивідуальності, відволікає увагу від досягнення соціально важливих цілей (отримання освіти, вибір професії тощо), породжує психологічні проблеми – робить підлітків цинічними, безсоромними, не здатними розуміти глибокі почуття, що може негативним чином вплинути на майбутнє сімейне життя підростаючого покоління.

Продовжуючи висвітлювати питання про суспільну небезпеку аналізованих злочинів, слід сказати, що психічні розлади як наслідок зґвалтування, яке є найбільш небезпечним і поширеним статевим злочином, нерідко переслідують жінку протягом всього її життя. У зв'язку з тим, що зґвалтування здатне викликати розвиток психогенних реакцій, фахівці навіть виділяють «синдром травми зґвалтування», який потребує психіатричного спостереження і лікування. Цей синдром може виражатись у страху, тривожності, постійній напрузі, втраті самоповаги, у відчутті

своєї вразливості. У багатьох жертв зґвалтування спостерігаються тривалі депресії, порушення сну, головні болі, апатія, різні фобії, надовго зберігається недовіра до оточуючих. Через рік після зґвалтування жертви починають відчувати стан соціальної і сексуальної дисфункції, з'являється гнів (у т.ч. до себе і правозастосовних органів, які не викрили гвалтівника або покарали його занадто м'яко), зменшується здатність насолоджуватися життям. Жертви зґвалтувань порівняно з жінками, які не ставали потерпілими від цього злочину, в 8,7 разів частіше намагаються закінчити життя самогубством. У жінок у віці від 15 до 44 років зґвалтування і насильство у сім'ї скорочують життя більше, ніж тяжкі ракові захворювання, війни або дорожньо-транспортні пригоди<sup>17</sup>.

Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи нерідко поєднуються з іншими злочинними посяганнями на особу – умисними вбивствами, тілесними ушкодженнями, викраденнями людини тощо.

Закріплена у кримінальному законодавстві тієї чи іншої країни система статевих злочинів має історично мінливий характер і визначається чималою кількістю факторів, зокрема, усталеним у конкретному суспільстві укладом статевих відносин<sup>18</sup>, існуючими традиціями і проголошеними пріоритетами правового захисту, зумовленими в т.ч. цивілізаційними та релігійними чинниками.

Наприклад, законодавство дореволюційної Росії визнавало злочином не лише любодіяння (цим поняттям охоплювалось у т.ч. зґвалтування

<sup>17</sup> Банных Е.Н. Виктимологический аспект поведения женщин – жертв преступления: Дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2006. – С. 98-99; Каменева А.Н. Дискуссионные вопросы ответственности за изнасилование по уголовному законодательству Российской Федерации и уголовным законодательствам зарубежных государств: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – С. 2.

<sup>18</sup> Питання про визнання вказаного укладу родо-вим об'єктом статевих злочинів вирішується в юридичній літературі суперечливо (див., наприклад: Блиндер Б.А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. – Ташкент: Изд-во Ташкентского гос. ун-та им. В.И. Ленина, 1970. – С. 11; Дьяченко А.П. Уголовно-правовая охрана граждан в сфере сексуальных отношений: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1993. – С. 17; Витвицкая С.С. Криминологические проблемы предупреждения преступных посягательств на нравственное и физическое развитие несовершеннолетних: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 34-35, 48; Агафонов А. Половая свобода и половая неприкосновенность личности как объект уголовно-правовой охраны // Уголовное право. – 2006. – № 6. – С. 6-7; Тасаков С.В. Нравственные основы уголовно-правовых норм, направленных на охрану личности, ее прав, свобод и законных интересов: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Екатеринбург, 2010. – С. 35; Чмут С.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2010. – С. 68-69; Энциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – С. 14).

<sup>15</sup> Козлюк А.Г. Криминологична характеристика особистості злочинця, який вчинив статевий злочин щодо неповнолітнього: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 9.

<sup>16</sup> Гусева О.Н. Педофильная виктимизация и виктимологическая профилактика педофильных преступлений: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2011. – С. 4.

і розтіння малолітньої особи), а й, зокрема, перелюбство (статевий зв'язок того, хто перебував у шлюбі, із сторонньою особою), зваблювання (втягнення незаміжньої особи жіночої статі у статевий зв'язок шляхом урочистої обіцянки вступити з жінкою у шлюб), мужолозтво і кровозміщення. Кримінальне законодавство окремих зарубіжних країн, яке також визнає зваблювання злочинном, встановлює спеціальні вимоги до потерпілої особи: вона має бути лише незайманою неповнолітньою дівчиною (Бразилія, Панама, Уругвай, Чилі), незаміжньою жінкою хорошої репутації (Філіппіни) або просто чесною жінкою (Болівія, Гватемала, Еквадор).

У країнах, кримінальне законодавство яких ґрунтується на нормах шаріату, суворі відповідальність зберігається за перелюбство (позашлюбні статеві зносини), котре розглядається як небезпечне посягання на продовження роду, засади моралі та інтереси сім'ї. Так, у Лівії, яка на початку 70-х рр. XX ст. встала на шлях ісламізації своєї правової системи, за цей злочин, відповідно до вимог Корану, встановлено тілесне покарання у вигляді 100 ударів шкіряним батоном, однак забивання камінням на смерть (раджм), як цього вимагає Сунна пророка Мухамеда, не передбачено. На сьогодні порушення подружньої вірності визнається злочином і в деяких інших країнах (зокрема, Венесуела, Індія, Мексика, Сан-Маріно, Філіппіни), а також у 23 штатах США.

Протягом двох останніх десятиліть чимало країн (наприклад, Австралія, Бельгія, Великобританія, Ізраїль, Італія, Канада, Нова Зеландія) встали на шлях криміналізації «жіночого обрізання» – шкідливого хірургічного втручання, що полягає у частковому видаленні жіночих статевих органів. Цей варварський звичай, спрямований на збереження цноти і поширений серед вихідців з африканських та азійських країн, нерідко стає причиною безпліддя та інших серйозних ускладнень для здоров'я жінки<sup>19</sup>.

В колишньому СРСР, починаючи з 1934 р., існувала кримінальна відповідальність за добровільне мужолозтво. В сучасній Україні виходять з того, що здійснюваний на добровільних засадах гомосексуалізм, тобто сексуальний потяг до осіб своєї статі, має розглядатись не як діяння, заборонене під загрозою кримінального покарання, а як особливий стан організму людини, нетипова сексуальна поведінка, якщо хочете, дефект природи. Я.І. Гілінський однак називає і гомосексуалізм, і бісексуальність «нормальними» станами у тому сенсі, що вони є результа-

<sup>19</sup> Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 189.

том поліваріантності сексуального потягу, який сформувався в процесі еволюції роду людського. Якби всі інші форми, крім гетеросексуальності, були б абсолютно патологічні, вони давно б зникли в результаті природного відбору. В сучасному світі, за даними різних досліджень, стійку гомосексуальну орієнтацію мають в середньому від 1 до 6 % чоловіків і від 1 до 4 % жінок<sup>20</sup>. Всесвітня організація охорони здоров'я не визнає на сьогодні такі прояви сексуальної орієнтації, як гомосексуалізм і бісексуальність (сексуальний потяг до осіб обох статей) психічними патологіями<sup>21</sup>. У справі «Даджен проти Сполученого королівства» (1981 р.) Європейський Суд з прав людини встановив, що кримінально-правова заборона добровільних приватних гомосексуальних стосунків між дорослими чоловіками, які можуть адекватно оцінювати і контролювати свої дії, порушує положення ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. «Право на повагу до приватного і сімейного життя»<sup>22</sup>. Подібні рішення, винесені Європейським Судом з прав людини, змусили законодавців Австралії, Ірландії та Кіпру скасувати кримінальну відповідальність за гомосексуальні зв'язки. У той же час кримінальна відповідальність за добровільне мужолозтво продовжує існувати у багатьох мусульманських країнах. А в деяких країнах (Болгарія, Греція, Канада, Куба, Румунія, Сан-Маріно) спостерігається так звана «залишкова криміналізація» добровільного мужолозтва, яка полягає у визнанні злочинами вчинення актів мужолозтва за винагороду або в публічному місці, схилення інших осіб до таких актів, пропаганди мужолозтва тощо<sup>23</sup>.

Взагалі світові тенденції розвитку кримінального законодавства про відповідальність за статеві злочини полягають як у послідовній його лібералізації (проявляється, зокрема, у декриміналізації перелюбства, зваблювання, добровільного мужолозтва) та усуненні гендерної нерівності, так і в посиленні кримінально-правового захисту дітей від різних форм сексуального насильства і сексуальної експлуатації.

<sup>20</sup> Гилинский Я.И. Девиантность, преступность, социальный контроль. Избранные статьи. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 62-70.

<sup>21</sup> Дерягин Г.Б. Криминальная сексология. Курс лекций для юридических факультетов. – М.: Московский ун-т МВД России. Изд-во «Щит-М», 2008. – С. 271.

<sup>22</sup> Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. Т.1 / Председатель редакционной коллегии – доктор юридических наук, профессор В.А. Туманов. – М.: Изд-во НОРМА, 2001. – С. 360-384.

<sup>23</sup> Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 155-156.



Так, законопроектом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з ратифікацією Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального розбещення» КК пропонується доповнити ст. 156-1 «Сексуальне домагання дитини». У висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на законопроект справедливо вказується на необґрунтованість і сумнівність пропонованої законодавчої новели.

Зокрема, зазначається, що схиляння малолітньої, неповнолітньої віком до шістнадцяти років дитини до дій сексуального характеру з метою розбещення чи вступу в статеві зносини шляхом пропонування і організації (створення необхідних умов) зустрічі або проведення такої зустрічі, вчинене за допомогою комп'ютерних систем чи телекомунікаційних мереж (ч. 1 ст. 156-1 КК у редакції законопроекту), є за чинним законодавством України не чим іншим, як готуванням до розбещення неповнолітньої особи або до статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, та мають кваліфікуватись, відповідно, за ч. 1 ст. 14 і ст. 156 або ст. 155 КК. За відповідною міжнародно-правовою нормою криміналізації підлягає лише та умисна пропозиція, зроблена дорослою людиною за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій, зустрітися з дитиною з метою її залучення до діяльності сексуального характеру, після якої відбулися істотні дії, що призвели до цієї зустрічі. Законопроектом ж пропонується карати саму спробу організації такої зустрічі, навіть якщо ця зустріч не відбулася.

На думку експертів, не зрозуміло, чому законопроектом пропонується визнати окремим злочином вказані діяння, що вчинені лише за допомогою комп'ютерних систем чи комунікаційних мереж. Адже навряд чи такий спосіб схиляння дитини до дій сексуального характеру свідчить про його підвищену суспільну небезпеку порівняно з аналогічними діями, вчиненими іншим способом (наприклад особисто або у поштовому листуванні). Невиправданим названо і виділення такої особливо кваліфікуючої ознаки сексуального домагання дитини, як спричинення тяжких наслідків. Про які наслідки може йтися, якщо вказане у законопроекті діяння пропонується вважати закінченим злочином з моменту пропонування та організації зустрічі з дитиною?

Злочини, передбачені розділом IV Особливої частини КК 2001 р., залежно від того, чи застосовується при їх вчиненні фізичне та психічне насильство, можуть бути поділені на: 1) насильницькі статеві злочини (статті 152, 153, 154); 2) ненасильницькі статеві злочини (статті 155, 156)<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> В юридичній літературі можна відшукати й чимало

Слід визнати, що запропонована класифікація, не дивлячись на її традиційність, є доволі умовною. Адже зґвалтування і задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчинені з використанням безпорадного стану потерпілої особи, коли волевиявлення останньої не придушується, а просто ігнорується, лише з певною часткою умовності можуть називатись насильницькими злочинами.

Вельми категорично висловлюється з цього приводу Л.Д. Гаухман, на думку якого насильство при зґвалтуванні відіграє роль факультативного елемента, оскільки зґвалтуванням можуть бути і статеві зносини з використанням безпорадного стану потерпілої особи, тобто *без застосування насильства*<sup>25</sup>. Показовою в цьому плані є і позиція М.І. Хавронюка. Виходячи з того, що поєднані з використанням безпорадного стану потерпілої особи зґвалтування і задоволення статевої пристрасті неприродним способом не можуть називатись насильницькими діяннями, науковець пропонує присвятити цим, на його думку, менш суспільно небезпечним посяганням окремі кримінально-правові норми<sup>26</sup>.

Статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, віднесені згідно із пропонованою класифікацією до ненасильницьких злочинів, як буде показано нижче, можуть бути і недобровільними, супроводжуватись певними погрозами, що дозволяє констатувати наявність психічного насильства. Розбещення неповнолітніх, також визнане ненасильницьким злочином, може поєднуватись із застосуванням до потерпілої особи фізичного і психічного насильства.

Неточною є точка зору, згідно з якою до насильницьких статевих злочинів належать лише зґвалтування і насильницьке задоволення статевої

інших класифікацій злочинів проти статевої свободи і статевої недоторканості особи (Див., наприклад: Игнатов А.Н. Ответственность за преступления против нравственности (половые преступления). – М.: Юрид. лит., 1966. – С. 13-16; Яковлев Я.М. Половые преступления. – Душанбе: Ирфон, 1969. – С. 64-77; Краснюк Г.П. Ненасильственные сексуальные посягательства на лиц, не достигших четырнадцатилетнего возраста: Дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2000. – С. 25-28; Агафонов А.В. Ответственность за преступления против половой неприкосновенности и половой свободы. – Красноярск: СИБУП, 2004. – С. 60-72; Холод О.П. Поняття, спільні ознаки та класифікація злочинів проти статевої свободи і статевої недоторканості особи // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2009. – № 3. – С. 273-274).

<sup>25</sup> Гаухман Л.Д. Борьба с насильственными посягательствами. – М.: Юрид. лит., 1969. – С. 72.

<sup>26</sup> Хавронюк М.І. Відповідальність за зґвалтування: в Україні і за кордоном // Право і суспільство. – 2009. – № 3. – С. 85. Такий підхід втілено, наприклад, у КК Польщі. Згідно з цим Кодексом статеві зносини, вчинені з використанням безпорадного стану потерпілої особи, визнаються (якщо виходити з порівняльного аналізу санкцій ст. 197 і ст. 198 КК) привілейованим складом злочину «зґвалтування».

пристрасті неприродним способом<sup>27</sup>, адже до таких злочинів слід відносити і примушування до вступу в статевий зв'язок. Злочин, передбачений ст. 154 КК, є підстави визнавати насильницьким за такими критеріями, як спосіб вчиненого насильства, співвідношення мотивів і цілей, ступінь суспільної небезпеки<sup>28</sup>.

Обов'язковою ознакою складів розглядуваних злочинів є **потерпілий**, який може виділятися за певними ознаками, зокрема, за залежністю від винного (ст. 154 КК), недосягненням певного стану (ст. 155 КК) або віку (ч. 3, ч. 4 ст. 152, ч. 2 ч. 3 ст. 153, ст. 156 КК). Характерною особливістю КК 2001 р. є те, що в ньому, на відміну від КК 1960 р., забезпечується універсальний кримінально-правовий захист осіб будь-якої статі у сфері сексуального життя: потерпілими від цих злочинів може бути особа як чоловічої, так і жіночої статі.

**Об'єктивна сторона** статевих злочинів характеризується активною поведінкою винної особи – це фізичні та (або) інтелектуальні дії сексуальної спрямованості. За законодавчою конструкцією досліджувані злочини здебільшого побудовані як формальні склади. Примушування до вступу в статевий зв'язок сконструйоване як усічений склад злочину. Кваліфіковані види зґвалтування, насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом і статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, передбачені, відповідно, ч. 4 ст. 152, ч. 3 ст. 153 і ч. 2 ст. 155 КК, є злочинами з формально-матеріальними складами, оскільки однією з кваліфікуючих ознак у названих нормах названо спричинення особливо тяжких наслідків (у ч. 2 ст. 155 КК міститься альтернативна вказівка на безплідність чи інші тяжкі наслідки).

**Суб'єктом** статевих злочинів є осудна особа, яка досягла 14-річного (статті 152, 153 КК) або 16-річного віку (статті 154–156 КК). У переважній більшості випадків суб'єкт є спеціальним: його ознаки безпосередньо вказані у кримінальному законі (наприклад, у ч. 2 ст. 156 КК фігурує батько, мати, вітчим, мачуха, опікун, піклувальник або особа, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього) чи встановлюються шляхом тлумачення закону з урахуванням особливостей об'єктивної сторони того чи іншого злочину та ознак потерпілого.

Із **суб'єктивної сторони** всі злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи характеризуються прямим умислом. При

<sup>27</sup> Проблеми протидії злочинності: підручник / За ред. проф. О.Г. Кальмана. – Х.: Вид-во ТОВ фірма «Новасофт», 2010. – С. 147.

<sup>28</sup> Паутицька К.М. Примушування до вступу в статевий зв'язок як насильницький злочин // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2011. – № 1. – С. 228-232.

цьому психічне ставлення суб'єкта до певних ознак деяких злочинів (наприклад, до малолітнього віку потерпілого від зґвалтування) може набувати вигляду «необережності». Сексуальний мотив, тобто бажання задовольнити статеву потребу, не є обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони аналізованих злочинів, які можуть вчинятись і з інших спонукань.

Водночас злочинами, вчинюваними на сексуальному ґрунті, можуть бути визнані й ті злочини, які за чинним КК не належать до кримінально караних посягань на статеву свободу і статеву недоторканість особи. Йдеться, зокрема, про наругу над тілом померлого<sup>29</sup>, крадіжку речей фетишистом<sup>30</sup>, жорстоке поводження з тваринами<sup>31</sup>, ексгібіціонізм<sup>32</sup> у громадському місці, розцінюваний як хуліганство, так звані сексуальні вбивства. До характерних ознак вбивств, вчинюваних з метою задоволення злочинцем своїх сексуальних потреб, у літературі відносять завдання ударом ножом в область молочних залоз і статевих органів жертви, смоктання та облизування ран, які виникають при цьому, тертя об них статевим членом. В процесі вчинення таких дій і при вигляді страждань жертви у винного може виникати ерекція і відбуватись сім'явипорскування. Виокремлюють також шість типів сексуальних вбивств: вбивство, вчинюване з метою досягнення оргазму; вбивство, вчинюване в процесі переживання оргазму; вбивство, вчинюване з метою або в процесі подолання опору жертви, обраної для задоволення сексуальних потреб; вбивство, вчинюване з метою приховування сексуального злочину (наприклад, зґвалтування); вбивство, вчинюване з метою або в процесі позбавлення жертви можливості кликати на допомогу чи припинення таких закликів; вбивство, схоже на вбивство, вчинюване з метою досягнення оргазму<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Може бути зумовлена таким сексуальним відхиленням, як некрофілія (статевий потяг до трупів і вчинення з ними сексуальних дій). Некрофіл сексуально збуджується й отримує оргазм як від безпосереднього контакту з трупом, так і від його розчленування, вдихання запаху крові чи трупного запаху. Крайніми формами некрофілії вважаються прагнення вчинити наругу над трупом (нерідко набуває вигляду відрізання молочних залоз і вирізання статевих органів) і поїдання частин трупа, в т.ч. статевих органів.

<sup>30</sup> Фетишизм – сексуальне відхилення, за якого об'єктом статевого потягу виступає частина тіла, одяг або інший предмет, що символізує сексуального партнера.

<sup>31</sup> Мається на увазі зокрема така сексуальна девіація, як зоофілія (або содомія), під якою розуміється статевий потяг до тварин.

<sup>32</sup> Ексгібіціонізм – сексуальне відхилення, яке означає демонстрацію власних статевих органів незнайомим особам, вчинювану не у зв'язку з приготування до статевого акту, але з метою отримання сексуального задоволення.

<sup>33</sup> Старович З. Судебная сексология: Пер. с польск. – М.: Юрид. лит., 1991. – С. 122.

Виступаючи проти включення сексуально-го мотиву в юридичну характеристику статевих злочинів і стверджуючи, що з цим мотивом може вчинятись будь-який злочин, П.І. Люблінський як відповідні приклади наводив розтрату коштів, вчинену касиром для задоволення примх своєї коханки, і дітовбивство, вчинене жінкою для уникнення материнства і збільшення можливостей статевого життя<sup>34</sup>.

## 6.2. Насильницькі статеві злочини

**Зґвалтування** (ст. 152). Зґвалтування – це статеві зносини із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосуванням або з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

Ілюструючи тезу про те, що злочинність є соціальним конструктом і породжується законодавцем, Я.І. Гілінський зазначає, що навіть зґвалтування може бути легальним діянням: мається на увазі феодальне *jus prima noctis* або обряд ініціації дівчат у деяких суспільствах<sup>35</sup>.

Основним безпосереднім **об'єктом** злочину, передбаченого ст. 152 КК, є статеві свободи, а у разі зґвалтування особи, яка через певні обставини не є носієм статевої свободи (наприклад, є психічно хворою), – статеві недоторканість особи.

На думку В.І. Борисова і А.В. Дорош, статеві недоторканість виступає безпосереднім об'єктом зґвалтування, якщо потерпіла особа не досягла статевої зрілості<sup>36</sup>.

Згодом харківські правознавці справедливо уточнили, що про статеві недоторканість як безпосередній об'єкт зґвалтування слід вести мову і в тому разі, коли потерпілою від цього злочину виступає особа, яка перебуває у безпорадному стані<sup>37</sup>.

Додатковими об'єктами зґвалтування виступають нормальний фізичний і психічний розвиток дитини (за наявності відповідного потерпілого)

<sup>34</sup> Люблінский П.И. Преступления в области половых отношений. – М.-Л.: Изд-во Л.Д. Френкель, 1925. – С. 17-18, 21.

<sup>35</sup> Гилинский Я.И. Запрет как девиантогенный и криминогенный фактор // Шлях до криминології. Памяти Анатолія Петровича Закалюка: збірник матеріалів. – К.; Запоріжжя: КПУ, 2010. – С. 60.

<sup>36</sup> Борисов В.І., Дорош А.В. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (коментар до законодавства) // Форум права. – 2006. – №1. – С. 4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FT/2006-1/06bvicno.pdf> Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (Лекція 6 та 7). – Х.: Видавельць ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. – С. 24.

<sup>37</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 90.

та здоров'я особи (у випадку зґвалтування, поєднаного з фізичним насильством).

**Потерпілим** від зґвалтування може бути й особа, яка перебуває з винним в офіційно зареєстрованому або «фактичному» шлюбі, оскільки чинна редакція ст. 152 КК не містить обмежень у тому плані, що зґвалтуванням визнаються лише позашлюбні статеві зносини. Укладення шлюбу не позбавляє особу статевої свободи. Як було сказано у 1992 р. у Мюнхені (ФРН) при винесенні вироку за зґвалтування чоловіком своєї дружини, шлюб – це не магазин самообслуговування із задоволення сексуальних потреб; на вступ у статеві зносини потрібна згода і чоловіка, і дружини<sup>38</sup>.

Проектом Закону України «Про внесення змін та доповнень до Кримінального кодексу України (щодо посилення відповідальності за статеві злочини)» (№ 6323 від 9 листопада 2004 р.) диспозицію ч. 1 ст. 152 КК пропонувалось доповнити словосполученням «в тому числі у випадку, коли потерпіла особа перебуває з винним в офіційно зареєстрованому або фактичному шлюбі». Заперечуючи доцільність подібного вдосконалення КК, фахівці Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України слушно зауважили, що ст. 152 чинного КК покликана захищати статеву свободу і статеву недоторканість особи незалежно від того, чи перебуває особа у шлюбі з тим, хто посягає на неї. Виділення у тексті КК зазначеної категорії потерпілих буде юридично некоректним і лише загромаджуватиме кримінально-правову норму.

Тут доречно нагадати, що дореволюційні криміналісти (зокрема, А.С. Білогриць-Котляревський, О.В. Лохвицький, М.А. Неклюдов, М.С. Таганцев, І. Я. Фойницький) не визнавали потерпілою від зґвалтування власну жінку чоловіка, виходячи з того, що злягання є кінцевою метою шлюбу, а жінка, вступаючи у шлюб, тим самим відмовляється щодо свого чоловіка від права недоторканості. Обставиною, що збільшує кількість зґвалтувань у шлюбі, є впевненість чоловіків у тому, що: чоловік має право на сексуальні зносини зі своєю дружиною; жінкам подобається застосування сили (жінки таємно мріють про те, щоб бути зґвалтованими, й отримують від цього задоволення); насильство – підходящий для чоловіка спосіб висловити свої почуття і домогтись свого<sup>39</sup>. У деяких сучасних

<sup>38</sup> Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. II: Преступления против личности. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 497.

<sup>39</sup> Сексуальное насилие: теории, подходы и методы исследования / Ю.И. Пигонкин, О.А. Дмитриева, Н.Г. Щитов, Г.Б. Дерягин. – М.: ООО «Медицинское информационное агентство», 2008. – С. 146-147.



держав (як правило, мусульманських – Бруней, Індія, Індонезія, Малайзія, Ліван, Оман, Сінгапур) не вважається зґвалтуванням насильницький або вчинений чоловіком в інший характерний для зґвалтування спосіб статевий акт із власною дружиною.

Цікаво, згідно з § 203 КК Австрії, якщо особа вчиняє стосовно свого подружжя чи того, з ким вона перебуває у незареєстрованому шлюбі, зґвалтування чи сексуальне примушування без обтяжуючих обставин, то кримінальне переслідування є можливим тільки за заявою потерпілої особи. Передбачене ст. 190 КК Швейцарії зґвалтування дружини, вчинене її чоловіком, який проживає з нею спільно, карається тільки за скаргою, яка має бути подана не пізніше 6 місяців.

Ст. 262 КК штату Каліфорнія закріплює дві умови, дотримання яких уможливує кримінальне переслідування зґвалтування подружжя: 1) якщо протягом року інформація про таке діяння була доведена до відома названих у законі осіб – медичного працівника, адвоката, священника, співробітника агентства по боротьбі із зґвалтуваннями тощо; 2) припущення потерпілого про зґвалтування було підтверджено незалежним доказом. У теперішній час зґвалтування подружжя визнається злочином лише у 12 штатах США. В інших штатах закони не визнають чоловіка суб'єктом зґвалтування своєї дружини на тій підставі, що шлюб є свідченням згоди жінки сексуальні зносини<sup>40</sup>.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 477 КПК України 2012 р. зґвалтування, передбачене ч. 2 ст. 152 КК (а саме зґвалтування, вчинене повторно або особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 153–155 КК), якщо такий злочин вчинено чоловіком (дружиною) потерпілого, віднесено до кримінальних правопорушень, кримінальне провадження щодо яких розпочинатиметься лише на підставі заяви потерпілого.

На кваліфікацію за ст. 152 КК не впливає віктимна поведінка потерпілої особи, моральний аспект її характеристики (наприклад, вона є повією, веде безладне статеве життя), наявність попередніх статевих зносин з тим, хто притягується до відповідальності за її зґвалтування, досягнення нею шлюбного віку або статевої зрілості.

*За ч. 1 ст. 152 КК засудив Балаклавський районний суд м. Севастополя чоловіка, який із*

<sup>40</sup> Козочкин И.Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. – С. 370; Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 135.

*застосуванням фізичного насильства вчинив кілька статевих актів із жінкою, яка займається проституцією. Потерпіла, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, спочатку погодилась за винагороду зайнятись сексом, однак потім відмовилась надавати сексуальні послуги через те, що засуджений грубо до неї поставився<sup>41</sup>.*

У вітчизняній кримінологічній літературі формами віктимної поведінки жінки – потерпілої від зґвалтування визнаються: перебування у стані алкогольного, наркотичного та іншого сп'яніння; перебування у компанії малознайомих людей (ситуативні знайомства); перебування у компанії знайомих людей, коли існує реальна можливість сексуального нападу; поведінка жінки демонструє зневагу до норм моралі; сексуальне «інтриганство» з метою отримання вигоди; нехтування заходами особистої безпеки; наявність фізичних або психічних відхилень; аморальна репутація<sup>42</sup>.

Польський дослідник З. Старович поділяє жертви зґвалтування на три групи: 1) випадкові жертви; 2) особи, які несвідомо провокують сексуальну поведінку злочинця (це жінки, які легко встановлюють випадкові знайомства, демонструють при спілкуванні уявну сексуальну досвідченість та які виявляються захоплені раптовим розвитком подій); 3) особи, які свідомо провокують сексуальну поведінку злочинця з наміром в останній момент вийти із ситуації, що їм найчастіше не вдається зробити<sup>43</sup>.

Провокуюча поведінка потерпілої особи, створюючи у винного помилкове враження про сексуальну доступність жертви і збуджуючи сексуальну потребу суб'єкта злочину, зумовлює вчинення зґвалтування. З погляду чинного КК така поведінка, впливаючи на суспільну небезпеку вчиненого злочину, підлягає врахуванню при призначенні покарання.

У літературі наводиться такий наочний приклад віктимної поведінки особи, потерпілої від зґвалтування. Жінка провела ніч у гуртожитку для чоловіків з одним із його мешканців. Уранці після вживання значної кількості алкоголю і куріння анаші вона заснула у сусідній кімнаті. Скориставшись безпорадним станом жінки, чоловіки, які проживали у цій кімнаті, зґвалтували потерпілу. Таким чином, жінка сама сприяла виникненню ситуації, що об'єктивно створила можливість сексуального нападу з боку чоловіків<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Архів Балаклавського районного суду м. Севастополя. Справа № 1-32 за 2010 р.

<sup>42</sup> Губанова О.В. Кримінологічна характеристика та запобігання зґвалтуванню (на підставі матеріалів практики Автономної Республіки Крим): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 9-10.

<sup>43</sup> Старович З. Судебная сексология: Пер. с польск. – М.: Юрид. лит., 1991. – С. 103.

<sup>44</sup> Минская В.С. Безнравственность и сексуальные пре-

Окремі вітчизняні автори називають сумнівною точку зору, згідно з якою віктимна поведінка особи, потерпілої від зґвалтування, є підставою для пом'якшення покарання. Такий підхід, стверджують вони, суперечить завданню всебічної охорони статевої свободи жінки, тому що навіть її аморальна поведінка не може знизити рівень суспільної небезпеки вчиненого стосовно неї насильства<sup>45</sup>. Але ж кримінально-правова охорона статевої свободи особи, точність кваліфікації вчиненого статевих злочину і навіть (за Ю.М. Антоняном) визнання за жінкою однакового з чоловіком права на регулювання інтимних відносин не можуть і не повинні виключати як таку індивідуалізацію покарання. Керуючись ч. 2 ст. 66 КК, суд, залежно від конкретних обставин вчиненого злочину, на сьогодні цілком вправі визнати віктимну поведінку потерпілої особи обставиною, що пом'якшує покарання за зґвалтування.

*На жаль, цього не зробив Ленінський районний суд м. Луганська, засуджуючи Г. за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 152 і ч. 2 ст. 153 КК, і вказуючи у вироку на відсутність обставин, що пом'якшують покарання. Між тим, як це впливає з вироку, зґвалтування і насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом винний вчинив вже після того, як вступив з жінкою у добровільні статеві зносини за винагороду. При чому саме особа, яка згодом стала потерпілою, запропонувала Г. вступити у статеві зносини і сплатити за них<sup>46</sup>.*

*Так само ні Солом'янський районний суд м. Києва, який засудив суб'єкта за ч. 1 ст. 152 КК, ні колегія суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду м. Києва, яка залишила вирок районного суду без змін, не встановили у кримінальній справі обставин, що*

ступлення // Проституція и преступность. – М.: Юрид. лит., 1991. – С. 194-195.

<sup>45</sup> Джужа О.М. Запобігання злочинам, що пов'язані із сексуальним насильством: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – С. 47; Москаль Д.П. Кримінально-правова характеристика зґвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 96-97.

Подібним чином міркує білоруська дослідниця С.Ю. Рєвтова, на думку якої за неправильну, аморальну поведінку жінці можна хіба що дорікнути, адже вона цією поведінкою ставить себе у ризиковану ситуацію і може стати жертвою злочину (Печерський В.В., Рєвтова С.Ю. Допрос несовершеннолетней потерпевшей на предварительном следствии и в суде. Изнасилование: Монография. – Гродно: ГрГУ, 2003. – С. 69-70). Ще одна феміністично налаштована пані – росіянка Е.Л. Сидоренко – пише, що легковажна поведінка потерпілої від зґвалтування, виявляється, є проявом її статевої свободи, а вказівка на цю поведінку у вироку як на пом'якшуючу покарання обставину нібито означатиме сприйняття державою найбільш цинічних уявлень про жінку (Сидоренко Э.Л. Отрицательное поведение потерпевшего и уголовный закон. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 230-231).

<sup>46</sup> Архів Ленінського районного суду м. Луганська. Справа № 1-221 за 2009 р.

*пом'якшують покарання. І це при тому, що особа, надалі зґвалтована засудженим, який із друзями відпочивав у сауні, прибула до цієї сауни для надання послуг сексуального характеру за матеріальну винагороду<sup>47</sup>.*

З огляду на те, що провокуюча поведінка потерпілої особи впливає на типовий ступінь суспільної небезпеки аналізованого злочину, в літературі висувається навіть пропозиція, поки що не сприйнята нашим законодавцем, врахувати таку поведінку як ознаку привілейованого складу злочину «зґвалтування»<sup>48</sup>.

І.Я. Фойницький і Л.С. Білогриць-Котляревський пропонували підходити до кримінально-правової оцінки статевих зносин із розбещеною (продажною) жінкою диференційовано. Стверджувалось, що у тому разі, коли насильство застосовувалось до такої жінки (тобто повії) у публічному будинку або у приватному помешканні, куди жінку запросили для статевих зносин, насильницьке любодіяння (зґвалтування) було відсутнє, оскільки наявність відповідної згоди жінки у таких випадках передбачалась. Однак якщо насильство застосовувалось до вказаної жінки за умов, коли вона собою «не промишляла», кваліфікація вчиненого як зґвалтування не виключалась<sup>49</sup>.

Більш радикальний підхід зводився до того, що повія (рос. мовою – «непотребная женщина») як особа, яка не має ні честі, ні цноти, потерпілою від зґвалтування визнаватись не повинна. «Закон не может ставить на одну доску бардельную девку с целомудренной женщиной; промышляющая развратом целомудрия не имеет и продает свою честь по таксе или кто даст дороже; ее упорство – упорство с целью надбавки платы, а не по чувству стыда или омерзения ... ее честь отдана на произвол и женатому, и холостому, и малолетнему, и старцу – кто первый забезжит с деньгами в кармане; а можно ли считать разбоем взятие силою в лавке товара с уплатой за него денег!» – писав М.А. Неклюдов<sup>50</sup>. Німецький криміналіст А. Фейербах, який працював у ХІХ столітті,

<sup>47</sup> Архів Апеляційного суду м. Києва. Справа № 11-а-1728 за 2010 р.

<sup>48</sup> Дьяченко А.П. Значение виктимологических факторов в профилактике изнасилований // Вопросы теории и практики предупреждения правонарушений: Труды ВНИИ МВД СССР. – № 55. – М., 1988. – С. 93-94; Сенаторов М.В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві: Монографія / За наук. ред. д-ра юрид. наук, проф., академіка АПрН України В.І. Борисова. – Х.: Право, 2006. – С. 142-143.

<sup>49</sup> Фойницький І.Я. Курс уголовного права. Часть особенная. Посягательства личные и имущественные. – СПб., 1912. – С. 140; Білогриць-Котляревський Л.С. Учебник русского уголовного права. Общая и особенная части. – Киев-Петербург-Харьков, 1904. – С. 523-524.

<sup>50</sup> Неклюдов Н.А. Руководство к Особенной части русского уголовного права. Том первый. Преступления и проступки против личности. – СПб., 1876. – С. 406.

вважав неможливим зґвалтування жінки, яка надає своє тіло для задоволення хіті будь-кого. Насильницькі статеві зносини з повією пропонувалось розглядати за загальними правилами про насильницькі дії проти особи<sup>51</sup>.

За інформацією М.І. Хавронюка, на сьогодні практично в усьому світі скасовано закони, згідно з якими не вважалось кримінально караним діянням зґвалтування повії чи іншої жінки «легкої» поведінки; ще у ХХ ст. такі закони існували в Італії, США, Фінляндії<sup>52</sup>.

Потерпілою від розглядуваного злочину відповідно до чинного КК може бути особа як жіночої, так і чоловічої статі. Помилковим у зв'язку з цим є твердження А.П. Шеремета про те, що за кримінальним законом України «потерпілою від зґвалтування може бути лише жінка»<sup>53</sup>. Фактично у КК 2001 р. із питання про статево належність потерпілих від зґвалтування відтворено підхід, який був закріплений у ст. 169 КК УСРР 1922 р. і ст. 164 КК УСРР 1927 р. У період чинності КК 1960 р. насильницькі статеві посягання жінок на чоловіків у доктрині й судовій практиці тлумачились як злочини проти особи (наприклад, заподіяння тілесних ушкоджень, незаконне позбавлення волі, образа) або як хуліганство. Визнання зґвалтування кримінально караним порушенням статевої свободи лише жінки інколи критикувалось на тій підставі, що Конституцією України гарантується рівність усіх громадян перед законом<sup>54</sup>.

Зазначаючи, що медицина не відкидає як таку можливість насильства з боку жінки щодо чоловіка для блуду, О.В. Лохвицький через рідкісність таких випадків не вважав серйозною прогалиною відсутність в Уложенні про покарання кримінальні та виправні 1845 р. спеціальної кримінально-правової норми, розрахованої на такі сексуальні посягання. Водночас відзначалась небезпека для фізичного і морального розвитку хлопчиків у віці 7-10 років дій дорослих жінок, які використовували свої малолітніх вихованців для задоволення власних статевих потреб шляхом

вчинення з цими хлопчиками статевих актів<sup>55</sup>.

Цікаво, що в Кримінальному уложенні Росії 1903 р. виокремлювався такий різновид любодіяння (тобто зґвалтування), як любодіяння з дитиною, яка не досягла 14-річного віку (п. 1 ст. 522 Уложення). Здійснюючи тлумачення цього припису, М.С. Таганцев відзначав, що у тексті кримінального закону йдеться про статеві зносини не з дівчинкою, а взагалі з дитиною, якій не виповнилось 14 років. Звідси робився висновок про наявність зґвалтування і у випадку статевих зносин жінки з хлопчиком, молодшим за 14 років, і про визнання жінки у цьому разі фізичним винуватцем зґвалтування<sup>56</sup>. У черговий раз переконуємось: нове – добре забуте старе.

Можливість визнання чоловіка потерпілим від зґвалтування – істотна законодавча новела порівняно з КК України 1960 р., правильність якої не є очевидною для окремих вітчизняних фахівців.

Так, В.М. Куц і О.Ю. Дишлевої характеризують реалізовану у КК 2001 р. ідею криміналізації зґвалтування особи чоловічої статі як хибну і некоректну (в т.ч. з медичної точки зору), як ігнорування статевих відмінностей, що закладені природою і втілюють принцип доповнення чоловічої і жіночої засад<sup>57</sup>. На думку О.М. Пасенюка, чинна редакція ст. 152 КК знижує рівень захисту жінки від злочинних посягань при тому, що особливий фізичний і психічний стан жінки, можливі тяжкі наслідки для неї (безплідність, психічна травма тощо), навпаки, потребують посиленого кримінально-правового захисту осіб жіночої статі<sup>58</sup>. М.І. Хавронюк вважає: «Цілком достатньо було б того, що жінка може бути суб'єктом злочину, передбаченого ст. 153 КК, а чоловік – потерпілим від нього»<sup>59</sup>. Різко негативно поставився до рішення нашого законодавця віднести до числа потерпілих від зґвалтування осіб чоловічої статі О.М. Костенко, який називає такий крок неприпустимою гендерною зрівнялівкою у кримінально-правовому захисті жінки і чоловіка від насильницьких ста-

<sup>51</sup> Курс российского уголовного права. Особенная часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2002. – С. 227; Яковлев Я.М. Половые преступления. – Душанбе: Ирфон, 1969. – С. 97-98.

<sup>52</sup> Хавронюк М.І. Відповідальність за зґвалтування: в Україні і за кордоном // Право і суспільство. – 2009. – № 3. – С. 79.

<sup>53</sup> Шеремет А.П. Злочини проти статевої свободи: Монографія. – Чернівці: ТОВ «Видавництво «Наші книги», 2007. – С. 27. Таку ж неточність допускає цей автор з питання про потерпілого від злочину, передбаченого ст. 153 КК України (Шеремет А.П. Вказана праця. – С. 93).

<sup>54</sup> Свиридов Б. Кримінальна відповідальність за злочини проти статевої недоторканості особи // Право України. – 1999. – № 5. – С. 74.

<sup>55</sup> Лохвицький А. Курс русского уголовного права. Второе исправленное и дополненное издание, сведенное с кассационными решениями. – СПб., 1871. – С. 590-591.

<sup>56</sup> Уголовное уложение 22 марта 1903 г. С мотивами, извлеченными из объяснительной записки редакционной комиссии, представления Министерства Юстиции в Государственный Совет и журналов особого совещания, особого присутствия департаментов и общего собрания Государственного Совета. Издание Н.С. Таганцева. – СПб., 1904. – С. 708.

<sup>57</sup> Куц В.М., Дишлевої О. Ю. Медико-правові аспекти криміналізації зґвалтування особи чоловічої статі // Кримінальне право. – 2006. – № 2. – С. 53-61.

<sup>58</sup> Пасенюк О. «Кримінальна» реформа // Юридичний вісник України. – 10-16 листопада 2001 р. – С. 7.

<sup>59</sup> Хавронюк М.І. Відповідальність за зґвалтування: в Україні і за кордоном // Право і суспільство. – 2009. – № 3. – С. 76.



тевих злочинів, що принижує статус жінки. Тепер будь-який чоловік, який зґвалтував жінку, може стверджувати, що залишені ним характерні сліди зґвалтування на тілі жінки є наслідком того, що не він зґвалтував жінку, а, навпаки, вона його зґвалтувала<sup>60</sup>. Аналогічні критичні міркування висловлює на адресу законодавця О.В. Синєокий, який називає зґвалтування, суб'єктом якого виступає жінка, а потерпілим – чоловік, феміністичним або матриархальним<sup>61</sup>.

Задля справедливості слід відзначити, що чимало дослідників розглядуване рішення вітчизняного законодавця оцінюють схвально<sup>62</sup>. Так, О.В. Крючкова відзначає два основних позитивних, на її думку, аспекти віднесення осіб чоловічої статі до кола потерпілих від зґвалтування: по-перше, усунуто прогалину у нормах кримінального закону, що не дозволяла кваліфікувати, хоч і поодинокі, але існуючі факти зґвалтувань чоловіків жінками; по-друге, статевая свобода чоловіків захищена нарівні зі статевою свободою жінок. Дослідниця веде цікаву і змістовну полеміку з науковцями, які вважають, що акти сексуального насильства щодо чоловіків з боку жінок не можуть розцінюватись як зґвалтування, і робить підсумковий висновок про те, що наявність у КК «мертвої» норми буде меншим злом, ніж відсутність взагалі будь-якої кримінальної відповідальності за зазначені дії<sup>63</sup>.

Зауважимо лише, що і ті автори, які заперечують правильність рішення українського законодавця віднести чоловіків до числа потерпілих від зґвалтування, пропонують розцінювати відповідні дії як насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, так що про прогалину у чинному кримінальному законі мова не йде.

<sup>60</sup> Котюк І.І., Костенко О.М. Кримінальне, кримінально-процесуальне та кримінально-виконавче право України: Гендерна експертиза. – К.: Логос, 2004. – С. 72-73.

<sup>61</sup> Синєокий О.В. Психолого-правові проблеми кримінальної сексопатології. Вступ до криміноперверсології: Монографія. – Х.: Право, 2009. – С. 147-148.

<sup>62</sup> Александров Ю. Злочини проти статевої свободи // Юридичний вісник України. – 6-12 квітня 2002 р. – № 14; Джужа О.М. Запобігання злочинам, що пов'язані із сексуальним насильством: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – С. 45, с. 54; Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за зґвалтування (порівняльно-правовий аналіз): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 9; Максимович Р.А. Співні позиції Верховного Суду України з питань відповідальності за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2009. – № 3. – С. 203; Москаль Д.П. Кримінально-правова характеристика зґвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 94, 130-133.

<sup>63</sup> Крючкова О. Зґвалтування особи чоловічої статі в контексті ст. 152 КК України: аргументи «за» та «проти» // Наше право. – 2010. – № 4 (ч. 2). – С. 94-100.

Треба сказати, що подібні до закріпленого у ст. 152 КК «гендерно нейтральні» визначення зґвалтування, що не беруть до уваги природні біологічні відмінності між чоловіком і жінкою, сформульовані у кримінальному законодавстві й інших країн, зокрема, Австралії, Болівії, Венесуели, Німеччини, Румунії, Франції, Словенії, частини штатів США.

Видається, що про наявність природних статевих зносин, а, отже, про зґвалтування чоловіка жінкою з точки зору застосування ст. 152 КК є підстави вести мову лише у випадках сексуального збудження чоловіка і виникнення стану ерекції його статевого члену під впливом тактильної, слухової, зорової, нюхової або смакової стимуляції. «Обставинами, які сприяють виникненню ерекції, в даному випадку можуть бути тривала статева стриманість чоловіка, сексуальна привабливість і досвід гвалтівниці»<sup>64</sup>.

Д.П. Москаль специфіку зґвалтувань, вчинюваних жінками, вбачає в тому, що: 1) такі злочини вчиняються ними переважно групою осіб; 2) не виключається застосування зброї чи інших небезпечних предметів; 3) у жертви зберігається здатність до сексуальної активності; 4) насильницькі сексуальні дії мають таємний (чоловік спить, не очікує нападу тощо), а не відкритий характер; 5) жертва-чоловік надалі не заявлятиме про зґвалтування через незручність ситуації та невіру в те, що правоохоронні органи поставляться з розумінням до його повідомлень; 6) внаслідок зґвалтування в чоловіків часто виникають психосексуальні проблеми; 7) такі злочини мають винятково латентний характер<sup>65</sup>.

Цілком очевидно, що виокремлені обставини 2, 5, 6 і 7 однаковою мірою стосуються традиційних зґвалтувань (зґвалтувань жінок чоловіками), а тому не можуть вважатись специфічними ознаками зґвалтувань чоловіків жінками. Виділення обставин 1 і 4 є вельми сумнівним з огляду на поодинокий (винятковий) характер зґвалтувань чоловіків жінками у судовій практиці сьогоденної України. Не зовсім зрозуміло й те, яким чином гвалтівниця зможе добитись необхідної для статевого акту фізіологічної готовності з боку чоловіка, якщо той відпочиває. Фактично єдиною специфічною рисою розглядуваного різновиду зґвалтування з числа обставин, наведених Д.П. Москалем, є підстави визнати збереження у потерпілого чоловіка здатності до вчинення природного статевого акту.

<sup>64</sup> Куц В.М., Дишлевої О. Ю. Медико-правові аспекти криміналізації зґвалтування особи чоловічої статі // Кримінальне право. – 2006. – № 2. – С. 57.

<sup>65</sup> Москаль Д.П. Кримінально-правова характеристика зґвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 12.

На думку Є. Пономаренка, про зґвалтування чоловіка можна вести мову лише як про груповий злочин. Адже для вчинення насильницького статевого акту щодо чоловіка у нього має настати ерекція, тобто одна з жінок повинна його збудити; в однієї жінки не вистачить сил для застосування фізичного насильства стосовно потерпілого, а безпорадний стан потерпілого виключає настання ерекції<sup>66</sup>.

Викладені міркування загалом видаються слушними. Водночас вони не враховують того, що способом вчинення зґвалтування особи чоловічої статі цілком може бути й погроза застосування фізичного насильства, висунута однією жінкою (наприклад, погроза вогнепальною зброєю). Крім цього, не виключені випадки, коли гвалтівниця, яка діє самостійно, спочатку шляхом застосування фізичного насильства або погрози його застосуванням позбавляє потерпілого чоловіка волі, а далі шляхом вчинення вказаних вище маніпуляцій викликає у нього ерекцію. «При певних обставинах молода фізично розвинута жінка може вступити у статеві насильницькі зносини з чоловіком сама»<sup>67</sup>.

З **об'єктивної сторони** зґвалтування полягає у статевих зносинах, які поєднуються із: 1) застосуванням фізичного насильства, 2) погрозою його застосуванням (воля потерпілого придушується) або 3) з використанням безпорадного стану потерпілої особи (її воля ігнорується).

*Утримуючи і заламуючи руки потерпілої за спиною і завдаючи їй цим самим фізичної болі, закриваючи обличчя жінки подушкою і позбавляючи потерпілу у такий спосіб можливості вільно дихати і кликати на допомогу, використовуючи явну фізичну перевагу над потерпілою, суб'єкт вчинив з нею статевий акт. Суд визнав ці дії зґвалтуванням, тобто статевими зносинами, вчиненими із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосуванням і з використанням безпорадного стану потерпілої особи, і кваліфікував їх за ч. 1 ст. 152 КК<sup>68</sup>.*

Формулу обвинувачення судом визначено неточно, оскільки, як це впливає з вироку, способом вчинення зґвалтування у згаданому випадку виступило лише фізичне насильство.

Якщо наявний один із передбачених ст. 152 КК способів вчинення зґвалтування, то оголошене перед початком статевих зносин прохання потерпілої особи використати засіб контрацепції

<sup>66</sup> Пономаренко Є. Кримінально-правова оцінка злочину зґвалтування: деякі аспекти // Право України. – 2005. – № 5. – С. 94.

<sup>67</sup> Крючкова О. Зґвалтування особи чоловічої статі в контексті ст. 152 КК України: аргументи «за» та «проти» // Наше право. – 2010. – № 4 (ч. 2). – С. 95.

<sup>68</sup> Архів Білгород-Дністровського міськрайонного суду Одеської області. Справа № 1-290 за 2009 р.

не може розцінюватись як її згода на статеві зносини з нею.

Неточним є висловлювання про те, що фізичне чи психічне насильство або використання безпорадного стану потерпілої особи в деяких випадках є додатковим засобом вчинення зґвалтування<sup>69</sup>. Насправді насильство (фізичне чи психічне) або (та) використання безпорадного стану потерпілої особи завжди поєднується із статевими зносинами при вчиненні злочину, передбаченого ст. 152 КК. До того ж, з кримінально-правової точки зору фізичне насильство, погроза його застосування і використання безпорадного стану потерпілої особи, не будучи предметами матеріального світу, є не засобами, а *способами* вчинення зґвалтування. У цьому разі один із трьох вказаних альтернативно способів як складова цілеспрямованої злочинної поведінки і криміноутворююча ознака слугує основному злочинному діянню (статевим зносинам), вчиняється заради останнього. Як зауважує М.І. Панов, у структурі складів насильницьких злочинів фізичне і психічне насильство завжди належить безпосередньому суспільно небезпечному, протиправному діянню, виступає як особлива його складова і виконує функцію способу вчинення злочину<sup>70</sup>.

Під **статевими зносинами** у ст. 152 КК розуміється природний (гетеросексуальний, пенільно-вагінальний) акт між особами протилежної статі. Йдеться про коїтус – сполучення чоловічих і жіночих статевих органів, яке може викликати вагітність, – введення ерегованого статевого члена чоловіка у піхву жінки. «... здійснення статевого акту неможливе без ерекції, до якої слід відносити тільки фізіологічно обумовлену напругу статевого члена в ситуації сексуального збудження»<sup>71</sup>. Відповідно, з точки зору кваліфікації за ст. 152 КК не визнаються статевими зносинами сім'явипорскування на статеві органи жінки навіть із наступним заплідненням, якщо це не поєднується з проникненням статевого члена чоловіка у піхву жінки, а також тертя по жіночих

<sup>69</sup> Лукаш А.С. Зґвалтування: кримінологічна характеристика, детермінація та їх попередження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007. – С. 7.

<sup>70</sup> Панов М.І. Вибрані наукові праці з проблем правознавства / Передм. В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – С. 567-568.

<sup>71</sup> Куц В.М., Дишлевій О.Ю. Медико-правові аспекти криміналізації зґвалтування особи чоловічої статі // Кримінальне право. – 2006. – № 2. – С. 58.

Іншої точки зору дотримується О.В. Крючкова, на думку якої суть статевого акту з точки зору відповідальності за ст. 152 КК – це проникнення чоловічого статевого члена у піхву жінки і більше нічого. Ерекція і спрямованість на продовження роду є факультативними ознаками статевого акту. З урахуванням цього до зґвалтування пропонується відносити, наприклад, випадки, коли злочинцю вдається ввести до піхви неерегований статевий член, а потім вже в процесі статевого акту настає ерекція (Крючкова О. Зґвалтування особи чоловічої статі в контексті ст. 152 КК України: аргументи «за» та «проти» // Наше право. – 2010. – № 4 (ч. 2). – С. 98).

статевих органах, губах і сідницях язиком, руками, штучним фалосом, іншими предметами, в т.ч. тоді, коли останні вводяться в піхву, рот чи анальний отвір.

Заперечуючи доцільність звернення до термінів «природність» і «нормальність» при кримінально-правовій характеристиці згвалтування<sup>72</sup>, Т.Д. Лисько не враховує тієї обставини, що використання у вітчизняній юридичній літературі подібних термінів на сьогодні є виправданим хоча б через існування законодавчої вказівки на неприродність способів задоволення статевої пристрасті і зумовлену цим необхідність розмежування складів злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 153 КК. Статеві зносини Т.Д. Лисько визначає як введення чоловічого статевого органу у збудженому стані до статевих органів жінки. Однак у запропонованій авторкою редакції роз'яснення Пленуму ВСУ з приводу того, що слід розуміти під статевими зносинами при згвалтуванні, згадування про «збуджений стан» відсутнє<sup>73</sup>. А це неминуче породжує запитання, чи слід визнавати статевими зносинами, а, отже, і згвалтуванням випадки поєднаного з насильством або використанням безпорадного стану потерпілого введення незбудженого статевого члена чоловіка у піхву жінки шляхом здавлювання члена біля кореня або фіксації члена до предмета продовженої форми.

З урахуванням того, що інші форми задоволення статевої пристрасті, крім природного статевого акту, складу злочину «згвалтування» не утворюють, вказані дії повинні кваліфікуватися не за ст. 152, а за ст. 153 КК.

У п. 20 постанови Пленуму ВСУ від 30 травня 2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» (далі – постанова Пленуму) наголошується на неприпустимості натуралізації опису обставин вчиненого злочину проти статевої свободи і статевої недоторканості особи в обвинувальному висновку та у вирокі.

*Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ скасовано вирок Ленінського районного суду м. Вінниці, яким П. засуджено за ч. 1 ст. 122 КК 2001 р. і ч. 3 ст. 117 КК 1960 р., а кримінальну справу щодо нього направлено на новий судовий розгляд. Визнавши П. винуватим у вчиненні згвалтування, районний суд у вирокі при викладенні обвинувачення, визнаного доведеним, вказав, що засуджений із застосуванням фізичного насильства щодо*

<sup>72</sup> Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за згвалтування (порівняльно-правовий аналіз): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 9.

<sup>73</sup> Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за згвалтування (порівняльно-правовий аналіз): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 8, с. 9.

*потерпілої Т. вчинив задоволення своєї статевої пристрасті. Тобто у вирокі помилково вказано на вчинення дій, що утворюють склад іншого статевого злочину, а не згвалтування<sup>74</sup>.*

У наведеному прикладі районний суд неточно сформулював обвинувачення.

*Це саме можна сказати про ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 28 серпня 2007 р., якою залишено без задоволення касаційні скарги осіб, засуджених Деснянським районним судом м. Києва в т.ч. за ч. 3 ст. 152 і ч. 2 ст. 153 КК. В ухвалі, як і у вирокі, кілька разів некоректно вказується на те, що засуджені вчинили згвалтування потерпілих осіб природним і неприродним способом.*

Статеві зносини – частина злочинного діяння, а не суспільно небезпечні наслідки, звідки випливає, що основний склад злочину «згвалтування» (а так само склад злочину, передбаченого ч. 2 і ч. 3 ст. 152 КК) є не матеріальним, а формальним. Згвалтування, звичайно, спричиняє суспільно небезпечні наслідки, однак якщо вони не належать до особливо тяжких (ч. 4 ст. 152 КК), законодавець не вважає за потрібне включати їх як обов'язкову ознаку в об'єктивну сторону складу цього злочину.

Згвалтування визнається закінченим з моменту початку статевого акту всупереч волі потерпілої особи. При цьому не вимагається продовження копулятивних фрикцій (зворотно-поступальних рухів статевого члена чоловіка у піхві), еякуляції (закінчення статевого акту у фізіологічному розумінні) і дефлорації (порушення цілості дівочої півні).

А.П. Козлов пропонує перенести момент закінчення згвалтування на момент еякуляції, виходячи з умислу суб'єкта цього злочину, який не хоче обмежуватись однією фрикцією, а також більшої суспільної небезпеки фізіологічно закінченого згвалтування (небезпека небажаної вагітності, зараження венеричним захворюванням тощо) і необхідності легалізувати необхідну оборону стосовно згвалтування, яке продовжує тривати після моменту юридичного закінчення цього злочину<sup>75</sup>.

Викладений підхід ігнорує зміст статевої свободи (статевої недоторканості) особи як безпосереднього об'єкта згвалтування, який страждає вже з початку статевих зносин, не виправдано розширює межі добровільної відмови від доведення цього злочину до кінця, а тому не може бути прийнятний. Не варто забувати

<sup>74</sup> Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008-2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 108-110.

<sup>75</sup> Козлов А.П. Учение о стадиях преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 145-149.



і про різницю між юридичним і фактичним закінченням злочину, яка не лише впливає на кваліфікацію діяння винного (чи здійснюється вона з посиланням на ст. 14 або ст. 15 КК), а й враховується при вирішенні інших кримінально-правових проблем, у т.ч. при визначенні своєчасності необхідної оборони. Положення ч. 1 ст. 36 КК про *припинення* суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння шкоди цілком успішно може бути поширене і на випадки необхідної оборони проти зґвалтування, яке фактично продовжується після того, як юридично цей злочин закінчено.

В юридичній літературі висловлена думка про те, що за послідовністю дій насильство як спосіб вчинення зґвалтування завжди передуює статевим зносинам, тобто застосовується до початку статевих зносин<sup>76</sup>. Викладена точка зору потребує уточнення. Не виключені випадки, коли особа добровільно погодилась на статеві зносини, але після їх початку «відкликає» свою згоду (наприклад, через больові відчуття: жінка може страждати на вагінізм – хворобливу чуттєвість в області статевих органів тощо). Застосування фізичного насильства для продовження статевих зносин, розпочатих на добровільних засадах, у тому разі, коли потерпіла особа наполягає на їх припиненні, вочевидь, має кваліфікуватись за ст. 152, а не за нормами КК про відповідальність за злочини проти життя і здоров'я особи. Адже формально й такі дії, будучи статевими зносинами із застосуванням фізичного насильства, як цього вимагає кримінальний закон, охоплюються чинною редакцією ст. 152 КК. Виходить, що у цьому разі момент закінчення зґвалтування настає пізніше, ніж розпочинаються статеві зносини<sup>77</sup>.

Для встановлення факту здійснення природного статевого акту може призначатись судово-медична експертиза. Одним із доказів вчинення статевих зносин є виявлення сперматозоїдів у статевих органах жінки, які зберігаються там протягом 3-5 днів, якщо не вживались певні гігієнічні заходи<sup>78</sup>. При цьому у п. 2.15 Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи, затверджених наказом МОЗ України від 17 січня 1995 р. №

<sup>76</sup> Гаухман Л.Д. Борьба с насильственными посягательствами. – М.: Юрид. лит., 1969. – С. 73.

<sup>77</sup> Розглядувана проблема чітко вирішується у ст. 609 КК Італії. Згідно з цією нормою до кримінальної відповідальності за сексуальне насильство може бути притягнуто будь-яку особу, яка шляхом насильства, погрози, обману, зловживання владою або використання умов фізичної або психічної безпорадності іншої особи змусить її вчинити сексуальні дії, або *терпіти* їх.

<sup>78</sup> Самищенко С.С. Судебная медицина. – М.: Право и Закон, 1996. – С. 261.

б, виважено зазначається, що зґвалтування є *юридичним поняттям*. Відповідно, встановлення факту зґвалтування (а не просто природних статевих зносин) – компетенція правозастосовних органів.

*Засуджуючи К. за ч. 4 ст. 117 КК 1960 р., Тернопільський обласний суд не взяв до уваги висновок судово-медичної експертизи та інші докази, а тому неправильно кваліфікував замах на зґвалтування як закінчений злочин. У висновку експертизи зазначається, що цілість дівочої пльиви у потерпілої Б. не порушена, а без цього вчинення статевого акту з нею виключається. За таких обставин слід визнати, що К. не вчинив насильницького статевого акту, а лише намагався це зробити, однак не здійснив свого наміру з причин, що не залежали від його волі. Судова колегія у кримінальних справах ВСУ перекваліфікувала дії К. на ст. 17, ч. 4 ст. 117 КК 1960 р., розцінивши їх як замах на зґвалтування малолітньої<sup>79</sup>.*

Водночас слід враховувати, що інколи анатомічна побудова дівочої пльиви допускає вчинення статевого акту і без порушення її цілості<sup>80</sup>. На цю обставину звертається увага і в п. 2.2 Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи. Це, між іншим, вказує на недоцільність віднесення втрати незайманості до особливо тяжких наслідків зґвалтування.

*Ухвалою спільного засідання Судової палати у кримінальних справах та Військової судової колегії ВСУ дії П., засудженого Красноармійським міськрайонним судом Донецької області за ч. 3 ст. 152 КК, визнані замахом на зґвалтування неповнолітньої і перекваліфіковані на ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 152 КК. Правильність такого рішення впливає з показань потерпілої І., яка послідовно стверджувала, що вона вчинила опір насильницьким діям П., відитовхуючи його та викручуючись тілом, чим перешкодила П. розпочати з нею статеві зносини. Показання І. підтверджуються висновком судово-медичної експертизи, згідно з яким в області статевих органів потерпілої тілесних ушкоджень не виявлено, анатомічна цілість дівочої пльиви не порушена<sup>81</sup>.*

*Покровський районний суд Дніпропетровської області за ч. 4 ст. 152 КК як зґвалтування*

<sup>79</sup> Рішення Верховного Суду України. – 1997. – С. 126-127.

<sup>80</sup> Судова медицина: Підручник / За ред. А.С. Лісового. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 318, с. 322; Сексуальное насилие: теории, подходы и методы исследования / Ю.И. Пиголкин, О.А. Дмитриева, Н.Г. Щитов, Г.Б. Дерягин. – М.: ООО «Медицинское информационное агентство», 2008. – С. 300.

<sup>81</sup> Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008-2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 445-448.

малолітньої кваліфікував дії особи, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, і застосував щодо цієї особи примусовий захід виховного характеру у вигляді направлення до професійного училища соціальної реабілітації строком на 1 рік. Як вказується у постанові суду, суб'єкт намагався зґвалтувати свою малолітню сестру, але не зміг ввести статевий орган у статеві органи потерпілої, після чого він, тримаючи сестру за руку, водив нею по ерегovanому статевому органу, поки на сталось сім'явипорскування<sup>82</sup>.

Кваліфікація зазначених дій за ч. 4 ст. 152 КК є помилковою: по-перше, суб'єкт вчинив замах на зґвалтування малолітньої особи, а не закінчене зґвалтування; по-друге, в його поведінці вбачаються ознаки і такого суспільно небезпечного діяння, як насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчинене стосовно малолітньої та особою, яка раніше вчинила зґвалтування.

Перелік способів, за наявності хоча б одного з яких статеві зносини між особами жіночої і чоловічої статі визнаються зґвалтуванням, є вичерпним. Тому не є кримінально караними настирливі пропозиції особі вчинити з нею природний статевий акт, якщо вони не поєднуються з жодним із таких способів. Дії того, хто домогся згоди особи на статевий акт не за допомогою фізичного чи психічного насильства або використання безпорадного стану, а шляхом обману, зловживання довірою (наприклад, шляхом освідчення у коханні, обіцянки укласти шлюб, подачі заяви до відділу РАГСу, обіцянки згодом сплатити за сексуальну послугу), не містять складу розглядуваного злочину.

Вважається, що кримінальний закон може і повинен захистити особу від посягань на її статеву свободу або статеву недоторканість, однак він не здатен відгородити людину від наслідків її власної легковажності і недбалості у питаннях особистого життя. Водночас деякі українські судді висловлюються за те, щоб передбачити обман (обіцянки одружитись, передати цінний подарунок тощо) як спосіб вчинення зґвалтування особи, якій не виповнилось 16 років<sup>83</sup>.

*Направляючи кримінальну справу по обвинуваченню особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 152 КК, на додаткове розслідування, Лозовський міськрайонний суд Харківської області*

<sup>82</sup> Архів Покровського районного суду Дніпропетровської області. Справа № 1-п-111 за 2009 р.

<sup>83</sup> Маляренко В.Т., Мачужак Я.В. Про статеві злочини та інші сексуальні зловживання щодо малолітніх і неповнолітніх // Постанови Пленуму Верховного Суду України (1995–1997 рр.). Коментар судової практики в кримінальних та адміністративних справах. – Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1998. – № 1. – С. 36-37.

зазначив у постанові, що, судячи з показань потерпілої, статеві акти з нею було вчинено добровільно, без застосування будь-яких насильства і погроз з боку цієї особи. У міліцію із заявою про зґвалтування жінка звернулася, оскільки згодом з'ясувалось, що чоловік, з яким вона вступала у статеві зносини, є одруженим, тобто він її обманув, а тому, вважала вона, він її зґвалтував<sup>84</sup>.

В абз. 2 п. 6 постанови Пленуму ВСУ від 27 березня 1992 р. № 4 «Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини» зазначалось, що дії особи, яка домоглася згоди потерпілої особи на статевий акт шляхом зловживання довір'ям, не можуть розглядатись як зґвалтування. Вказівка на *потерпілу особу* була у цьому разі некоректною, оскільки у випадку з обманом (зловживанням довірою) зґвалтування як такого немає.

Для порівняння: як спосіб зґвалтування у законодавстві окремих держав виступає обман потерпілої особи. Під обманом у цьому разі розуміють: будь-який обман (зокрема, Албанія, Бельгія, Люксембург, Польща, Сан-Марино); обман, який виключає будь-яку добровільність з боку потерпілого (Франція); введення в оману щодо суб'єкта вчинення зґвалтування (якщо потерпіла добросовісно вважала, що чоловік є її власним чоловіком – Бруней, Данія, Індія, Кенія, Нігерія, Пакистан тощо, або чоловіком, з яким вона вважала за можливе вчинити статевий акт – Італія, Таїланд, Уругвай); введення в оману щодо природи вчинюваного акту (Замбія, Кенія, Нігерія) або особи того, з ким вступають у статеві зносини (Великобританія, Ізраїль).

Так, у Законі Великобританії 2003 р. «Про статеві злочини» зазначено, що людина буде визнана такою, котра не погодилась на статеві зносини у випадку, якщо вона була цілеспрямовано обманута щодо природи чи мети статевого акту<sup>85</sup>, або якщо обвинувачений цілеспрямовано спонукає особу до згоди, виконуючи роль людини, особисто відомої жертві. Відповідно, якщо обвинувачений видає себе популярного кіноактора або спортсмена, з яким жертва не була знайома особисто, про відсутність згоди як ознаку зґвалтування не йдеться.

<sup>84</sup> Архів Лозовського міськрайонного суду Харківської області. Справа № 1-59 за 2008 р.

<sup>85</sup> Як зґвалтування розцінив англійський суд дії такого собі Вільямса, який вчинив статевий акт зі своєю ученицею (остання не знала про природу сексуальних стосунків), переконавши її в тому, що це один із способів навчання співам. Водночас не був визнаний винуватим у зґвалтуванні обвинувачений, який пообіцяв повіі 25 фунтів стерлінгів, але втік від неї, не сплативши за послугу. Хоч дії обвинуваченого носили обманний характер, повія не була введена в оману щодо вчиненого з нею акта (Уголовное право зарубєжних стран. Общая и Особенная части: учебник / под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клавер, 2010. – С. 604).

Цікаво, що Закон Великобританії «Про статеві злочини» змінив поняття зґвалтування, замінивши поняття «статеві зносини» перерахуванням конкретних дій, що можуть розглядатись як зґвалтування (проникнення у піхву, анус чи рот іншої особи статевим членом) за умови їх вчинення без згоди потерпілої і за відсутності у злочинця «розумних підстав» вважати, що потерпіла особа дала таку згоду. Таким чином, вирішальною ознакою зґвалтування є не стільки застосування сили або погрози її застосуванням, скільки відсутність згоди на статеві зносини. Застосування насильства визнається доказом відсутності належної згоди. Можна сказати, що такий (відмінний від закріпленого у вітчизняному законодавстві) підхід до визначення зґвалтування враховує тенденцію, сформульовану Європейським Судом з прав людини, яка полягає у тому, що для кваліфікації вчиненого як зґвалтування принциповим є не так встановлення факту застосування сили чи погрози її застосування, як встановлення відсутності згоди потерпілої особи на статевий контакт. Зокрема, у рішенні, ухваленому 4 грудня 2003 р. у справі «М.С. проти Болгарії», Європейський Суд з прав людини назвав відсутність згоди істотною ознакою, необхідною для кваліфікації зґвалтування<sup>86</sup>.

Питання про те, чи варто українському законодавцю сприймати подібний підхід (у т.ч. в аспекті описання із медичною точністю злочинних дій, розцінюваних як зґвалтування), наразі залишається відкритим і потребує окремого дослідження. Обмежувь викладенням застереження М.О. Ісаєва проти побудови кримінального законодавства про відповідальність за статеві злочини за прикладом американської розширеної моделі, заснованої не на об'єктивних критеріях використання фізичної сили або погрози її застосуванням, а на суб'єктивних ознаках «словесного примушування та умовлянь». У такій моделі кожен чоловік сприймається як потенційний, грубий і цинічний гвалтівник і переслідувач, а кожна жінка – як жертва утисків, безневинна і сумирна істота<sup>87</sup>.

**Фізичне насильство** при зґвалтуванні спрямовується на те, щоб: 1) подолати здійснюваний або очікуваний з боку потерпілої особи фізичний опір, пов'язаний з її небажанням (справжнім, а не удаваним) вступити у статевий контакт, або 2) усунути як таку можливість опору з боку потерпілої особи.

<sup>86</sup> Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учебник / под ред. И. Д. Козочкина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клаувер, 2010. – С. 602-605; Юридический вестник Украины. – 28 лютого – 5 березня 2004 р. – № 9.

<sup>87</sup> Исаев Н.А. Сексуальные преступления как объект криминологии. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. – С. 187-188.

*Виправдовуючи чоловіка за ст. 15, ч. 1 ст. 152 КК за відсутністю складу злочину і засуджуючи його лише за ч. 2 ст. 125 КК, Локачинський районний суд Волинської області вирішив, що цей чоловік наміру зґвалтувати потерпілу не мав, сподівався на її добровільну згоду на статеві зносини, а коли її не отримав, припинив свої домагання. Суд не взяв до уваги показання потерпілої про те, що лише завдяки її активному опору підсудний припинив дії, і більш переконливими визнав показання підсудного про те, що тілесні ушкодження, які заподіяла йому потерпіла, лише розізлили його, і він вдарив потерпілу не з метою подолати її опір, а зробив це через образу у відповідь<sup>88</sup>.*

Принциповим з погляду кваліфікації вчиненого як зґвалтування є не інтенсивність опору потерпілої, а категорична відсутність згоди на статеві зносини<sup>89</sup>. Для інкримінування ст. 152 КК потрібно встановити, що небажання потерпілої особи вступити у статеві зносини з гвалтівником було більш-менш чітко вираженим, явним, переконливим, таким, щоб одна особа зрозуміла, що інша статевих зносин з нею не бажає. Адже відмова на словах, навіть певна фізична протидія не завжди свідчать про дійсне небажання особи вступити у такий контакт. Так, чоловік може сприймати вказану поведінки жінки як кокетство, загравання (елемент сексуальної гри) або прояв сором'язливості. Дореволюційний криміналіст О.В. Лохвицький з цього приводу писав, що будь-яке коливання жінки робить її учасницею, а не жертвою, дає чоловікові зрозуміти – опір не серйозний, а за формою, тільки через інстинктивне почуття сорому; чоловіка у такий спосіб запрошують продовжити зусилля<sup>90</sup>.

У подібних випадках характер, інтенсивність і цілеспрямованість насильницьких дій мають ставати предметом ретельного судового розгляду. При цьому те, яким чином особа, з яким інша особа вступила в статеві зносини, розцінює вчинене згодом – вже після статевих зносин, для кваліфікації за ст. 152 КК значення не має.

З'ясовуючи проблему уявності або справжності опору потерпілої особи при зґвалтуванні, А.П. Козлов зазначає, що у тому разі, коли

<sup>88</sup> Архів Локачинського районного суду Волинської області. Справа № 1-38 за 2008 р.

<sup>89</sup> Крючкова О.В. Співвідношення фізичного насильства та опору потерпілої особи при зґвалтуванні та задоволенні статевої пристрасті неприродним способом // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 259.

<sup>90</sup> Лохвицкий А. Курс русского уголовного права. Второе исправленное и дополненное издание, сведенное с кассационными решениями. – СПб., 1871. – С. 583.



статеві домагання чоловіка мали під собою певне підґрунтя (жінка запросила чоловіка переночувати, безперешкодні поцілунки, пестощі тощо), доречними слід визнавати і деяке насильство (наприклад, заламування рук, роздягання), і добровільність відмови при небажанні чоловіка застосовувати більше насильство для подолання хоча б й уявного опору<sup>91</sup>.

Слід мати на увазі, що наявність опору визначається не його інтенсивністю, а суб'єктивним змістом поведінки потерпілої від зґвалтування особи, а тому й уявний опір може бути інтенсивним. Тим більше, наприклад, що жінка може розцінювати застосування чоловіком фізичної сили як свідчення його пристрасті.

М.Й. Коржанський навіть запропонував вирішити висвітлювану проблему на законодавчому рівні – шляхом доповнення ст. 152 КК приміткою такого змісту: «Не тягне за собою кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 152 вчинення статевого акту, якщо поведінка знайомої жінки давала чоловікові підстави для сумнівної помилки щодо її згоди на статевий акт»<sup>92</sup>. Хочеться запитати: а як бути з такою ж поведінкою незнайомої жінки?

Подібні проблеми, які були відсутні у період панування теорії формальних доказів, постають не лише в Україні. Показовим в цьому плані є рішення Палати лордів Англії у справі Морган (1976 р.). Морган та його товариші були визнані винними у зґвалтуванні дружини Морган, яка вчинила гвалтівникам відчайдушний опір. Засуджені оскаржили вирок, посилаючись на те, що вони повірили Моргану, який розповів їм про те, що його дружина обожає насильницьке примушування до сексу. Палата лордів вирішила, що засуджені добровільно помилялись і що у них не було умислу на вчинення насильницького статевого акту, оскільки вони вважали, що жінка погоджується на статеві зносини. Таке рішення викликало люту у жіночої частини країни, на думку якої у цьому разі група суддів – чоловіків вирішила, що у тому разі, коли, наприклад, п'яний матрос вважає, що жінка, не дивлячись на її сльози та опір, бажає саме насильницького статевого акту, то цей суб'єкт кримінальній відповідальності не підлягатиме<sup>93</sup>.

Артикул військовий Петра I 1716 р., втілюючи теорію формальних доказів, вказував на пов'язані з поведінкою жінки обставини, відсутність яких

унеможлилювала кримінальну відповідальність за зґвалтування, зокрема: «оная с великим криком других на помощь призывала»; «платье от обороны разодрано»; «синевы или кровавые знаки у единого или другого найдутся»<sup>94</sup>. Ці вимоги необхідні були для того, щоб унеможливити спроби розпусних жінок вимагати гроші за допомогою неправдивих обвинувачень чоловіків у вчиненні тяжких злочинів.

Чинний КК, не встановлюючи подібних вимог, не пов'язує наявність складу злочину «зґвалтування» з фактом й інтенсивністю опору потерпілої особи. Тому Л.П. Брич обґрунтовано критикує М.М. Корчового за те, що останній фізичне насильство як спосіб зґвалтування ставить у залежність від наявності опору потерпілої особи, а також висуває певні вимоги щодо цього опору<sup>95</sup>. Вимога, щоб опір потерпілої від зґвалтування особи тривав до самого статевого акту, може розглядатись як пережиток теорії формальних доказів<sup>96</sup>.

Якщо статеві зносини відбуваються за згодою сторін, однак в їх процесі один із партнерів (будучи схильним до нетипових варіантів отримання сексуального задоволення – мазохізму<sup>97</sup>, садизму<sup>98</sup> чи садомазохізму) застосовує до іншого фізичне насильство, кваліфікація за ст. 152 КК виключається. Зроблений висновок є результатом тлумачення кримінального закону, позаяк у чинній редакції ст. 152 КК така ознака зґвалтування, як вчинення статевих зносин з особою всупереч її волі, прямо не названа. У зв'язку з цим досліджувана кримінально-правова заборона потребує уточнення шляхом доповнення її вказівкою на вчинення статевого акту всупереч волі потерпілої особи.

З кримінально-правовою оцінкою застосування за згодою фізичної сили в процесі сексуального спілкування пов'язана проблема, на

<sup>94</sup> Самые удивительные законы разных стран: Научно-популярный сборник / Сост. Н.И. Хавронюк. – К.: Атіка, 2008. – С. 16.

<sup>95</sup> Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 17-18.

<sup>96</sup> Блиндер Б.А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. – Ташкент: Изд-во Ташкентского гос. ун-та им. В.И. Ленина, 1970. – С. 26.

Натомість у деяких штатах США (наприклад, у Пенсільванії) продовжує існувати характерна для системи загального права вимога про вчинення опору потерпілою від зґвалтування особою та надання нею доказів такого опору.

<sup>97</sup> Мазохізм – сексуальне відхилення, яке полягає в отриманні особою сексуального задоволення від принижень і фізичних страждань, що завдаються цій особі сексуальним партнером.

<sup>98</sup> Садизм – девіація, за якої сексуальне задоволення настає в процесі заподіяння сексуальному партнеру болю, принижень, тілесних ушкоджень.

<sup>91</sup> Козлов А.П. Учение о стадиях преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 334.

<sup>92</sup> Коржанський М.Й. Презумпція невинуватості і презумпція вини: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – С. 27.

<sup>93</sup> Уголовное право зарубежных государств. Особенная часть. Учеб. пособие / Под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. – М.: Издательский дом «Камерон», 2004. – С. 26.

яку звертає увагу Ю.М. Антонян. Виявляється, що схильна до мазохізму жінка чинить опір не тому, що не бажає вступити у статеві зносини, а для того, щоб шляхом опору викликати з боку чоловіка фізичне насильство й отримати у такий спосіб сексуальне задоволення. Тобто її опір спрямований не на уникнення статевих зносин, а, навпаки, на вступ у такі зносини, і встановити справжні спонукання цієї жінки можна лише за допомогою проведення комплексної психолого-психіатричної експертизи<sup>99</sup>. Видається, що дії чоловіка, який шляхом застосування фізичного насильства вступив у статеві зносини із схильною до мазохізму особою жіночої статі, вважаючи, що особа не бажає із ним статевих зносин, за спрямованістю умислу мають кваліфікуватись як замах на зґвалтування.

Зґвалтування відсутнє у тому разі, коли суб'єкт застосовує фізичне насильство з помсти за відмову особи вступити з ним у статеві зносини. У такому випадку посягання на тілесну недоторканість треба розглядати як злочин проти життя або здоров'я особи.

Якщо винний вчинив зґвалтування з використанням безпорадного стану потерпілої особи, а потім застосував до цієї особи фізичне насильство з тим, щоб примусити її мовчати про те, що сталося, дії винного утворюють реальну сукупність злочинів – зґвалтування і той чи інший злочин проти життя або здоров'я особи.

Фізичне насильство при зґвалтуванні може полягати у нанесенні потерпілій особі удару, побоїв, у заламуванні рук, здавлюванні дихальних шляхів, пов'язаному із безпосереднім впливом на тіло потерпілого позбавленні або обмеженні особистої волі, заподіянні тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості, спричиненні смерті. Правила проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи містять положення, присвячені характеру та механізму виникнення ушкоджень при вчиненні насильницького статевого акту (п. 2.3). При цьому треба врахувати, що не існує якихось спеціальних тілесних ушкоджень, характерних саме для зґвалтування, вчиненого із застосуванням фізичного насильства.

Згідно з п. 3 постанови Пленуму заподіяння в ході зґвалтування з метою подолання чи попередження опору потерпілої особи тілесних ушкоджень її родичам чи іншим близьким особам слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 152 і відповідними нормами КК про відповідальність за злочини проти

здоров'я особи, оскільки у такому випадку умисел винного був направлений не тільки на вчинення зґвалтування потерпілої особи, а й на заподіяння шкоди здоров'ю іншої особи. Варто уточнити, що фізичне насильство при вчиненні зґвалтування може бути спрямоване і проти осіб, які не є близькими для потерпілої особи (наприклад, побиття на очах потерпілої особи з тим, щоб примусити її дати згоду на статеві зносини, чужої для неї дитини). «...фактично у наведених випадках до особи, яка була або могла бути зґвалтована, застосовується погроза, спрямована на пригнічення її волі шляхом застосування фізичного насильства до інших осіб ... саме таким чином і можна пояснити необхідність кваліфікації дій гвалтівника за сукупністю зазначених вище злочинів»<sup>100</sup>.

Якщо фізичне насильство застосовується щодо інших осіб з метою усунення небажаних свідків зґвалтування, вчинене також потребує додаткової кваліфікації за нормами КК про відповідальність за злочини проти життя та здоров'я особи.

Нанесення потерпілій особі під час зґвалтування або замаху на нього удару, побоїв, заподіяння легких тілесних ушкоджень потрібно кваліфікувати лише за ч. 1 ст. 152 КК. Заподіяння вказаної шкоди здоров'ю є складовою частиною об'єктивної сторони насильницького зґвалтування.

Зґвалтування, поєднане із катуванням потерпілої особи, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 152 і 127 КК.

Відповідно до абз. 2 п. 3 постанови Пленуму у разі поєднання зґвалтування із заподіянням потерпілій особі умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження дії винного треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 152 і 122 КК<sup>101</sup>. З огляду на порівняльний аналіз санкцій ст. 152 і ст. 122 КК і на правила кваліфікації злочинів при конкуренції кримінально-правових норм, одна з яких є цілою, а інша – частиною, правильність наведеного роз'яснення в юридичній літературі справедливо ставиться під

<sup>100</sup> Борисов В. Кримінально-правова характеристика конститутивних ознак зґвалтування // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 3. – С. 125.

Протилежної точки зору дотримується Б.А. Блиндер, на думку якого насильство, що застосовується до родичів, знайомих потерпілої особи, інших осіб, які чинять (можуть чинити) опір, з метою вчинити статевий акт з потерпілою особою, включається в об'єктивну сторону зґвалтування і не потребує самостійної кваліфікації (Блиндер Б.А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. – Ташкент: Изд-во Ташкентского гос. ун-та им. В.И. Ленина, 1970. – С. 24).

<sup>101</sup> Відсутність у наведеному роз'ясненні згадування про зґвалтування при тому, що у ньому фігурує ст. 152 КК, – прикра технічна помилка.

<sup>99</sup> Антонян Ю.М., Ткаченко А.А. Сексуальные преступления: Научно-популярное исследование. – М.: Амальтея, 1993. – С. 182-183.

сумнів. Йдеться про те, що заподіяння потерпілій особі під час вчинення зґвалтування умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження (без кваліфікуючих ознак) повністю охоплюється диспозицією ч. 1 ст. 152 і додаткової кваліфікації за ч. 1 ст. 122 КК не потребує<sup>102</sup>. Передбачений ч. 2 ст. 122 КК кваліфікований вид умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження (у розглядуваному випадку мається на увазі вчинення злочину з метою примусу до певних дій – статевих зносин) немає підстав визнавати більш небезпечним злочином, ніж основний склад зґвалтування, у зв'язку з чим вести мову про сукупність злочинів також, вочевидь, не варто.

Поняттям фізичного насильства при зґвалтуванні охоплюється і посягання на внутрішні органи і тканини тіла людини – застосування без згоди потерпілої особи з метою викликати її безпорадний стан наркотичних засобів, психотропних, отруйних або сильнодіючих речовин (наприклад, клофеліну або димедролу в поєднанні з міцними спиртними напоями).

У проекті КК, підготовленому за завданням Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку і законності авторським колективом на чолі з проф. В.М. Смітійком і внесеному народним депутатом О.Б. Матковським на розгляд Верховної Ради України, приведення потерпілої особи у безпорадний стан за допомогою наркотиків чи інших засобів, що паралізують опір, пропонувалось визнавати кваліфікуючою ознакою зґвалтування (ч. 2 ст. 184 проекту).

У п. 5 постанови Пленуму роз'яснюється, що для визнання зґвалтування вчиненим з використанням безпорадного стану потерпілої особи внаслідок дії на її організм зазначених речовин не має значення, привів виконавець злочину потерпілу особу до такого стану або вона перебувала у безпорадному стані незалежно від його дій. Якщо введення в організм потерпілої особи вказаних вище засобів і речовин з метою зґвалтування відбулося без її згоди (під впливом обману чи під погрозою застосування насильства), і після цього було вчинено природний статевий акт, дії винного треба кваліфікувати як зґвалтування, вчинене

<sup>102</sup> Антонюк Н. Злочини проти особи в роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010. – Випуск 51. – С. 301-302; Борисов В. Кримінально-правова характеристика конститутивних ознак зґвалтування // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 3. – С. 124; Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 42-45; Лисько Т. Зміст фізичного насильства у складах зґвалтування за Кримінальним кодексом України // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 7 – С. 122; Максимович Р.А. Спірні позиції Верховного Суду України з питань відповідальності за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2009. – № 3. – С. 205.

із застосуванням фізичного насильства та з використанням безпорадного стану потерпілої особи. Поєднання цих двох способів вчинення злочину має відобразитись у процесуальних документах, тобто має впливати на обсяг обвинувачення, а, отже, – на призначення покарання.

Варто зауважити, що питання про те, чим саме слід визнавати приведення потерпілої від зґвалтування особи у безпорадний стан за допомогою відповідних речовин і засобів (лише застосуванням фізичного насильства, використанням безпорадного стану потерпілої особи або поєднанням першого і другого), в юридичній літературі належить до числа дискусійних<sup>103</sup>.

Л.П. Брич не поділяє викладеної вище позиції Пленуму ВСУ, яку у виданнях науково-практичного коментарю за редакцією М.І. Мельника і М.І. Хавронюка займав і автор цих рядків. Л.П. Брич вказує на взаємовиключність застосування фізичного насильства і використання безпорадного стану потерпілої особи як способів зґвалтування і на те, що у ст. 152 чинного КК (як і в ст. 117 попереднього КК) говориться про використання безпорадного стану, а не про приведення потерпілої особи у такий стан<sup>104</sup>.

Видається, що Л.П. Брич має рацію. Як і львівська дослідниця, вважаємо, що, якщо безпорадний стан особи, потерпілої від зґвалтування, настав в результаті застосування до неї з метою вчинення статевого акту фізичного насильства у вигляді вживання відповідних речовин і засобів, зґвалтування має визнаватись вчиненим лише із застосуванням фізичного насильства. У цьому разі безпорадний стан особи є наслідком фізичного насильства, перебуває з ним у причинному зв'язку і, відповідно, не повинен згадуватись у формулюванні обвинувачення.

Разом з тим випадки поєднання застосування фізичного насильства і використання безпорадного стану потерпілої особи, що впливає на обсяг обвинувачення і врешті-решт – на призначення покарання (як показник ступеня тяжкості

<sup>103</sup> Гаухман А.Д. Борьба с насильственными посягательствами. – М.: Юрид. лит., 1969. – С. 78; Шарапов Р.Д. Физическое насилие в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – С. 58-87, 86-87, с. 127-133; Озова Н.А. Насильственные действия сексуального характера. – М.: МЗ Пресс, 2006. – С. 56-61; Панов М.І. Вибрані наукові праці з проблем правознавства / Передм. В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – С. 576-581; Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. II: Преступления против личности. – СПб.: Издво Р. Аслаанова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 513; Энциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – С. 55, 178.

<sup>104</sup> Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 30-31.



вчиненого злочину), можливі. Наприклад, винний розпочинає вчиняти зґвалтування із використанням безпорадного стану потерпілої особи, яка є непринятною, а згодом застосовує до неї фізичне насильство, оскільки вона прийшла до тями і чинить опір.

У тому разі, коли психотропні, сильнодіючі або інші речовини чи засоби вживались особою добровільно, за власною волею, а згодом безпорадний стан був використаний винним для вчинення статевих зносин, його дії слід розглядати як зґвалтування з використанням безпорадного стану потерпілої особи. Така ж кримінально-правова оцінка повинна даватись у випадках, коли намір вчинити зґвалтування виник у винного вже після того, як потерпіла особа під впливом насильства або обману з боку винного вжила зазначені речовини або засоби й опинилась у безпорадному стані. При цьому результативне фізичне насильство має додатково кваліфікуватись як відповідний злочин проти здоров'я особи.

Якщо особа, яка не вчинила і не мала наміру вчинити з потерпілою особою статевий акт доводила потерпілу особу до безпорадного стану з метою її зґвалтування іншою особою не всупереч волі потерпілої особи (наприклад, спільне вживання наркотичних засобів чи алкогольних напоїв), то така особа не може вважатись співвиконавцем зґвалтування, оскільки вона не виконувала об'єктивної сторони цього злочину. За наявності підстав дії такої особи мають кваліфікуватись як пособництво у зґвалтуванні<sup>105</sup>.

**Погроза** як спосіб вчинення зґвалтування – це залякування потерпілої особи застосуванням фізичного насильства: вбивством, заподіянням тілесних ушкоджень, зараженням хворобою, зґвалтуванням близької особи, зґвалтуванням групою осіб, насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом групою осіб тощо.

Погроза може набувати вигляду висловлювань, жестів, інших дій (наприклад, демонстрації зброї або предметів, що імітують зброю). У будь-якому разі погроза повинна сприйматись як реальна, тобто у потерпілої особи має скластись враження, що, якщо вона буде протидіяти гвалтівникові й не виконає його вимог, ця погроза буде обов'язково і негайно реалізована. Для визнання психічного насильства способом вчинення зґвалтування не має значення, чи мав гвалтівник насправді намір і фактичну можливість реалізувати заявлену ним погрозу.

*За ч. 3 ст. 152 КК засудив Бахчисарайський*

<sup>105</sup> Брич А.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 31.

*районний суд АРКІ., який, привівши неповнолітню В. до себе додому, прочитав їй копію вироку, на підставі якого він раніше був засуджений за вчинення зґвалтування із застосуванням до потерпілої фізичного насильства. Погрожуючи аналогічною розпратою (ця погроза сприймалась В. як реальна), І. зґвалтував неповнолітню<sup>106</sup>.*

Про сприйняття погрози як реальної може свідчити обстановка, в якій опинилась потерпіла особа (оточення її групою осіб, безлюдне місце, темна пора доби тощо). Якщо потерпіла особа ситуацію, що склалася навколо неї, розцінює як безвихідну та, оцінюючи свої сили, добровільно відмовляється чинити опір з тим, щоб попередити настання для себе більш тяжких наслідків, вчинене є підстави кваліфікувати за відповідною частиною ст. 152 КК.

*Пообіцявши завести пасажирку туди, куди їй потрібно, суб'єкт на належному йому автомобілі завіз її у безлюдне місце, заблокував дверцята автомобіля, пересів на задне сидіння до пасажирки, де із застосуванням фізичного насильства і погроз його застосуванням задовольнив з потерпілою статевою пристрастю неприродним способом, а потім вчинив з нею статевий акт. Суд у вироку зазначив, що погрози з боку суб'єкта потерпіла сприймала як реальні через темну пору доби, перебування у безлюдному місці і неможливість вийти з автомобіля, в якому були відсутні задні дверцята. Дії винного кваліфіковані за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 152 і ч. 2 ст. 153 КК<sup>107</sup>.*

Інколи стверджується, що небажання потерпілої особи чинити опір може бути пов'язано з будь-якими мотивами – від байдужості до розуміння безцільності опору<sup>108</sup>. Наведене висловлювання потребує уточнення. Річ у тім, що недобровільну згоду потерпілої від зґвалтування особи треба відрізнити від такої, що виключає інкримінування ст. 152 КК, пасивної згоди, коли особа, хоч і не бажає вступу у статеві зносини, однак і не перешкоджає їм, не показує свою незгоду з цього приводу, що розцінюється іншою стороною як згода на статеві зносини. Як слушно зазначає П. Лейленд, між згодою та покорою є різниця: згода, відсутність якої означає зґвалтування, є покорою; проте з цього не випливає, що покора завжди означає згоду<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 18.

<sup>107</sup> Архів Малиновського районного суду м. Одеси. Справа № 1-383 за 2008 р.

<sup>108</sup> Штирлов О.В. Безпорадний стан особи потерпілого: кримінально-правовий аналіз // Вісник Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2008. – № 3. – С. 171.

<sup>109</sup> Лейленд П. Кримінальне право: Злочин, покарання, судочинство (Англійський підхід) / Пер. з англ. П. Таращук. – К.: Основи, 1996. – С. 108.

Адресатом погрози може бути не лише потерпіла особа, а й інші особи, наприклад, її близькі родичі (зокрема, діти, батьки). Наприклад, злочинець може погрожувати зґвалтувати мати, якщо її дочка не погодиться на статеві зносини з ґвалтівником. Важливо лише, щоб психічне насильство, будучи погрозою негайної фізичної розправи, мало на меті зламати волю потерпілої особи та отримати від неї згоду на природні статеві зносини. Погроза застосуванням фізичного насильства щодо особи, яка не є близькою для потерпілої від зґвалтування особи, також може бути ефективною у конкретній ситуації.

М.І. Панов справедливо зазначає, що погроза як вид психічного насильства має місце і тоді, коли її здійснення передбачається щодо особи, яка є близькою для потерпілого, або навіть щодо стороннього. Адже й така погроза здатна викликати страх заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, чинити істотний вплив на волю адресата погрози, обмежувати або повністю придушувати цю волю і, відповідно, зумовлювати вчинення діянь, які вимагаються винним<sup>110</sup>. «Тому погроза, наприклад, вбити або покалічити немовля, якщо його мати негайно не поступиться вимогам ґвалтівника, не може виключати відповідальності за зґвалтування або замах на нього»<sup>111</sup>.

У зв'язку з цим важко погодитись з Л.П. Брич, яка пише, що обстоювана в т.ч. у цьому підручнику позиція стосовно адресатів погрози при зґвалтуванні не ґрунтується на чинному кримінальному законі. Водночас конструктивною видається пропозиція дослідниці вказати у ч. 1 ст. 152 КК на близьких осіб як на адресатів фізичного насильства та погрози його застосуванням при вчиненні зґвалтування<sup>112</sup>.

Саме такий підхід втілено у ст. 166 КК Республіки Білорусь, котра передбачає відповідальність за зґвалтування. Потерпілим від цього злочину визнається лише жінка. А ось відсутність вказівки на близьких для потерпілого осіб як адресатів погрози у ст. 167 КК Республіки Білорусь, що визнає злочином мужолозтво, лесбійство та інші насильницькі дії сексуального характеру, розцінюється як законодавчий недогляд і прояв невиправданої гендерної асиметрії.

<sup>110</sup> Панов М.І. Вибрані наукові праці з проблем правознавства / Передм. В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – С. 594-595.

<sup>111</sup> Борисов В.І., Дорош А.В. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (коментар до законодавства) // Форум права. – 2006. – №1. – С. 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FT/2006-1/06bvicno.pdf>

<sup>112</sup> Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 21-22, 81.

Потрібно, щоб вдосконалена ч. 1 ст. 152 КК містила пряму вказівку на застосування насильства (фізичного чи психічного) як щодо потерпілої особи, так і щодо інших її осіб, як це зроблено, наприклад, у ст. 131 КК РФ<sup>113</sup>.

Погроза вчинити вбивство потерпілої або інших осіб, заявлена винним з метою вчинити насильницький статевий акт, охоплюється складом розглядуваного злочину і додаткової кваліфікації за ст. 129 КК не потребує. Разом з тим вчинення погрози вбивством після зґвалтування (наприклад, з метою примусити потерпілу особу не заявляти про вчинене у правоохоронні органи) слугує підставою для кваліфікації дій винного за сукупністю злочинів, передбачених статтями 152 і 129 КК (має місце реальна сукупність цих злочинів).

Поняттям погрози як способу вчинення зґвалтування не охоплюється погроза особи заподіяти самій собі тілесні ушкодження або навіть накласти на себе руки, якщо інша особа відмовиться вступити з нею у статеві зносини. Така погроза не позбавляє її адресата свободи вибору. Також не визнається погрозою як способом вчинення злочину, передбаченого ст. 152 КК, погроза знайти собі іншу особу для сексуального спілкування, наприклад, завести «службовий роман» (зазвичай йдеться про спонукання до вчинення статевого акту особи, з якою той, хто заявляє таку погрозу, перебуває у шлюбі).

Якщо винному вдалося отримати згоду на природний статевий акт за допомогою погрози вчинити вбивство потерпілої особи у майбутньому, такі дії слід кваліфікувати не за ст. 152, а за ст. 129 КК, оскільки у цій ситуації погроза не носить безпосереднього характеру, вимагає для своєї реалізації певного часу, а тому не ставить особу у безвихідне становище. Вказана погроза навряд чи може бути визнана формою передбаченого ч. 1 ст. 152 КК психічного насильства, хоч і вона, поза всяким сумнівом, спроможна виконати функцію придушення волі потерпілої особи з метою подолання її опору. Адресат погрози, спрямованої у майбутнє, може усунути небезпеку, звернувшись за допомогою до правоохоронних органів, близьких осіб тощо. За ефективністю погроза як спосіб вчинення зґвалтування має прирівнюватись до застосування фізичного насильства та використання безпорадного стану

<sup>113</sup> Так само вважає А.В. Дорош (Дорош А.В. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості: проблеми вдосконалення законодавства України // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 336).

потерпілої особи<sup>114</sup>.

Подібну до викладеної вище позицію, яка фактично означає обмежувальне тлумачення кримінального закону, займає Н.О. Антонюк. На її думку, у тому разі, коли потерпілій особі погрожують застосуванням фізичного насильства не негайно, а через певний проміжок часу (у разі відмови вступити в статеві зносини), безвихідного становища немає, і про склад зґвалтування мова йти не повинна<sup>115</sup>.

В.І. Борисов також переконаний у тому, що погроза при зґвалтуванні повинна бути безпосередньою і свідчити, що вона може бути негайно виконана суб'єктом злочину. Саме цей характер погрози ставить потерпілу особу у безвихідне становище, змушує її підкоритись вимогам гвалтівника<sup>116</sup>. На думку А.П. Брич, погроза, реалізація якої передбачається у майбутньому (за винятком перебування потерпілої особи у підневільному становищі), не ставить особу у безвихідне становище, залишає їй можливість вибору варіантів поведінки. Тому така ситуація характеризується явно нижчою суспільною небезпекою, ніж характерна для зґвалтування відсутність у потерпілої особи можливості іншого варіанта поведінки<sup>117</sup>.

Про те, що погроза застосувати фізичне насильство до потерпілої особи чи її родичів у майбутньому, не дає підстав для кваліфікації вчиненого як зґвалтування, йдеться і в проведеному ВСУ узагальненні «Судова практика у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи»<sup>118</sup>. Однак у постанові Пленуму від 30 травня 2008 р. № 5 чітко не зазначено, що погроза як спосіб зґвалтування означає погрозу негайним застосуванням фізичного насильства.

Проте у літературі можна зустріти й відмінне від наведеного вище розуміння погрози як спо-

субу вчинення зґвалтування. Так, окремі автори стверджують, що погроза при зґвалтуванні має невизначено-часовий, тривалий характер (погроза з відстрочкою виконання), і саме таке тлумачення відповідає змісту кримінального закону і багатолітній судовій практиці. Законодавець свідомо не використав у кримінально-правовій нормі про зґвалтування конструкції на кшталт «погроза негайним застосуванням насильства» з тим, щоб не допустити прогалин у регламентації кримінальної відповідальності за посягання на статево свободу і статево недоторканість особи<sup>119</sup>.

Дещо непослідовною виглядає позиція Т.Д. Лисько із розглядуваного питання кримінально-правової характеристики зґвалтування. Спочатку авторка підтримує точку зору, згідно з якою погроза застосуванням фізичного насильства незалежно від очікуваного моменту її реалізації є суспільно небезпечною поведінкою, а, отже, способом вчинення зґвалтування. Далі, пропонує роз'яснення Пленуму ВСУ з питання, що слід розуміти під погрозою при зґвалтуванні і насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом, Т.Д. Лисько пише інакше: своїм змістом погроза у цьому разі означає погрозу негайним застосуванням фізичного насильства<sup>120</sup>.

Дискусійність питання про кримінально-правову оцінку статевої зносини з особою, яку примусили до них за допомогою спрямованої у майбутнє погрози фізичним насильством, слугує аргументом на користь: 1) уточнення ч. 1 ст. 152 КК з тим, щоб у ній чітко вказувалось на погрозу *негайним* застосуванням фізичного насильства; 2) розширення об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 129 КК, щонайменше за рахунок вказівки на погрозу заподіянням тяжкого тілесного ушкодження; 3) розширення переліку погроз, за допомогою яких жінку або чоловіка примушують до вступу у статевий зв'язок (ст. 154 КК).

У ст. 152 КК 2001 р. (на відміну від ст. 117 КК 1960 р.) конкретизовано зміст погрози як способу зґвалтування – це тільки погроза застосуванням фізичного насильства. Відсутність зазначеної конкретизації у ст. 117 КК 1960 р. давала підстави розуміти під погрозою при зґвалтуванні погрозу не лише негайною фізичною розправою, а й

<sup>114</sup> До речі, у ФРН можливість особи усунути небезпеку, яка їй загрожує, шляхом вжиття відповідних заходів (наприклад, за допомогою виклику поліції) слугує свідченням відсутності *наявної небезпеки* для фізичної цілості або життя як ознаки караного за § 177 КК примушування до дій сексуального характеру і зґвалтування (Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и научно-практический комментарий. – М.: Проспект, 2010. – С. 147).

<sup>115</sup> Антонюк Н. Проблемні питання кримінально-правової кваліфікації злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2008. – Випуск 46. – С. 162.

<sup>116</sup> Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (Лекція 6 та 7). – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. – С. 27.

<sup>117</sup> Брич А.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 24-25.

<sup>118</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 18.

<sup>119</sup> Блиндер Б.А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. – Ташкент: Изд-во Ташкентского гос. ун-та им. В.И. Ленина, 1970. – С. 28-31; Корчовий М.М. Погроза як спосіб застосування психологічного насильства при зґвалтуванні // Вісник Національної академії внутрішніх справ України. – 2002. – Вип. 4. – С. 48-50; Шарапов Р. Вопросы квалификации преступных угроз // Уголовное право. – 2006. – № 1. – С. 59-60.

<sup>120</sup> Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за зґвалтування (порівняльно-правовий аналіз): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 105-106, 240.



знищенням або пошкодженням майна потерпілої особи чи її родичів, розголошенням відомостей, що ганьблять честь і гідність потерпілої. Про це йшлося у т.ч. у п. 8 постанови Пленуму ВСУ від 27 березня 1992 р. № 4 «Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини». Поява такого тлумачення погрози пояснювалась тим, що у судовій практиці траплялись випадки подолання опору неповнолітньої потерпілої шляхом її залякування підпалом будинку батьків, поширенням відомостей, які ганьблять неповнолітню, зокрема, відомостей про її минулі статеві зносини<sup>121</sup>.

Роз'яснення Пленуму, будучи формально правильним, не враховувало того, що спрямовані у майбутнє погрози шантажного і майнового характеру, як правило, не носять безпосереднього характеру, вимагають для своєї реалізації певного часу, а тому, на відміну від погрози негайним фізичним насильством, не ставлять особу у безвихідне становище. До того ж, як зазначає П.П. Михайленко, шкідливі наслідки таких погроз можна вважати неадекватними тим наслідкам, які можуть настати у зв'язку з насильницьким статевим актом<sup>122</sup>. Жінка, яка погодилась на статевий зв'язок під погрозою розголошення відомостей, що ганьблять її, не дуже й цінує свою статево свободу<sup>123</sup>.

Примушування жінки або чоловіка до вступу в статеві зносини, поєднане з погрозою заподіянням не фізичної, а іншої шкоди (наприклад, погрозою розголошенням відомостей, що ганьблять їх або їх близьких родичів, погрозою знищенням, пошкодженням або вилученням їх майна), не утворює складу зґвалтування і за наявності до цього підстав може бути кваліфіковане за ч. 2 ст. 154 КК.

Інший підхід знайшов втілення, зокрема, у ст. 180 КК Словенії, згідно з якою статеві зносини під погрозою знищення майна або розголошення відомостей, що ганьблять особу, визнаються привілейованим складом зґвалтування. У російській юридичній літературі також зустрічається пропозиція охопити погрози шантажного і майнового характеру об'єктивною

стороною зґвалтування<sup>124</sup>. Щоправда, навіть прибічники такої ідеї вимушені визнавати, що вплив на волю потерпілої особи при вчиненні інших насильницьких дій сексуального характеру (ст. 131, ст. 132 КК РФ) носить значно більш суспільно небезпечний характер, ніж при примушуванні до дій сексуального характеру (ст. 133 КК РФ). Звідси випливає недоцільність охоплення диспозицією кримінально-правової норми про зґвалтування погроз майнового і шантажного характеру. Разом з тим з урахуванням насильницького характеру злочину, передбаченого ст. 154 КК, санкції цієї статті треба зробити більш суворими.

Зґвалтування визнається вчиненням з **використанням безпорадного стану** потерпілої особи у тих випадках, коли вона за своїм фізичним або психічним станом не могла розуміти характер і значення вчинюваних з нею дій (психічна безпорадність) або, усвідомлюючи це, не могла чинити опір гвалтівникові (фізична безпорадність).

Поняттям безпорадного стану як ознаки зґвалтування не охоплюється вкрай несприятливе майнове становище особи, потреба у засобах до існування. Примушування до вступу у статевий зв'язок особою, від якої жінка або чоловік залежать матеріально, за наявності підстав треба кваліфікувати за ч. 1 ст. 154 КК.

Щодо відповідного зарубіжного досвіду, то використання безпорадного стану потерпілої особи визнається або одним із способів зґвалтування (країни – учасниці СНД, Аргентина, Болгарія, Італія, Куба, Норвегія, Румунія, Фінляндія тощо), або самостійним діянням, прирівняним до зґвалтування (зокрема, Австрія, Іспанія, Словенія, Швейцарія, Швеція).

Вважаючи, що тлумачення безпорадного стану у постанові Пленуму не узгоджується з інтерпретацією ознак зґвалтування, що складається у практиці Європейського Суду з прав людини, А.П. Брич висловила думку про наявність безпорадного стану і в тому разі, коли потерпіла від зґвалтування особа не давала явної згоди на статевий контакт і не чинила опір насильнику через переляк<sup>125</sup>. Звернемо увагу на те, що Європейський Суд з прав людини виходить з іншого (порівняно із закріпленням у ст. 152 чинного КК) розуміння зґвалтування, на що

<sup>121</sup> Паневін О. Усунути помилки у справах про статеві злочини // Право України. – 1992. – № 10. – С. 30; Цвіліховський А. Деякі питання застосування законодавства про відповідальність за вчинення статевих злочинів // Коментар судової практики з кримінальних справ. Бюлетень законодавства і юридичної практики. – 1996. – № 6. – С. 50.

<sup>122</sup> Михайленко П.П. Кримінальне право, кримінальний процес та кримінологія України (статті, доповіді, рецензії). У 3-х томах. – К.: Генеза, 1999. – С. 200.

<sup>123</sup> Игнатов А.Н. Ответственность за преступления против нравственности (половые преступления). – М.: Юрид. лит., 1966. – С. 74.

<sup>124</sup> Дыдо А.В. Изнасилование: проблемы уголовно-правовой квалификации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Владивосток, 2006. – С. 7, 20; Энциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – С. 135.

<sup>125</sup> Брич Л. Кримінальне законодавство України і практика його застосування у світлі європейських стандартів прав людини // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010. – Випуск 51. – С. 311-312, 315.

вказувалось вище, а тому від усталеної тлумачення безпорадного стану особи при вчиненні зґвалтування відмовлятися не варто.

Причинами фізичної безпорадності потерпілої особи виступають, зокрема, її фізичні вади (наприклад, відсутність кінцівок або їх параліч, сліпота), похилий вік, тяжке захворювання, яке не є психічним, виснаження організму, серйозне поранення, сильне сп'яніння.

*Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ, змінюючи вирок Апеляційного суду м. Києва від 27 червня 2006 року і підтверджуючи правильність засудження винного за п. 6 ч. 2 ст. 115 і ч. 1 ст. 152 КК, водночас виключила з вироку вказівку на вчинення зґвалтування потерпілої із застосуванням фізичного насильства. Суд першої інстанції зробив обґрунтований висновок про те, що зґвалтування засуджений вчинив із використанням безпорадного стану потерпілої особи. Цей злочин ним було вчинено після того, як потерпіла після перших ударів молотком по голові, нанесених винним з метою її вбивства з корисливих мотивів, впала на кухонний стіл і знепритомніла. Доказів, які б спростовували ці показання засудженого і вказували на те, що він застосовував фізичне насильство для подолання опору потерпілої і для її зґвалтування, у справі не встановлено.*

Фізична безпорадність може стати результатом такого стану тіла людини, за якого вона на спроможна чинити опір гвалтівникові. В літературі з цього приводу наводиться такий приклад. На залізничній станції робітниця для того, щоб очищувати зсередини цистерну, через горловину залізла у неї так, що до поясу її тіло опинилось у цистерні. Двоє солдат, які проходили поряд, скориставшись тим, що робітниця не могла ні чинити опір, ні кликати на допомогу, намагались вступити з нею у статевий зв'язок<sup>126</sup>.

Психічна безпорадність, за наявності якої воля потерпілої особи на вступ у статеві зносини взагалі відсутня або є неповноцінною (недійсною), може бути викликана, зокрема, психічним захворюванням, непритомним станом, перебуванням у гіпнотичному стані або у стані медикаментозного сну.

Дискусійним в юридичній літературі є питання про те, чи може зумовити психічну безпорадність особи введення її в оману щодо особи свого статевого партнера (наприклад, у конкретній обстановці жінка сприймає суб'єкта як свого чоловіка або коханця)<sup>127</sup>. Видається,

<sup>126</sup> Андреева Л.А., Цэнгэл С.Д. Квалификация изнасилований: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. – СПб.: Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ, 2004. – С. 11.

<sup>127</sup> У міфі про народження Геракла розповідається, що Зевс, шукаючи смертну жінку, гідну бути матір'ю майбут-

що у цій ситуації має місце використання обману, а не безпорадного стану потерпілої особи, як цього вимагає чинний КК, а тому склад злочину «зґвалтування» відсутній.

Російська авторка К.В. Піддубна пропонує доповнити постанову Пленуму Верховного Суду РФ, присвячену кваліфікації статевих злочинів, роз'ясненням про те, що обман при вчиненні зґвалтування і насильницьких дій сексуального характеру може полягати у свідомому повідомленні завідомо неправдивих відомостей або у неповідомленні відомостей про справжні факти, в результаті чого потерпіла особа опиняється у становищі, однаковому з безпорадним, і не чинить у зв'язку з цим опору<sup>128</sup>. Але ж обман як спосіб вчинення зґвалтування і насильницьких дій сексуального характеру у ст. 131 і ст. 132 КК РФ (з цієї точки зору вони не відрізняються від формулювань, закріплених у ст. 152 і ст. 153 КК) не фігурує. Тому пропоноване роз'яснення не може бути розцінене інакше, як застосування забороненої аналогії кримінального закону.

Малолітній вік може бути причиною і психічної безпорадності (особа не розуміє характер і значення вчинюваних з нею дій), і фізичної безпорадності (особа розуміє характер і значення вчинюваних з нею дій, однак, з огляду на свою конституцію і фізичні сили, не спроможна чинити гвалтівнику опір).

Психічна хвороба свідчить про наявність безпорадного стану потерпілої від зґвалтування особи, якщо остання не розуміє характер і значення вчинюваних з нею сексуальних дій та (або) не може керувати своєю поведінкою. У протилежному випадку ми вимушені були б вести мову про повну заборону статевих зносин для психічно хворих людей.

Важливу роль у встановленні психічної безпорадності потерпілої від зґвалтування особи, яка страждає на психічне захворювання, відіграє судово-психіатрична, комплексна психолого-психіатрична або судово-психологічна експертиза. У фаховій літературі виокремлюють чотири рівні розуміння особою характеру і значення вчинюваних з нею дій, що беруться до уваги при судово-психіатричній оцінці психічних розладів осіб, потерпілих від зґвалтування: 1) розуміння зовнішньої сторони юридично зна-

нього героя, зупинив свій вибір на Алкмені – дружині царя Амфітріона. Однак та палко кохала свого чоловіка й думати не хотіла ні про кого іншого. Тоді Зевс вдався до хитрощів: одного разу він прибрав подобу Амфітріона і так увійшов до Алкмени. В результаті спілкування між могутнім богом й введеною в оману смертною жінкою і народився Геракл.

<sup>128</sup> Поддубная Е.В. Изнасилование и насильственные действия сексуального характера: уголовно-правовая характеристика и квалификация: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 10-11.

чущих подій – часу, місця, зовнішності правопорушника, послідовності вчинюваних ним дій тощо; 2) розуміння фактичної сторони подій – біологічної суті статевих зносин; 3) розуміння соціального значення подій – здатність осмислити морально-етичне значення злочину, його наслідки для честі, гідності особи тощо; 4) розуміння соціального значення юридично значущих подій на особистісному рівні. Для констатації стану психічної безпорадності достатньо встановити порушення на будь-якому із вказаних рівнів розуміння<sup>129</sup>.

Для інкримінування ст. 152 КК потрібно, щоб винний, вступаючи у статеві зносини з потерпілою особою, усвідомлював (достовірно знав чи усвідомлював можливість), що вона перебуває у безпорадному стані. Словосполучення «використання безпорадного стану» означає цілеспрямовану, свідому діяльність винної особи, а тому виключає необережність щодо цієї ознаки злочину. Згідно з п. 9 постанови Пленуму ВСУ від 27 березня 1992 р. № 4 «Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини» зґвалтування слід було вважати вчиненим із використанням безпорадного стану і в тих випадках, коли насильник міг і повинен був усвідомлювати, що потерпіла особа знаходиться саме у такому стані. Правильність цього роз'яснення обґрунтовано ставив під сумнів С.Д. Шапченко<sup>130</sup>.

Так, у деяких психічно хворих періодично спостерігається стан посиленої сексуальності, перебуваючи в якому вони можуть виступати ініціаторами статевих зносин. Якщо чоловік, не знаючи про психічне захворювання жінки, сприймає її згоду на статевий акт як справжнє волевиявлення, його відповідальність за ст. 152 КК також виключається. Як слушно зазначає О.М. Ігнатов, статеві зносини з психічно хворою особою можна розглядати як зґвалтування, вчинене з використанням безпорадного стану потерпілої особи, тільки в тому випадку, коли винний знав про психічну хворобу потерпілої осо-

<sup>129</sup> Метелица Ю.А. Судебно-психиатрическая экспертиза потерпевших. – М.: Юрид. лит., 1990. – С. 49-88; Нор В.Т., Костицкий М.В. Судебно-психологическая экспертиза в уголовном процессе. – К.: Головное изд-во издательского объединения «Вища школа», 1985. – С. 29.

<sup>130</sup> Кримінальне право України: Особлива частина. Підручник / За ред. П.С. Матишевського, С.С. Яценка, П.П. Андрушка. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 251.

В.А. Чубарев також переконаний у тому, що без усвідомлення винним безпорадного стану потерпілої особи не можна говорити про використання ним такого стану (Чубарев В.А. Тяжесть преступного деяния: Монография. – К.: Вища шк., 1992. – С. 53-54). Аналогічне роз'яснення наводиться у п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 15 червня 2004 р. № 11 «Про судову практику у справах про злочини, передбачені ст. 131 і ст. 132 Кримінального кодексу Російської Федерації».

би і свідомо використовував неспроможність цієї особи правильно усвідомлювати або оцінювати те, що відбувається<sup>131</sup>.

За *замах на зґвалтування засудив Ківерцівський районний суд Волинської області чоловіка, який намагався вчинити статевий акт із психічно хворою, але не довів злочин до кінця через втручання діда потерпілої. Кваліфікація дій засудженого за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 152 КК є правильною, оскільки він мешкав із потерпілою в одному селі неподалік від неї і знав, що вона є психічно хворою. Згідно з висновком судово-психіатричної експертизи потерпіла страждає на недоумство у формі легкої імбецильності і за своїм психічним станом може правильно сприймати лише деякі зовнішні обставини події, що розгортались у межах кримінальної ситуації*<sup>132</sup>.

Відповідно до ст. 152 КК використання безпорадного стану потерпілої особи – самостійний спосіб вчинення зґвалтування. У зв'язку з цим для наявності складу аналізованого злочину від особи, яка перебуває у безпорадному стані, не вимагається чинити опір гвалтівникові.

Якщо статевий акт був вчинений з особою, яка перебуває у безпорадному стані (варто уточнити, що у цьому разі йдеться про фізичну безпорадність), зі згоди такої особи, склад злочину, передбаченого ст. 152 КК, відсутній. Для інкримінування цієї норми КК треба встановити, що «відсутність опору повинна бути наслідком об'єктивних причин, які свідомо використовуються гвалтівником, а не згоди особи, яка має фізичні вади, на статеві зносини»<sup>133</sup>. Так само вирішувалось це питання у дореволюційній доктрині. Коментуючи положення Кримінального уложення 1903 р. про зґвалтування особи, позбавленої можливості чинити опір, М.С. Таганцев писав, що статеві зносини із фізично беззахисною жінкою, наприклад, зв'язаною або калікою з її згоди не вважаються злочинними<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> Ігнатов А.Н. Ответственность за преступления против нравственности (половые преступления). – М.: Юрид. лит., 1966. – С. 82.

<sup>132</sup> Архів Ківерцівського районного суду Волинської області. Справа № 1-157 за 2008 р.

Цікаво, що німецький законодавець визнав за потрібне передбачити окрему кримінально-правову заборону, покликану захистити осіб, які страждають на психічні і фізичні захворювання, від дій сексуального характеру з боку тих, хто здійснює консультації, лікування чи нагляд за такими специфічними потерпілими (§ 174с КК ФРН).

<sup>133</sup> Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (Лекція 6 та 7). – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. – С. 28.

<sup>134</sup> Уголовное уложение 22 марта 1903 г. С мотивами, извлеченными из объяснительной записки редакционной комиссии, представления Министерства Юстиции в Государственный Совет и журналов особого совещания, особого присутствия департаментов и общего собрания Государственного



Якщо особа, яка перебуває у безпорадному стані, була зґвалтована шляхом застосування фізичного насильства або погрози його застосуванням, така ознака об'єктивної сторони зґвалтування, як використання безпорадного стану особи, за загальним правилом, відсутня і, відповідно, на кваліфікацію вчиненого за ст. 152 КК вона не впливає. Разом з тим на підставі п. 6 ч. 1 ст. 67 КК наявність безпорадного стану особи, потерпілої від зґвалтування, у цьому випадку підлягає врахуванню при призначенні покарання як обтяжуюча обставина.

*Залишаючи без змін вирок Миколаївського районного суду Одеської області, колегія суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Одеської області підтвердила законність засудження суб'єкта за ч. 1 ст. 152 КК за зґвалтування, вчинене з використанням безпорадного стану потерпілої особи*<sup>135</sup>.

Кваліфікацію дій винного вважаємо правильною, що не можна сказати про формулу обвинувачення. Не дивлячись на те, що на момент вчинення злочину потерпілій виповнилось 83 роки, засуджений вчинив її зґвалтування не з використанням безпорадного стану потерпілої, а шляхом застосування до неї фізичного насильства. Як впливає з показань потерпілої та засудженого, останній завдав кілька ударів потерпілій у голову, внаслідок чого вона знепритомніла. Тобто безпорадний стан потерпілої став результатом насильницьких дій винного, спрямованих на подолання очікуваного опору з її боку. Даних же про те, що потерпіла перебувала у безпорадному стані, зумовленому її похилим віком, у вирокі та ухвалі апеляційного суду не наводиться.

Стан сп'яніння може бути визнаний безпорадним станом лише у тому разі, коли внаслідок вживання алкоголю, наркотичних засобів або токсичних речовин особа не усвідомлювала навколишню обстановку або була позбавлена фізичної можливості протидіяти гвалтівникові.

В юридичній літературі можна прочитати, що якщо доросла людина дала згоду на спільне вживання алкогольних напоїв або наркотиків в обстановці, сприятливій подальшому статевому зближенню, то тим самим вона ніби дає згоду на можливість такого зближення, незалежно від подальшого її стану<sup>136</sup>.

Совета. Издание Н.С. Таганцева. – СПб., 1904. – С. 709.

<sup>135</sup> Архів Апеляційного суду Одеської області. Справа № 11-1654 за 2006 р.

<sup>136</sup> Борисов В.І., Дорош Л.В. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (коментар до законодавства) // Форум права. – 2006. – № 1. – С. 7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FT/2006-1/06bvicno.pdf>; Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: Навчальний посібник / За заг. ред. В.В. Коваленка; за наук. ред. О.М. Джужи та А.В. Сав-

Ми не поділяємо викладеної точки зору і виходимо з того, що згода на спільне вживання алкоголю чи інших речовин, на знаходження в інтимній, еротично налаштованій обстановці, що сприяє фізичному зближенню, ще не є згодою на статеві зносини, яка виключає кваліфікацію вчиненого за ст. 152 КК. Так, на думку фахівців, у сексуальній поведінці жінки, за загальним правилом, преважують психологічні, а не фізіологічні чинники. Тому будь-яка психологічна перешкода (грубість чоловіка, його безцеремонність, несподіваний шум тощо) може зупинити зліт жіночого лібідо, зірвати його<sup>137</sup>. З кримінально-правової точки зору це означає, що жінка, яка залишилась наодинці з чоловіком у «романтичній» обстановці та очікування якої цей чоловік з тієї чи іншої причини не виправдав, може й не дати згоду на добровільні статеві зносини.

*Апеляційним судом Вінницької області, зокрема, за ч. 3 ст. 152 і ч. 4 ст. 152 КК були засуджені, відповідно, Ф. і С., які, скориставшись безпорадним станом сп'янілої О., привели її з метою зґвалтування на кладовище, де із застосуванням фізичного насильства вчинили її зґвалтування. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ виключила з вироку вказівку на вчинення Ф. і С. зґвалтування О. з використанням безпорадного стану потерпілої особи, оскільки визнати стан безпорадності можна лише за такого ступеня сп'яніння потерпілої особи, за якого вона не може усвідомлювати навколишню обстановку і розуміти значення вчинюваних з нею дій. Як вбачається із матеріалів справи, О., хоч і перебувала у стані алкогольного сп'яніння, усвідомлювала, що Ф. і С. гвалтують її, чинила їм опір та обіцяла розповісти про все своєму зятю*<sup>138</sup>.

*За ч. 1 ст. 152 КК кваліфікував Луцький міськрайонний суд дії чоловіка, який, використавши безпорадний стан потерпілої, вчинив з нею статевий акт. Правильність такої кримінально-правової оцінки сумнівів не викликає. Потерпіла пояснила, що про те, як винний вступив з нею у статеві зносини природним шляхом, не пам'ятає, адже перебувала у стані алкогольного сп'яніння і спала. Суд виключив з обвинувачення інкриміновану слідчим вказівку на вчинення засудженим зґвалтування із застосуванням фізичного насильства, оскільки це не знайшло підтвердження у судовому засіданні*<sup>139</sup>.

ченка. – К.: Атіка, 2011. – С. 134.

<sup>137</sup> Свядоц А.М. Женская сексопатология. – М.: Медицина, 1988. – С. 203.

<sup>138</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 12. – С. 28, с. 40.

<sup>139</sup> Архів Луцького міськрайонного суду Волинської області. Справа № 1-71 за 2009 р.

На думку британських адвокатів, жодне вдосконалення кримінального законодавства не спроможне вирішити актуальну для кримінальних справ про згвалтування проблему доказування у випадках перебування у стані сп'яніння особи, з якою були вчинені статеві зносини. Суд і сьогодні здатен визначити різницю між особою, яка є п'яною, але здатною надати згоду, хоч згодом і пожалкує про це, і п'яною особою, яка, не втрачаючи свідомості, перебуває у такому стані, що не може надати згоду у будь-якій значущій формі<sup>140</sup>.

Юридична оцінка природного статевого акту з малолітньою особою за умови її згоди на це залежить від того, чи усвідомлювала вона характер і значення вчинюваних з нею дій. Взятий сам по собі малолітній вік особи, тобто недосягнення нею 14-річного віку, не завжди свідчить про наявність безпорадного стану як ознаки згвалтування. Питання про наявність або відсутність безпорадного стану та кваліфікацію дій винного за ст. 152 КК необхідно вирішувати у кожному конкретному випадку з урахуванням індивідуальних особливостей розвитку і виховання малолітньої особи. В сучасних умовах сексуальної розкритості вирішальну роль при цьому повинен відігравати не стільки певний вік як своєрідна презумпція наявності безпорадного стану, скільки ступінь обізнаності та інформованості конкретної малолітньої особи з питань статевого життя.

*За ч. 1 ст. 155 КК кваліфікував Сокальський районний суд Львівської області дії К., який за згодою малолітньої С. неодноразово вступав з нею у статеві зносини. Правильність кримінально-правової оцінки злочинної поведінки К. викликає сумнів, оскільки, як вбачається з матеріалів кримінальної справи, суд не з'ясував питання про те, чи розуміла С., якій виповнилось всього 12 років, характер і значення вчинюваних з нею дій<sup>141</sup>.*

У будь-якому разі важко погодитись із пропозицією доповнити ст. 152 КК приміткою, згідно з якою малолітній вік дитини, тобто вік до 14 років, має визнаватись безумовним критерієм безпорадного стану особи<sup>142</sup>.

В літературі віком, недосягнення якого дозволяє констатувати безпорадний стан малолітньої особи, вже тривалий час називається

<sup>140</sup> Коли особа занадто п'яна, щоб сказати «Ні»? // Юридична газета. – 28 вересня 2006 р. – № 18.

<sup>141</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 24.

<sup>142</sup> Дорош А.В. До проблеми кримінально-правового захисту статевої недоторканості дітей // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 163.

12-річний вік особи<sup>143</sup>. Так, для С.Ф. Мілюкова безспірним є те, що «згода», яку дає 5, 7 і навіть 10-річна дитина, юридичного значення не має, і наявність безпорадного стану потерпілої особи у цьому випадку не виключається<sup>144</sup>.

Щодо зарубіжного досвіду, то у кримінальних кодексах багатьох держав особливим видом безпорадного стану визнається конкретний малолітній вік потерпілої особи. Незалежно від застосування насильства і погроз статевий акт чи інші сексуальні дії з дитиною певного віку, визначеного законом (зокрема, 10 років – в Австралії, Італії, Норвегії, 12 років – в Аргентині, Венесуелі, Гватемалі, Данії, Іспанії, Мальті, Мексиці, Нідерландах, Чилі, 13 років – у Великобританії, В'єтнамі, Кіпрі, 14 років – у Бразилії, Брунеї, КНР), визнаються згвалтуванням або іншим насильницьким злочином<sup>145</sup>. Так, ст. 147 Пенітенціарного кодексу Естонії встановлює, що особа, якій не виповнилось 10 років, вважається такою, що не здатна розуміти характер і значення діянь, передбачених розділом цього Кодексу про відповідальність за злочини проти сексуального самовизначення. Американському кримінальному праву відоме так зване статутне згвалтування, яке означає статеві зносини з особою, котра не досягла певного віку (в різних штатах цей вік не є однаковим – 13, 14, 16, 17 років), незалежно від того, чи дала така особа згоду на статеві зносини<sup>146</sup>.

Необхідність включення до КК подібного припису впливає з приєднання нашої держави до Конвенції РЄ від 25 жовтня 2007 р. «Про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального розбещення», ст. 18 якої містить адресовану

<sup>143</sup> Капинус О.С. Современное уголовное право в России и за рубежом: некоторые проблемы ответственности: Сборник статей. – М.: Издательский дом «Буквояд», 2008. – С. 212; Курс советского уголовного права. Часть Особенная / Отв. ред. проф. Н.А. Беляев, проф. М.Д. Шаргородский. – Т. 3. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1973. – С. 635; Энциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – С. 500.

<sup>144</sup> Милуков С.Ф. Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа. – СПб.: СПБИНВЭСЭП, Знание, 2000. – С. 226.

<sup>145</sup> Косенко С. Захист неповнолітніх потерпілих від статевих злочинів (на прикладі кримінального законодавства зарубіжних країн) // Право України. – 2003. – № 2. – С. 35-38; Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 145.

<sup>146</sup> Козочкин И.Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. – С. 367-368; Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учебник / под ред. И. Д. Козочкина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 711-712.

країнам – учасницям Конвенції вимогу визначити вік, до досягнення якого заборонено залучати дітей до діяльності сексуального характеру.

С.В. Чмут пропонує включити до ст. 155 КК норму, згідно з якою не може вважатись добровільним статевий акт у природній або неприродній формі з особою, яка не досягла 11-річного віку. Свою пропозицію автор ґрунтує на останніх дослідженнях дитячої психології та ранньої сексопатології, які засвідчують фізичну та психологічну безпорадність абсолютної більшості малолітніх осіб, які не досягли одинадцятирічного віку, у сексуальних питаннях. Самооцінка цих дітей дуже недосконала, вони довірливі, наївні, безхитрісні, прямолінійні, мають надзвичайну сугестивність, особливо з боку більш дорослих осіб. Психологи та правники стало виділяють досягнення одинадцятирічного віку малолітньою особою як показник, коли здійснюється певне накопичення первісних знань, деякого життєвого досвіду та коли особа поступово починає «виходити з дитинства»<sup>147</sup>.

Звичайно, наведену пропозицію С.В. Чмута та аргументацію на її користь можна сприймати чи ні. Наприклад, один із провідних російських фахівців у галузі судової сексології Г.Б. Дерягін констатує передчасний психосексуальний розвиток сьгоднішніх підлітків, чимало з яких добре проінформовані про суть і техніку статевих актів, орально- та анально-генітальних контактів. Стверджується, що наразі хіба що дитина дошкільного віку є однозначно безпорадною перед злочинцем; в інших випадках необхідно призначати комплексну психолого-психіатричну експертизу<sup>148</sup>.

Як бачимо, вік, із досягненням якого особа починає розуміти справжнє значення вчинюваних з нею сексуальних дій, – вельми індивідуальна матерія. Сказане дозволяє поставити під серйозний сумнів слушність ідеї законодавчої конкретизації віку, недосягнення якого зобов'язуватиме суд розцінювати статеві зносини з відповідною особою як зґвалтування.

За спрямованістю умислу замах на зґвалтування, за якого винна особа діє з метою вчинення природного статевого акту і саме для цього застосовує фізичне і психічне насильство, потрібно відмежовувати від суміжних складів злочинів, передбачених, зокрема, статтями 121, 122, 125, 153, 156 КК.

Якщо чоловік застосував фізичне насильство

<sup>147</sup> Чмут С.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2010. – С. 59-60, 89-90, 106-08, 188.

<sup>148</sup> Дерягін Г.Б. Кримінальная сексология. Курс лекцій для юридических факультетов. – М.: Московский ун-т МВД России. Изд-во «Щит-М», 2008. – С. 256.

або погрозу його застосуванням для того, щоб вчинити статевий акт з особою, яка за зовнішніми ознаками схожа на жінку, але яка насправді виявилась чоловіком (трансвеститом), вчинене за спрямованістю умислу має розцінюватись як замах на зґвалтування.

Зурахуванням ст. 17 КК **добровільна відмова** від доведення зґвалтування до кінця виключає кримінальну відповідальність за замах на цей злочин за умови, якщо особа, усвідомлюючи можливість довести злочин до кінця, відмовилась від цього і з власної волі припинила злочинні дії. Необхідною ознакою добровільної відмови, з огляду на пряму вказівку законодавця, є суб'єктивний критерій – усвідомлення особою можливості доведення злочину до кінця. Вирішальним при цьому є відповідне уявлення самого суб'єкта, а не те, чи існувала насправді фактична (об'єктивна) можливість продовжити або завершити розпочатий злочин. «Не виключає добровільності відмови і об'єктивна неможливість здійснити гвалтівником злочинного наміру, про що йому самому не було відомо»<sup>149</sup>.

З огляду на сказане, потребує уточнення наведене в абз. 1 п. 14 постанови Пленуму роз'яснення, згідно з яким для визнання добровільною відмови від доведення до кінця злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 153 КК, слід виходити з того, що особа, маючи реальну можливість довести їх до кінця, відмовилась від цього і з власної волі припинила злочинні дії. Насправді добровільну відмову при вчиненні зґвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом слід пов'язувати не з реальною можливістю завершити той чи інший статевий злочин, а з впевненістю суб'єкта у тому, що він має таку можливість. У п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 15 червня 2004 р. № 11 «Про судову практику у справах про злочини, передбачені ст. 131 і ст. 132 Кримінального кодексу Російської Федерації» цілком обґрунтовано роз'яснюється, що при добровільній відмові, яка виключає кримінальну відповідальність за зґвалтування, особа усвідомлює можливість доведення злочину до кінця, але добровільно та остаточно відмовляється від його вчинення.

Відмова визнається вимушеною, а, отже, такою, що не виключає кримінальної відповідальності, у разі, коли вона зумовлена неможливістю завершити злочин з причин, які не залежать від волі винного. До конкретних причин, які не залежать від волі винного та які перешкодили йому довести злочин до кінця, можуть бути віднесені, наприклад, неподоланий опір потерпілої особи, втручання сторонніх, фізіологічні чин-

<sup>149</sup> Александров Ю. Добровільна відмова від вчинення зґвалтування // Радянське право. – 1968 – № 6. – С. 48.



ники (передчасне сім'явипорскування, порушення ерекції<sup>150</sup>), невідповідність статевому члену гвалтівника статевим органам малолітньої потерпілої тощо.

У випадку вказаної невідповідності згідно з п.п. 2.11.6 Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи проводиться вимірювання статевому члену обстежуваного у стані ерекції та входу у піхву потерпілої. У випадках невідповідності розмірів у висновку експертизи зазначається можливість або неможливість здійснювати статеві зносини без заподіяння ушкоджень потерпілій.

Питання про добровільність чи вимушеність відмови при незакінченому посяганні потрібно вирішувати у кожному конкретному випадку з урахуванням, зокрема, зовнішніх обставин, які спонукають особу за власною волею припинити злочинну діяльність, стимулюють таку поведінку або ж взагалі позбавляють можливості завершити розпочатий злочин. Небезпека затримання внаслідок конкретних несприятливих для особи обставин, які виникають у процесі здійснення зґвалтування і перешкоджають його закінченню, означає, що відмова є вимушеною.

Можлива ситуація, коли потерпіла говорить гвалтівнику, що вона знає його прізвище та адресу, тому він відразу буде викритий, у зв'язку з чим гвалтівник відмовляється від продовження своїх дій, хоч усвідомлює, що, не дивлячись на невідворотність покарання, вчинити зґвалтування зараз він може. І в цьому випадку відмову слід визнавати добровільною<sup>151</sup>.

У випадку добровільної відмови від доведення зґвалтування до кінця особа може нести відповідальність за фактично вчинені нею дії, якщо вони утворюють склад іншого злочину (наприклад, заподіяння тілесного ушкодження, незаконне позбавлення волі, розбещення неповнолітніх). Одним з таких злочинів, вважає С.С. Яценко, може бути зґвалтування, що відзначається винятковим цинізмом<sup>152</sup>.

*За ч. 1 ст. 296 КК як хуліганство кваліфікував*

<sup>150</sup> На думку А.П. Козлова, відсутність ерекції, внаслідок чого особа не змогла закінчити насильницький статевий акт, є обставиною, яка залежить від винного (у свідомості особи спрацював механізм, що деформував її злочинну поведінку), але яка відповідальність за замах не виключає (Козлов А.П. Учение о стадиях преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 305-306). Сказане схиляє до думки про доцільність збереження у законодавчому визначенні замаху (ч. 1 ст. 15 КК України) вказівки на причини, які не залежали від волі особи.

<sup>151</sup> Александров Ю. Добровільна відмова від вчинення зґвалтування // Радянське право. – 1968 – № 6. – С. 49.

<sup>152</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С.Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – С. 610.

*Коломийський районний суд Івано-Франківської області дії Т., який у громадському місці, у присутності інших осіб, із застосуванням до потерпілої Д. фізичного насильства намагався вступити з нею у статеві зносини, однак добровільно відмовився від доведення зґвалтування до кінця, погодившись на пропозицію Д. зустрітись з нею наступного дня для добровільних зносин<sup>153</sup>.*

Мотиви добровільної відмови від доведення зґвалтування до кінця можуть бути різними. Така відмова може бути обумовлена, наприклад, заявою (не має значення – правдивою чи ні) потерпілої особи про те, що вона хвора на СНІД або венеричне захворювання, у неї «критичні дні», обіцянкою жертви вступити з винним у добровільний статевий зв'язок у більш сприятливій обстановці або погрозою особи вчинити після її зґвалтування самогубство. Про застосування ст. 17 КК можна вести мову і в тому разі, коли винний відмовляється закінчити зґвалтування однієї потерпілої особи для того, щоб вчинити зґвалтування іншої потерпілої особи.

**Суб'єктом** розглядуваного злочину є осудна (в т.ч. обмежено осудна) особа чоловічої або жіночої статі, яка досягла 14-річного віку. При цьому стать безпосереднього виконавця злочину має бути протилежна статі потерпілої особи. Якщо винна або потерпіла особа змінювала стать, при кримінально-правовій оцінці треба виходити зі статі на момент вчинення злочину.

У випадку зґвалтування особи жіночої статі чоловік як суб'єкт злочину повинен мати додаткові ознаки – пеніс, лібідо, потенцію та ерекцію (для прискорення виникнення ерекції, її посилення винний може вживати відповідні хімічні препарати). Водночас з урахуванням того, з якого моменту зґвалтування вважається закінченим злочином, його суб'єкт не обов'язково повинен мати здатність до запліднення. Річ у тім, що деякі аномалії розвитку чоловічих статевих органів (фімоз, кортикальна імпотенція тощо) унеможливають вчинення статевого акту, інші ж аномалії призводять лише до порушення сперматогенезу або до патологічних змін сперми, а, отже, не впливають на здатність чоловіка вчинити статевий акт.

З огляду на сказане, викликає інтерес роз'яснення, наведене у п. 7 Нормативної постанови Верховного Суду Республіки Казахстан від 11 травня 2007 р. № 4 «Про деякі питання кваліфікації злочинів, пов'язаних із зґвалтуванням та іншими діями сексуального характеру». Тут зазначається, що особа, яка не має фізіологічної спроможності вчинити статевий акт і завідомо знає про це, за вчинення дій, що із зовнішнього боку нагадують замах на зґвалтування, не може

<sup>153</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 20.

нести відповідальність за ст. 120 КК Казахстану («Зґвалтування»). Залежно від конкретних обставин дії такої особи пропонується кваліфікувати як вчинення інших насильницьких дій сексуального характеру, хуліганство тощо.

О.М. Джужа вважає за доцільне наголосити на тому, що виконавцем зґвалтування є лише та особа, яка за станом фізичного розвитку і здоров'я здатна здійснити статевий акт<sup>154</sup>. Спроможність вчинити статевий акт у чоловіків спостерігається вже у віці 10-12 років, згасання такої спроможності припадає на 60-70 років, однак вказані вікові критерії мають відносне значення<sup>155</sup>.

Особи, підозрювані у зґвалтуванні, не визнаючи себе винуватими у вчиненні цього злочину, можуть посилаються на свою нездатність вчинити природний статевий акт. Встановленню здатності осіб чоловічої статі до статевих зносин присвячено п. 2.11 Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи. При цьому в літературі із судової медицини зазначається, що встановити імпотенцію при неушкоджених статевих органах чоловіка дуже складно. Слід сказати, що особи, які вчинили статеві злочини, можуть умисно вживати препарати, що знижують потенцію, і при проведенні судово-медичної експертизи можуть бути визнані нездатними вчинити статевий акт. З іншого боку, ґвалтівники можуть вживати препарати, що посилюють ерекцію за наявності сексуальної дисфункції<sup>156</sup>.

Якщо фізіологічні чинники, які унеможливили доведення злочину до кінця, виникли безпосередньо в процесі зґвалтування, вчинене за спрямованістю умислу має кваліфікуватись як замах на злочин, передбачений відповідною частиною ст. 152 КК.

У разі опосередкованого вчинення злочину, коли винний для насильницького статевого акту використовує особу, яка не підлягає кримінальній відповідальності (наприклад, неосудного), стать ґвалтівника – суб'єкта злочину може збігатись зі статтю потерпілої особи. Дії винного у цьому разі мають кваліфікуватись за ч. 1 ст. 152 КК (за

<sup>154</sup> Джужа О.М. Запобігання злочинам, що пов'язані із сексуальним насильством: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – С. 55, 93.

<sup>155</sup> Сексуальное насилие: теории, подходы и методы исследования / Ю.И. Пиголькин, О.А. Дмитриева, Н.Г. Щитов, Г.Б. Дерягин. – М.: ООО «Медицинское информационное агентство», 2008. – С. 107.

<sup>156</sup> Самищенко С.С. Судебная медицина. – М.: Право и Закон, 1996. – С. 264; Судова медицина: Підручник / За ред. А.С. Лісового. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 332; Сексуальное насилие: теории, подходы и методы исследования / Ю.И. Пиголькин, О.А. Дмитриева, Н.Г. Щитов, Г.Б. Дерягин. – М.: ООО «Медицинское информационное агентство», 2008. – С. 256-257.

відсутності у вчиненому кваліфікуючих ознак).

Співвиконавцем злочину – учасником групового зґвалтування (про це мова буде йти далі) може бути й особа, яка фізіологічно не спроможна вчинити природний статевий акт, а також особа однакової статі з потерпілим.

**Суб'єктивна сторона** зґвалтування характеризується прямим умислом. Винний усвідомлює, що вчиняє природний статевий акт із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосуванням або з використанням безпорадного стану потерпілої особи, і бажає це вчинити.

Мотиви, не впливаючи на кваліфікацію, можуть бути різними. Це і задоволення статевої пристрасті (сексуальний мотив, судячи з матеріалів правозастосовної практики, є найбільш розповсюдженим), і автономні відносно сексуального мотиву спонукання – помста, бажання принизити потерпілу особу або копіювати поведінку інших учасників групи, прагнення сексуального самоствердження, хуліганські спонукання, ревності, бажання примусити потерпілу особу одружитись, національна, релігійна ненависть чи ворожнеча тощо. «...в механізмі зґвалтувань, вчинених неповнолітніми, помітно переважає мотивація невитребуваних біологічних потреб, а також грубої цинічної цікавості і просто групової протиправної солідарності»<sup>157</sup>.

Тезу про те, що зґвалтування не завжди вчиняється із сексуальним мотивом, гарно ілюструє випадок із практики, описаний в юридичній літературі. Брати І., звільнившись з місць позбавлення волі, вирішили помститись слідчому, який вів їх кримінальну справу, і вбити його. Оскільки слідчого вдома не виявилось (він перебував у відрядженні), злочинці з помсти зґвалтували його старшу сестру у віці 52 років. Навряд чи у цьому разі мав місце сексуальний мотив, адже, як випливає з матеріалів справи, статевого потягу до потерпілої брати не мали і для того, щоб вчинити з нею статевий акт, штучно викликали ерекцію<sup>158</sup>.

**Кваліфікуючими ознаками** зґвалтування є вчинення його повторно або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 153–155 КК (ч. 2 ст. 152 КК), групою осіб або зґвалтування неповнолітньої чи неповнолітнього (ч. 3 ст. 152 КК), а **особливо кваліфікуючими ознаками** – спричинення особливо тяжких наслідків та зґвалтування малолітньої чи малолітнього (ч. 4 ст. 152 КК).

<sup>157</sup> Корчовий М.М. Кримінологічні проблеми боротьби із зґвалтуваннями, вчинюваними неповнолітніми: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2000. – С. 6.

<sup>158</sup> Половчук М. Некоторые спорные вопросы квалификации изнасилований на стадии предварительного расследования // Советская милиция. – 1990. – № 4. – С. 9.

Згвалтування, вчинене **повторно**, має місце у тому разі, коли його скоїла особа, яка раніше вже вчинила злочин, передбачений ст. 152 КК, або один із злочинів, передбачених статтями 153, 154, 155 КК. Таким чином, кримінальну відповідальність за згвалтування обтяжує фактична та юридична повторність як тотожних, так й однорідних злочинів. На кваліфікацію за цією ознакою не впливає, чи була особа засуджена за раніше вчинений злочин, була вона виконавцем або іншим співучасником злочину, вчинила вона раніше закінчений злочин або замах на нього.

Продовжуване згвалтування, яким є вчинення двох або більше природних статевих актів з однією і тією ж потерпілою, коли винний діє без значної перерви у часі, що охоплюється його єдиним злочинним наміром, виключає ознаку повторності. Такий висновок ґрунтується на законодавчому визначенні продовжуваного злочину (ч. 2 ст. 32 КК). У цих випадках, вважають автори узагальнення «Судова практика у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи», потерпіла особа продовжує перебувати під впливом психічної або фізичної дії насильника, її воля паралізована ще при перших статевих зносинах<sup>159</sup>.

*Прикладом продовжуваного згвалтування можуть слугувати дії особи, засудженої Оржицьким районним судом за ч. 1 ст. 152 КК. Правильність такої кваліфікації підтверджено ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Полтавської області. Встановлено, що засуджений, застосовуючи фізичне насильство і прив'язавши потерпілу за ноги до ліжка, протягом трьох годин неодноразово вчиняв з нею статеві акти<sup>160</sup>.*

Продовжуване згвалтування, поєднане із незаконним позбавленням волі, потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 146 КК.

Згідно з п. 7 постанови Пленуму у разі вчи-

<sup>159</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 20.

У роз'ясненні, присвяченому продовжуваному статевому злочину (абз. 1 п. 7 постанови Пленуму), крім слів «без значної перерви у часі», використовується і словосполучення «без перерви». Як слушно зауважує Р.Л. Максимович, якщо вчинення згвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом без значної перерви у часі не вважається вчиненням повторно, то вчинення таких дій без перерви у часі тим більше має розцінюватись як продовжуваний злочин. Наявність вказаного словосполучення не несе змістовного навантаження і лише захарашує текст роз'яснення (Максимович Р.Л. Спірні позиції Верховного Суду України з питань відповідальності за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2009. – № 3. – С. 206).

<sup>160</sup> Архів Апеляційного суду Полтавської області. Справа № 11-395 за 2009 р.

нення згвалтування, а потім насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом чи навпаки щодо однієї і тієї ж потерпілої особи ці злочини слід кваліфікувати самостійно; при цьому останній злочин має кваліфікуватись з урахуванням повторності.

*Застосувавши фізичне насильство, М. задовольнив статеву пристрасть неприродним способом зі своєю колишньою дружиною, а потім згвалтував її. Держинський районний суд м. Харкова кваліфікував дії М. за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 153 і ч. 2 ст. 152 КК (за ознакою вчинення згвалтування особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений ст. 153 КК)<sup>161</sup>.*

*Краснодонський міськрайонний суд, кваліфікувавши дії винного за ч.1 ст.152 КК, безпідставно не взяв до уваги ту обставину, що суб'єкт вчинив згвалтування потерпілої особи вже після того, як, здійснивши з нею орогенітальний контакт, із застосуванням фізичного насильства задовольнив свою статеву пристрасть неприродним способом<sup>162</sup>.*

За викладених обставин дії засудженого треба було кваліфікувати за ч. 2 ст. 152 КК (за ознакою вчинення згвалтування особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений ст. 153 КК).

Наведене у п. 7 постанови роз'яснення Пленуму ВСУ, виходячи з юридичної нетотожності згвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті і наявності у розглядуваній ситуації «повторності-сукупності» як прояву множинності злочинів, ґрунтується на чинному кримінальному законодавстві, а тому формальних заперечень викликати не може. Водночас цілком очевидно, що принципово різна кримінально-правова оцінка вчинених без значної перерви у часі та об'єднаних єдиним злочинним наміром дій (в одному випадку – це кілька актів згвалтування, а в іншому – акти згвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом) не має нічого спільного із справедливістю і здоровим глуздом. Адже фактично вчинене у цих двох випадках становить собою єдиний продовжуваний злочин. Сказане слугує додатковим аргументом на користь об'єднання ст. 152 і ст. 153 КК в одну кримінально-правову заборону (більш детально про це йтиметься далі).

Постає питання, чи охоплюються поняттям продовжуваного злочину випадки, коли винний, діючи з єдиним умислом і без значної перерви у часі, гвалтує одна за одною двох і більше потерпілих. З урахуванням законодавчого визначення продовжуваного злочину (ч. 2 ст. 32 КК)

<sup>161</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 21.

<sup>162</sup> Архів Краснодонського міськрайонного суду Луганської області. Справа № 1-408 за 2007 р.



на це питання, вочевидь, треба давати ствердну відповідь, хоч зрозуміло, що кваліфікація вказаних дій за ч. 1 ст. 152 КК (за відсутності кваліфікуючих ознак) явно не відповідає їх суспільній небезпеці. У зв'язку з цим вважаю за потрібне доповнити ст. 152 КК (поряд із повторністю) такою кваліфікуючою ознакою, як вчинення зґвалтування двох або більше осіб.

У зв'язку з належністю певних різновидів зґвалтування до кримінальних правопорушень, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення (ст. 477 КПК України 2012 р.), можливі процесуальні перешкоди для кваліфікації аналізованого злочину за ознакою повторності. Так, при вчиненні двох зґвалтувань без кваліфікуючих ознак кримінальне провадження за ч. 2 ст. 152 КК за ознакою повторності розпочинається у випадку подачі заяви потерпілої особи від першого злочину або подачі заяв обома потерпілими. Якщо особа, потерпіла від першого злочину, не подала заяву про вчинення щодо неї кримінального правопорушення, то наступне вчинення винним зґвалтування іншої потерпілої особи не може розцінюватись як повторний злочин. За наявності відповідної заяви лише потерпілого від другого зґвалтування дії винного мають кваліфікуватись за ч. 1 ст. 152 КК (за відсутності інших кваліфікуючих ознак).

При вчиненні двох або більше зґвалтувань, відповідальність за які передбачена різними частинами ст. 152 КК, а також при вчиненні в одному випадку замаху на зґвалтування або співучасті у цьому злочині, а в іншому – закінченого зґвалтування, дії винного слід кваліфікувати за сукупністю вказаних злочинів. Це правило застосовується і тоді, коли перший злочин вчинено без обтяжуючих обставин, а другий кваліфікується за ч. 2 ст. 152 КК лише за ознакою повторності<sup>163</sup>.

Зґвалтування потерпілої особи без кваліфікуючих ознак, а потім повторне зґвалтування за наявності ознак, вказаних у частинах 3 або 4 ст. 152 КК, повинні кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 152 КК та, відповідно, частинами 3 або 4 цієї статті.

<sup>163</sup> Іншої точки зору дотримуються В.І. Борисов і А.В. Дорош, які пишуть, що у випадках вчинення особою двох або більше зґвалтувань, кожне з яких містить ознаки злочину, передбаченого ч. 1 ст. 152 КК, вчинене необхідно кваліфікувати лише за ч. 2 ст. 152 КК (Борисов В.І., Дорош А.В. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (коментар до законодавства) // Форум права. – 2006. – №1. – С. 8 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FT/2006-1/06bvicno.pdf>. Див. з цього приводу також: Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: наук.-практ. посібник. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 138-140.

Згідно з п. 6 постанови Пленуму у таких випадках кваліфікація дій винного за ч. 2 ст. 152 КК не потрібна. Проте вказана ознака має бути зазначена у формулюванні обвинувачення і враховуватись при призначенні покарання. У цьому разі сукупність утворюють різновиди одного і того ж складу злочину, передбачені різними частинами ст. 152 КК.

**Неповнолітніми** потерпілими від зґвалтування слід вважати осіб у віці від 14 до 18 років, а **малолітніми** – осіб, яким на момент вчинення злочину не виповнилось 14 років. Ці кваліфікуючі ознаки інкримінуються в судовій практиці винному не лише тоді, коли він достовірно знав або припускав, що вчинює насильницький стате-вий акт з неповнолітньою чи малолітньою особою, а й у тому разі, коли він міг і повинен це усвідомлювати (п. 10 постанови Пленуму).

*Скасовуючи вирок Ратнівського районного суду Волинської області, судова колегія у кримінальних справах ВСУ у своїй ухвалі, зокрема, вказала на помилковість здійсненої районним судом перекваліфікації дії Т. з ч. 3 ст. 117 КК 1960 р. на ч. 1 цієї статті на підставі того, що засуджений нібито не був обізнаний про вік потерпілої від зґвалтування Д. Як впливає з матеріалів справи, Т. і Д. були знайомі багато років, жили в одному селі, ходили в одну школу, певний час Т. зустрічався з молодшою сестрою потерпілої, а за його показаннями – із нею самою. За таких обставин дії Т. мали кваліфікуватись за ч. 3 ст. 117 попереднього КК, яка передбачала відповідальність за зґвалтування неповнолітньої<sup>164</sup>.*

*Кваліфікуючи дії винного за ч. 3 ст. 152 і ч. 2 ст. 153 КК, Богуславський районний суд Київської області спростував у вирокі пока-зання підсудного про те, що він не знав про неповноліття потерпілої. Остання інформувала засудженого, що вона навчається на першому курсі професійного училища після 11-го класу. При цьому загальновідомим є той факт, що до першого класу йдуть діти, яким виповнилось 6 років. З урахуванням зовнішніх фізичних даних потерпілої (зріст – 152 см, вага – 52-55 кг) підсудний міг і повинен був усвідомлювати, що вона є неповнолітньою. При вирішенні цього питання суд взяв до уваги і показання потерпілої про те, що перед зґвалтуванням вона говорила підсудному, що їй виповнилось 17 років<sup>165</sup>.*

Позиція Пленуму ВСУ, який стосовно неповнолітнього і малолітнього віку потерпілого від зґвалтування допускає необережність, частиною науковців визнається теоретично необґрунтованою на тій підставі, що у складі

<sup>164</sup> Рішення Верховного Суду України. – 1999. – С. 93-95.

<sup>165</sup> Архів Богуславського районного суду Київської області. Справа № 1-102 за 2010 р.

умисного злочину кожна його об'єктивна ознака (в т.ч. вік потерпілої особи як невід'ємна характеристика об'єкта посягання) має усвідомлюватись суб'єктом злочину і змішаного психічного ставлення тут бути не може<sup>166</sup>.

Із законодавчого визначення умислу (ст. 24 КК) випливає, що ця форма вини характеризується відповідним психічним ставленням особи до суспільно небезпечного діяння та суспільно небезпечних наслідків, а не до інших ознак складу злочину. Щодо цих ознак треба, скоріш за все, говорити про знання чи усвідомлення, а не про умисел або необережність. Використання категорій умислу й необережності щодо віку потерпілої особи допустиме лише для зрозумілості оперування інформацією та аргументації<sup>167</sup>.

У літературі із розглядуваного питання існує й інша позиція, яка полягає у наступному. Якщо у законі немає вказівки на завідомість і на шкоду або не визначене психічне ставлення до неї, то відображення у психіці суб'єкта ознаки потерпілого може бути трійним: усвідомлення цієї ознаки; усвідомлення можливості її наявності; неусвідомлення за умови, що винний міг і повинен був її усвідомлювати<sup>168</sup>.

Способом усунення розглядуваного випадку «необережності в умислі» (інакше кажучи, неоднорідності психічного ставлення особи до окремих ознак складу злочину) могла б стати законодавча вказівка у ст. 152 КК на завідомість щодо неповнолітнього та малолітнього віку особи, потерпілої від зґвалтування.

У будь-якому разі неповнолітній або малолітній вік потерпілої особи не може обтяжувати кримінальну відповідальність за зґвалтування, якщо буде доведено, що винний сумлінно помилявся щодо її фактичного віку. При вирішенні цього питання враховується вся сукупність обставин справи, зокрема, знайомство винної особи з потерпілою особою, зовнішні фізичні дані останньої, її поведінка. Як слушно зазначається в літературі, труднощі визначення суб'єктом зло-

чину віку потерпілої особи пов'язані з прискореним фізичним і сексуальним розвитком підлітків. Останні, намагаючись виглядати дорослішими, нерідко активно заводять розмови на сексуальні теми, використовують викличні одяг і косметику, прагнуть перебувати у компаніях дорослих, вводять в оману стосовно свого справжнього віку, вживають алкоголь, палять<sup>169</sup>. У випадку сумлінної помилки щодо віку потерпілої особи вчинене зґвалтування (за відсутності інших обтяжуючих обставин) кваліфікується за ч. 1 ст. 152 КК.

Не виключені ситуації, коли потерпілій особі виповнилось 18 (14) років, однак гвалтівник вважає, що вчиняє злочин щодо неповнолітньої (малолітньої) особи. Наприклад, це може мати місце тоді, коли потерпіла особа, намагаючись не допустити щодо себе вчинення насильницького статевого акту і приховуючи свій справжній вік, повідомляє злочинцю неправдиву інформацію про свій вік. Дії винного у цьому разі мають кваліфікуватись як замах на зґвалтування неповнолітньої (малолітньої) особи. Така кваліфікація враховує, з одного боку, спрямованість умислу на вчинення злочину із кваліфікуючою ознакою, а, з іншого, те, що фактично зґвалтування специфічної потерпілої особи не відбулося. Має місце юридична фікція, за якої злочин із повністю виконаною об'єктивною стороною з точки зору кримінально-правової кваліфікації прирівнюється до незакінченого злочину. Подібні юридичні фікції зумовлені фактичною помилкою, за якої умислом винного охоплюється наявність неіснуючої насправді юридично значущої обставини.

Зґвалтування, вчинене **групою осіб**, має місце тоді, коли група з двох або більше осіб – співвиконавців діє узгоджено з метою вчинення статевих зносин з однією або кількома потерпілими особами. Узгодженість дій передбачає усвідомлення кожним учасником групи того, що його поведінка сприяє спільному вчиненню зґвалтування.

Група осіб відсутня, якщо кілька суб'єктів гвалтують одну потерпілу особу і навіть фактично сприяють один одному, однак не узгоджують при цьому свої дії (наприклад, суб'єкт гвалтує особу, раніше зґвалтовану іншим суб'єктом, який, заподіявши тілесне ушкодження потерпілій особі, позбавив її можливості чинити опір наступному гвалтівникові). Кожен із винних несе у такій ситуації самостійну відповідальність за тією чи іншою частиною ст. 152 КК.

*Викликає сумнів правильність кваліфікації*

<sup>169</sup> Фаткуліна М., Островецкая О. Проблемы квалификации преступления, предусмотренного ст. 134 УК РФ // Уголовное право. – 2009. – № 5. – С. 100.

<sup>166</sup> Витвицкая С.С. Криминологические проблемы предупреждения преступных посягательств на нравственное и физическое развитие несовершеннолетних: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 63-64; Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за зґвалтування (порівняльно-правовий аналіз): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 12-13; Рарог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 166-169.

<sup>167</sup> Пудовочкин Ю.Е. Уголовно-правовые и криминологические проблемы предупреждения преступлений против несовершеннолетних: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С.93.

<sup>168</sup> Теоретичні проблеми кримінальної відповідальності // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. Випуск 15 / Ред. кол.: Ю.В.Баулін (голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2008. – С. 24-25; Сенаторов М. Потерпілий від злочину: значення для кваліфікації злочину та призначення покарання // Право України. – 2004. – № 3. – С. 111-112.

дії двох осіб, засуджених Добровеличківським районним судом Кіровоградської області за ч. 3 ст. 152 КК за зґвалтування, вчинене групою осіб. Як це впливає з вироку і, зокрема, з показань потерпілої, протягом всього часу зґвалтування, вчинюваного першим із засуджених, другий чоловік знаходився осторонь, не захищаючи потерпілу, але й не застосовуючи щодо неї фізичне і психічне насильство і надаючи жодної допомоги першому гвалтівникові<sup>170</sup>.

За викладених обставин дії кожного із гвалтівників мали кваліфікуватись за ч. 1 ст. 152 КК без включення в обвинувачення вказівки на вчинення злочину групою осіб.

Для інкримінування розглядуваної кваліфікуючої ознаки не вимагається попередньої домовленості між учасниками злочину. Якщо ж така домовленість мала місце, інкримінування ч. 3 ст. 152 КК виключається не повинне, незважаючи на взаємовиключність формулювань ч. 1 і ч. 2 ст. 28 КК, які описують такі форми співучасті, як група осіб і група осіб за попередньою змовою<sup>171</sup>. Разом з тим, щоб привести «букву» закону у відповідність із здоровим глуздом і суспільною небезпекою групового зґвалтування, ч. 3 ст. 152 КК треба доповнити окремою вказівкою на вчинення зґвалтування за попередньою змовою групою осіб, а так само організованою групою.

Злочинна діяльність одного виконавця може приєднуватись до діяльності іншого (інших) і в ході вчинення злочину, і навіть після моменту закінчення зґвалтування в юридичному розумінні цього поняття. Так, якщо інший учасник злочину без попередньої домовленості застосовує до потерпілої особи з метою її утримання після того, як перший учасник вже почав вчиняти насильницький статевий акт (а, отже, зґвалтування є закінченим злочином), і при цьому перший і другий учасники злочину

<sup>170</sup> Архів Добровеличківського районного суду Кіровоградської області. Справа № 1-172 за 2009 р.

<sup>171</sup> Іншої точки зору дотримується Т.Д. Лисько, яка пише, що вчинення особою зґвалтування за наявності попередньої змови формулюванням «вчинення злочину групою осіб» не охоплюється, і ця ознака такій особі інкримінуватись не повинна (Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за зґвалтування (порівняльно-правовий аналіз): Дис. ... канд. юрид. наук. – Київ, 2007. – С. 200, 244). Так само вважає Ю.В. Біла, яка пропонує універсальне вирішення цієї проблеми, що постає не лише стосовно зґвалтування. Йдеться про доповнення ст. 28 Кримінального кодексу України положенням про те, що під злочином, вчиненим групою осіб (груповим злочином), слід розуміти злочин, вчинений групою осіб за попередньою змовою, без попередньої змови, організованою групою чи злочинною організацією, якщо інше не передбачено в статті (частині статті) Особливої частини (Біла Ю.В. Кримінальна відповідальність за групові злочини: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – С. 4, 8, 13, 14).

діють узгоджено, їх дії мають кваліфікуватись за ч. 3 ст. 152 КК як зґвалтування, вчинене групою осіб.

На кваліфікацію зґвалтування групою осіб як закінченого злочину для всіх співвиконавців не впливає те, чи вдалося кожному із гвалтівників вчинити статевий акт з потерпілою особою. Злочин, передбачений ч. 3 ст. 152 КК, є закінченим з моменту початку статевих зносин хоча б одним учасником групового зґвалтування.

За ч. 3 ст. 152 КК за зґвалтування, вчинене групою осіб, засудив Чечельницький районний суд Вінницької області трьох чоловіків. При цьому лише один із них вступив у статеві зносини з потерпілою; двоє інших учасників групи застосували до потерпілої фізичне насильство, що полягало в її примусовому утриманні, але вчинити статеві акти не змогли через фізіологічні чинники та опір з боку потерпілої<sup>172</sup>.

Якщо особа не заперечувала проти статевих зносин з одним із учасників групи і не погоджувалась на статеві зносини з іншими учасниками групи, які її все ж зґвалтували, дії того, з ким потерпіла особа вступила у статеві зносини добровільно, залежно від конкретних обставин можуть розцінюватись як незлочинні, як посягання або як співвиконавство у груповому зґвалтуванні.

Об'єктивна сторона аналізованого різновиду зґвалтування є складною – вона не вичерпується статевими зносинами і включає в себе дії (фізичне і психічне насильство), які можуть бути реалізовані й тими, хто природний статевий акт безпосередньо вчинити не здатен. Тому як співвиконавство зґвалтування розглядаються дії особи, яка не вчинила і не мала наміру вчинити статевий акт, але безпосередньо застосувала фізичне насильство, погрозу чи довела потерпілу особу до безпорадного стану з метою зґвалтування її іншою особою. Тобто учасником групового зґвалтування визнається і той, хто не спроможний бути суб'єктом індивідуального зґвалтування (імпотент, жінка при зґвалтуванні особи жіночої статі тощо), однак може виконати частину об'єктивної сторони злочину. Дії учасників групового зґвалтування у п. 9 постанови Пленуму рекомендується кваліфікувати лише за ч. 3 ст. 152 без посилання на ст. 27 КК.

Діючи узгоджено і застосовуючи фізичне насильство та погрози його застосуванням, група у складі трьох осіб спочатку зґвалтувала неповнолітню потерпілу, а потім шляхом вчинення з нею орально-генітальних та анально-генітальних контактів задовольнила свою статеву пристрасть неприродним способом. Жов-

<sup>172</sup> Архів Чечельницького районного суду Вінницької області. Справа № 1-1 за 2010 р.



тневий районний суд м. Харкова кваліфікував дії винних за ч. 3 ст. 152 і ч. 2 ст. 153 КК, обґрунтовано визнавши співвиконавцем зґвалтування жінку, яка входила до складу групи<sup>173</sup>.

Осудний і такий, який досягнув 14-річного віку, суб'єкт може вчинити зґвалтування спільно з тими, хто завідомо для нього не визнається суб'єктом злочину, а, отже, кримінальній відповідальності не підлягає. Відповідальність учасника групового зґвалтування за ч. 3 ст. 152 КК виключається у разі, коли інші його учасники через неосудність або недосягнення 14-річного віку не були притягнуті до кримінальної відповідальності. Дії такого учасника злочину повинні кваліфікуватись за ч. 1 ст. 152 (за відсутності інших, крім групи осіб, кваліфікуючих ознак) і (за наявності підстав) за ст. 304 КК – як втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність. Крім цього, факт вчинення зґвалтування з використанням малолітнього або особи, яка страждає на психічне захворювання або недоумство, за наявності підстав має враховуватись як обставина, що обтяжує покарання (п. 9 ч. 1 ст. 67 КК).

Наведена позиція ґрунтується на законодавчому визначенні співучасті як умисної спільної участі декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину (ст. 26 КК), належності вказаної у ч. 3 ст. 152 КК групи осіб до форм співучасті та на відсутності у розглядуваній ситуації (незважаючи на наявність у ній кількох фактичних гвалтівників, що посилює суспільну небезпеку вчиненого) множинності суб'єктів як об'єктивної ознаки співучасті. Чинний КК не містить норм про відповідальність за групове вчинення злочину поза інститутом співучасті у злочині.

Діяння, при вчиненні якого винний усвідомлює наявність кваліфікуючих обставин, фактично відсутніх (помилка в кваліфікуючих обставинах), має визнаватись замахом на злочин із кваліфікуючою ознакою<sup>174</sup>. У зв'язку з цим якщо вказаний учасник зґвалтування (його належний суб'єкт) не усвідомлював і за обставинами справи не міг усвідомлювати, що інші учасники групового зґвалтування не є суб'єктами цього злочину, він несе відповідальність за ч. 2 ст. 15 і ч. 3 ст. 152 КК за закінчений замах на групове зґвалтування відповідно до правил про фактичну помилку. У розглядуваній ситуації мають місце всі ознаки основного складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 152 КК, і водночас відсутня кваліфікуюча ознака, що охоплюється умислом винного. І в цьому разі має місце юридична фікція, за якої злочин із повністю виконаною об'єктивною стороною з точки зору

<sup>173</sup> Архів Жовтневого районного суду м. Харкова. Справа № 1-158 за 2009 р.

<sup>174</sup> Гаухман А.Д. Кваліфікація преступлений: закон, теорія, практика. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. – С. 290.

кваліфікації прирівнюється до незакінченого злочину.

Зазначені вище обставини безпідставно не були взяті до уваги авторами узагальнення «Судова практика у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи», які, посилаючись на п. 14 постанови Пленуму ВСУ від 27 березня 1992 р. № 4 «Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини», продовжували наполягати на кваліфікації за ч. 3 ст. 152 КК і в тому разі, коли інші учасники зґвалтування через недосягнення віку кримінальної відповідальності, неосудність чи з інших передбачених законом підстав не були притягнуті до кримінальної відповідальності<sup>175</sup>.

Натомість у п. 6 постанови Пленуму ВСУ від 27 лютого 2004 р. № 2 «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» правильно роз'яснюється, що спільне вчинення злочину дорослою особою із залученням неповнолітніх осіб, які внаслідок свого віку (ст. 22 КК) чи неосудності (ст. 19 КК) не є його суб'єктами, співучасті не утворює. Подібне роз'яснення, яке орієнтує на відсутність у розглядуваній ситуації співучасті у злочині, а, отже, і відповідних кваліфікуючих ознак, міститься в абз. 2 п. 24 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності».

Якщо не встановлено інших співвиконавців зґвалтування, це фактично унеможливає правильну кримінально-правову оцінку дій належного суб'єкта злочину, передбаченого ст. 152 КК. Адже не зрозуміло, чи підлягають кримінальній відповідальності інші особи, які спільно з належним суб'єктом вчинили зґвалтування, а, отже, за якою нормою (ч. 1 або ч. 3 ст. 152 КК) мають кваліфікуватись дії осудної особи, якій виповнилось 14 років, притягнутої до кримінальної відповідальності.

Разом з тим інкримінуванню одному з учасників групового зґвалтування ч. 3 ст. 152 КК не перешкоджає та обставина, що інші учасники групи у встановленому законом порядку були звільнені від кримінальної відповідальності. Звільнення від кримінальної відповідальності, як відомо, не свідчить про виправдання особи, про визнання її невинуватою у злочині. КК, регламентуючи цей правовий інститут, виходить із встановлення факту вчинення особою кримінально караного діяння, а тому передбачені законом підстави звільнення від кримінальної відповідальності визнаються nereабілітуючими.

Іншої (порівняно з викладеною у цьому підручнику) точки зору дотримується Р.Р.

<sup>175</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 21.

Галиакбаров, який виходить з того, що група – багатогранне кримінально-правове явище, що не вичерпується ознаками співучасті у злочині. Передбачивши посилену кримінальну відповідальність за групове згвалтування, законодавець врахував підвищену суспільну небезпеку групового способу вчинення злочину. Отже, згвалтування, вчинене групою осіб, має місце і в тому випадку, коли у згвалтуванні, крім належного суб'єкта злочину, брали участь неосудні та особи, які не досягли віку, з якої може наставати кримінальна відповідальність<sup>176</sup>.

Викладений підхід, який фактично означає поширювальне тлумачення КК, знаходить підтримку у значній кількості російських дослідників<sup>177</sup>. Вони, зокрема, вважають, що недосягнення особою вікового «цензу» має значення для кримінальної відповідальності лише цієї особи, а не осіб, які брали з нею спільну участь у вчиненні злочину. Натомість інші російські науковці звертають увагу на те, що у законодавчому визначенні співучасті у злочині (ст. 32 КК РФ) вказується на осіб, які беруть участь у вчиненні умисного злочину. Така вказівка, вважають вони, передбачає участь у злочині лише тих осіб, які мають ознаки суб'єкта злочину. Особи, які не є суб'єктами злочину, можуть вчинити або брати участь у вчиненні суспільно небезпечного діяння, але не злочину. Спроби вивести групи осіб, вказані в Особливій частині КК, за межі інституту співучасті у злочині руйнує суб'єктивні ознаки співучасті, розмиває стале уявлення про такі кримінально-правові категорії, як умисел, неосудність, виконавець злочину тощо<sup>178</sup>.

<sup>176</sup> Галиакбаров Р.Р. Квалификация групповых преступлений. – М.: Юрид. лит., 1980. – С. 36-38; Галиакбаров Р.Р. Квалификация многосубъектных преступлений без признаков соучастия. – Хабаровск: Хабаровская высшая школа МВД СССР, 1987. – С. 15, 59-63.

<sup>177</sup> Власов Ю. Квалификация деяния, совершенного с лицом, не обладающим признаками субъекта // Уголовное право. – 2007. – № 2. – С. 32-36; Дыдо А.В. Иснасилование: проблемы уголовно-правовой квалификации: Дис. ... канд. юрид. наук. – Владивосток, 2006. – С. 117-118; Есаков Г. Квалификация совместного совершения преступления с лицом, не подлежащим уголовной ответственности // Уголовное право. – 2011. – № 2. – С. 10-15; Рарог А., Есаков А. Понимание Верховным Судом РФ «группы лиц» соответствует принципу справедливости // Российская юстиция. – 2002. – № 1. – С. 52; Мадьярова А.В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 214; Савельев Д.В., Преступная группа: уголовно-правовая интерпретация // Российский юридический журнал. – 1999. – № 1. – С. 97; Святенюк Н. Ответственность за изнасилование, совершенное группой лиц, и соучастие в нем // Уголовное право. – 2005. – № 4. – С. 45-48.

<sup>178</sup> Бриллиантов А.В., Димченко Н.В. Квалификация преступлений по признаку их совершения группой лиц, из которых лишь одно обладает признаками субъекта преступления // Российский судья. – 2005. – № 3. – С. 17; Козлов А.П. Со-

Права Л.П. Брич, на думку якої суспільна небезпека згвалтування, вчиненого групою осіб, в якій лише один учасник відповідає ознакам суб'єкта злочину, є не нижчою, ніж суспільна небезпека згвалтування, вчиненого групою осіб, в якій всі учасники відповідають ознакам суб'єкта злочину. Можливість подолати опір потерпілої особи та подавити її волю є однаковою для цих груп, що має бути враховано при вдосконаленні кримінального законодавства<sup>179</sup>.

Фрагментарне (стосовно згвалтування і не пов'язане із зміною законодавчого визначення співучасті у злочині) вирішення розглянутої вище проблеми вбачається у доповненні ч. 3 ст. 152 КК вказівкою на вчинення<sup>180</sup> згвалтування спільно з особами, які не є суб'єктами злочину (поряд із вказівкою на вчинення цього злочину групою осіб, за попередньою змовою групою осіб або організованою групою).

Від згвалтування, вчиненого групою осіб, потрібно відрізнити співучасть у цьому злочині, що не є співвиконавством. За ч. 5 ст. 27 і відповідною частиною ст. 152 КК як пособництво у згвалтуванні слід кваліфікувати дії осіб, які сприяють його вчиненню, наприклад, тим, що заманили жертву у місце посягання на неї, придбали речовини, за допомогою яких потерпіла особа приводиться у безпорадний стан, надали для статевих зносин приміщення, застосовували насильство до того, хто намагався перешкодити вчиненню злочину.

*Знаючи про намір своїх знайомих вчинити згвалтування А., Б. надав для вчинення злочину належну йому квартиру. При цьому Б. насильницького статевого акту з А. не вчиняв, а також не застосовував до потерпілої фізичне і психічне насильство. За таких обставин Луганський обласний суд безпідставно визнав Б. співвиконавцем групового згвалтування. Судова колегія у кримінальних справах ВСУ переоцінила дії Б. з ч. 3 ст. 117 на ст. 19, ч. 3 ст. 117 КК 1960 р.,*

участие: традиции и реальность. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – С. 55-66; Тарбагаев А., Куренев Д. Квалификация убийства, совершенного с участием малолетнего или невменяемого // Уголовное право. – 2011. – № 2. – С. 84-86.

<sup>179</sup> Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 36-37.

<sup>180</sup> Термін «вчинення» свідчить про співвиконавство, а не про співучасть із розподілом ролей (Ярмиш Н. Проблеми кваліфікації злочинів, вчинених групою осіб за попередньою змовою // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2010. – № 4. – С. 56-57).

Див. з приводу розглянутої проблеми також: Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: наук.-практ. посібник. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 150-159.

визнавши їх пособництвом згвалтуванню, вчиненому групою осіб<sup>181</sup>.

Надаючи допомогу своєму знайомому, суб'єкт вагою свого тіла притиснув чоловіка до ліжка, утримував його голову руками з тим, щоб він не зміг перешкодити згвалтуванню його співмешканки. Ці дії суб'єкта Ізмаїльський районний міськрайонний суд кваліфікував за ч. 5 ст. 27, ч. 1 ст. 152 КК, розцінивши їх як пособництво згвалтуванню. Вирок залишено без змін ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Одеської області від 24 лютого 2009 р.

**Особливо тяжкими наслідками** згвалтування можуть бути визнані, зокрема, смерть або самогубство потерпілої особи, втрата будь-якого органа чи його функцій, психічна хвороба або інший розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менше, ніж на одну третину, непоправне знівечення обличчя, переривання вагітності, втрата репродуктивної функції, зараження вірусом імунодефіциту людини або іншої невиліковної інфекційної хвороби.

Скасовуючи вирок Артемівського районного суду м. Луганська та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Луганської області, на підставі яких особу було засуджено за вчинення злочинів, передбачених ч. 4 ст. 152 і ч. 3 ст. 153 КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ в ухвалі від 14 квітня 2009 р. вказала, зокрема, на безпідставність інкримінування засудженому такої особливо кваліфікуючої ознаки згвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, як особливо тяжкі наслідки. Згідно з висновком судово-медичної експертизи ступінь втрати працездатності потерпілої особи становить 30% при тому, що згідно з п. 11 постанови Пленуму особливо тяжким наслідком, передбаченим ч. 4 ст. 152 і ч. 3 ст. 153 КК, визнається розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менше, ніж на одну третину.

Особливо тяжкі наслідки – оціночне поняття, а тому наведений вище перелік не може розглядатись як вичерпний. Зокрема, в юридичній літературі обґрунтовується належність до особливо тяжких наслідків згвалтування зараження збудниками й інших (крім невиліковних інфекційних) хвороб, що передаються статевим шляхом<sup>182</sup>.

<sup>181</sup> Судебная практика Украины. Убийства, изнасилования и другие преступления против личности. Сборник судебных решений по уголовным делам. – К.: Товариство «Знання України», 1993. – С. 83-85.

<sup>182</sup> Блиндер Б.А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. – Ташкент: Изд-во Ташкентского гос. ун-

Висувається і пропозиція передбачити у ч. 3 ст. 152 КК (за прикладом п. «г» ч. 2 ст. 131 КК РФ) нову кваліфікуючу ознаку згвалтування – зараження потерпілої особи венеричним захворюванням<sup>183</sup>.

Разом з тим не визнаються особливо тяжкими наслідками згвалтування дефлорація, вагітність (за винятком, вочевидь, вагітності малолітньої і тих випадків, коли є медичні протипоказання до пологів, – за наявності відповідного психічного ставлення до цих обставин з боку гвалтівника), а також свідоме поставлення потерпілої особи в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини або іншою невиліковною інфекційною хворобою, якщо захворювання не настало (ці дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – відповідною частиною ст. 152 і ч. 1 ст. 130 КК).

Перекваліфікувавши дії З. зі ст. 17, ч. 4 ст. 117 на ст. 17, ч. 1 ст. 117 КК 1960 р., Пленум ВСУ у своїй постанові зазначив, що з урахуванням висновку судово-медичної експертизи реактивний стан потерпілої від замаху на згвалтування К. слід розцінювати як неглибокий зворотний невротичний розлад психічної діяльності, що не є психічною хворобою. Таким чином, розлад здоров'я, спричинений потерпілій К., належить до категорії середньої тяжкості тілесних ушкоджень і не може визнаватись особливо тяжким наслідком згвалтування<sup>184</sup>.

Для кваліфікації вчиненого за ч. 4 ст. 152 КК за ознакою спричинення особливо тяжких наслідків потрібно встановити, що причиною цих наслідків було саме вчинене згвалтування або замах на нього, тобто вони фактично настали безпосередньо в процесі згвалтування або впливали з насильницького статевого акту, а не з інших дій, котрі не охоплюються об'єктивною стороною складу розглядуваного злочину.

Оскільки у справі встановлено, що тяжкі тілесні ушкодження, від яких настала інвалідність, були заподіяні потерпілій під час

та ім. В.И. Ленина, 1970. – С. 89; Брич Л. Деякі зауваження щодо роз'яснень Верховним Судом України положень КК про кримінальну відповідальність за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2008. – Випуск 47. – С. 168.

<sup>183</sup> Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 156; Пономаренко Є. Обставини, що обтяжують кримінальну відповідальність за згвалтування // Право України. – 2006. – № 7. – С. 85; Байлов А.В. Обтяжуючі та особливо обтяжуючі обставини згвалтування // Запорізькі правові читання: Тези доповідей щорічної Міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 15-16 травня 2008 року / За заг. ред. С.М. Тимченка і Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2008. – С. 356-357; Джужа О.М. Запобігання злочинам, що пов'язані із сексуальним насильством: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – С. 92.

<sup>184</sup> Судебная практика Украины. Убийства, изнасилования и другие преступления против личности. Сборник судебных решений по уголовным делам. – К.: Товариство «Знання України», 1993. – С. 217-219.



розбою та у зв'язку із замахом на її вбивство з корисливих мотивів, а не в процесі вчинення дії, спрямованих на її згвалтування, останні необхідно кваліфікувати за ч. 2 ст. 17, ч. 1 ст. 117 КК 1960 р. як замах на згвалтування без обтяжуючих обставин. Врахувавши це, судова колегія у кримінальних справах ВСУ частково змінила вирок Київського обласного суду і перекваліфікувала дії засудженого з ч. 2 ст. 17, ч. 4 ст. 117 на ч. 2 ст. 17, ч. 1 ст. 117 попереднього КК<sup>185</sup>.

З точки зору встановлення причинного зв'язку між згвалтуванням та його наслідками викликає інтерес наступний приклад із судової практики, описаний у літературі. Г. вчинив насильницький статевий акт з В. у полі, скориставшись її безпорадним станом. Потім він одягнув на потерпілу частину одягу, який зняв з неї раніше, поклав В. на копу, притрусив солом'яною і пішов додому. Все це відбувалося вночі. Через деякий час В. опритомніла, пішла додому, але заблукала, зайшла в болото і потонула. Засудження Г. за згвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки, було безпідставним, оскільки смерть потерпілої не знаходилась у причинному зв'язку із вчиненням згвалтуванням<sup>186</sup>. Наведений приклад видається показовим у тому плані, що треба розрізняти такі детермінуючі фактори, як причина та умови.

Особливо тяжкі наслідки можуть бути викликані діями як винної, так і потерпілої від згвалтування особи. Наприклад, реакцією останньої на злочин стало те, що вона, намагаючись уникнути сексуального насильства, спричиняє собі тілесні ушкодження, вистрибує з вікна або транспортного засобу й одержує смертельне ушкодження.

Спростовуючи заяву Б., засудженого Одеським обласним судом за ч. 4 ст. 117 КК 1960 р., про відсутність причинного зв'язку між вчиненим ним згвалтуванням і наслідком у вигляді самогубства потерпілої І. та ґрунтуючись, зокрема, на висновку судово-психологічної експертизи, судова колегія у кримінальних справах ВСУ вказала, що вчинений Б. злочин став психотравмуючою ситуацією і потягнув за собою виникнення в І. невротичного стану, за якого остання і наклала на себе руки<sup>187</sup>.

Відповідальність за особливо тяжкі наслідки

<sup>185</sup> Рішення Верховного Суду України. – 1997. – С. 127–128.

<sup>186</sup> Шевченко Є.В. Злочини з похідними наслідками в кримінальному праві: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2001. – С. 112–113.

<sup>187</sup> Судебная практика Украины. Убийства, изнасилования и другие преступления против личности. Сборник судебных решений по уголовным делам. – К.: Товариство «Знання України», 1993. – С. 215–217.

(ч. 4 ст. 152 КК) настає тоді, коли винний передбачав їх можливість або не передбачав, але міг і повинен був їх передбачати (п. 11 постанови Пленуму), тобто психічне ставлення винного до особливо тяжких наслідків може характеризуватися і умисною, і необережною формою вини.

Так, якщо винний у згвалтуванні не передбачав і з урахуванням конкретних обставин не міг і не повинен був передбачати, що потерпіла особа накладе на себе руки або спробує це зробити, інкримінування ч. 4 ст. 152 КК за ознакою настання особливо тяжких наслідків згвалтування виключається. Наприклад, винний знає, що згвалтована є повією або раніше зазнавала сексуального насильства, однак спроб вчинити самогубство не здійснювала.

Не можна ставити у вину гвалтівнику самогубство потерпілої особи і в тому випадку, коли його причиною стало жорстоке ставлення до потерпілої особи з боку чоловіка або близьких родичів, які дорікали їй аморальною поведінкою, що й стало приводом для згвалтування. Самогубство родичів потерпілої особи, які знали про те, що сталося, не може обтяжувати відповідальність гвалтівника, оскільки ці віддалені наслідки лежать поза межами об'єктивної сторони згвалтування і не могли усвідомлюватися або винним. Разом з тим самогубство родичів або інших осіб, вчинене в процесі згвалтування, зокрема з метою його припинення, слід розглядати як особливо тяжкий наслідок згвалтування – за умови відповідного психічного ставлення до цієї події з боку винного<sup>188</sup>. При груповому згвалтуванні, поєднаному із знущанням над потерпілою особою, винні можуть і повинні передбачати, що потерпіла особа може накласти на себе руки.

А.П. Брич заперечує віднесення самогубства потерпілої особи до особливо тяжких наслідків згвалтування на тій підставі, що це «не узгоджується з пануючою в нашій кримінально-правовій доктрині теорією безпосереднього причинного зв'язку»<sup>189</sup>. Однак у кримінальному праві виокремлюють й опосередкований причинний зв'язок, який може ускладнюватися у т.ч. поведінкою потерпілої особи. Про те, що у злочинах з похідними наслідками (на кшталт згвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки) ми маємо справу саме з опосередкованим причин-

<sup>188</sup> Блиндер Б.А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. – Ташкент: Изд-во Ташкентского гос. ун-та им. В.И. Ленина, 1970. – С. 84–85; Энциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – С. 117.

<sup>189</sup> Брич А.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 38

ним зв'язком, пише Є.В. Шевченко<sup>190</sup>. Крім цього, на сьогодні навряд чи є підстави стверджувати, що певна теорія причинного зв'язку є пануючою у вітчизняній кримінально-правовій доктрині.

Отже, з погляду вчення про об'єктивну сторону злочину самогубство особи (передусім потерпілої) треба визнавати особливо тяжким наслідком згвалтування; інша справа – встановлення відповідного психічного ставлення з боку винного до цього суспільно небезпечного наслідку вчиненого ним статевого злочину.

Якщо при згвалтуванні чи замаху на цей злочин винний заподіяв потерпілій особі смерть через необережність, дії винного охоплюються ч. 4 ст. 152 і додатковою кваліфікацією за ст. 119 КК не потребують (п. 11 постанови Пленуму). Заподіяння при згвалтуванні умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, також охоплюється ч. 4 ст. 152 (за ознакою заподіяння особливо тяжких наслідків згвалтування) і додатковою кваліфікацією за ч. 2 ст. 121 КК не потребує<sup>191</sup>.

Відповідно до п. 11 постанови Пленуму згвалтування, поєднане з умисним заподіянням потерпілій особі тілесного ушкодження, визнаного тяжким за ознакою небезпечності для життя на момент його заподіяння, не може вважатись таким, що спричинило особливо тяжкі наслідки. Такі дії підлягають кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 152, 121 КК.

*Перекваліфікувавши дії С., засудженого Чернівецьким обласним судом, із ч. 4 ст. 117 КК 1960 р. на ч. 1 цієї статті, Судова колегія у кримінальних справах ВСУ в своїй ухвалі від 5 вересня 2000 р. послалась на висновок судово-медичної експертизи. Відповідно до цього висновку на тілі потерпілої від згвалтування С.О. виявлено вісім*

<sup>190</sup> Шевченко Є.В. Злочини з похідними наслідками в кримінальному праві: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2001. – С. 105-126.

<sup>191</sup> Іншої точки зору дотримується В.О. Навроцький, який вважає, що «кваліфікуючі ознаки тяжкого тілесного ушкодження (вказані в ч. 2 ст. 121 КК) в будь-якому разі не охоплюються кваліфікованими чи особливо кваліфікованими видами злочинів» (Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 468).

Має рацію К.П. Задоя, який пропонує вирішувати це питання кваліфікації з урахуванням правила подолання конкуренції цілого (ч. 4 ст. 152 КК) і частини (ч. 2 ст. 121 КК). Відповідно, особливо кваліфікований склад згвалтування повністю охоплює і заподіяні під час згвалтування умисні тяжкі тілесні ушкодження, і спричинену ними смерть, до якої винний ставився необережно. Тому у зазначеній ситуації поведінка суб'єкта має бути кваліфікована лише за ч. 4 ст. 152 КК, а додаткове відображення на рівні кваліфікації необережного спричинення смерті є необґрунтованим (Задоя К. Кваліфікація випадків спричинення насильницьким злочинном необережною шкоди життю чи здоров'ю особи у правозастосовній практиці України // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 2. – С. 138).

*ножових поранень, два з яких заподіяно в шию, а три – в живіт, тобто в життєво важливі органи. Оскільки потерпілій було заподіяно тяжкі тілесні ушкодження, небезпечні для життя в момент заподіяння, вони, на думку колегії, не можуть вважатись такими, що спричинили особливо тяжкі наслідки згвалтування.*

Роз'яснення, що міститься у п. 11 постанови Пленуму, видається дискусійним з огляду на те, що КК не встановлює диференційовану відповідальність за різновиди тяжкого тілесного ушкодження. Тяжке тілесне ушкодження, віднесене до такого за ознакою небезпечності для життя в момент заподіяння, не є злочином із формальним складом. Воно має однаковий ступінь суспільної небезпеки з тяжким тілесним ушкодженням, віднесеним до такого за ознакою настання певних несприятливих для здоров'я людини наслідків. Небезпека для життя в момент заподіяння характеризує у складі злочину, передбаченого ст. 121 КК, не суспільно небезпечне діяння, а суспільно небезпечні наслідки. А тому заподіяння вказаного тяжкого тілесного ушкодження має розглядатись як прояв особливо тяжких наслідків згвалтування.

Якщо все ж не відносити тяжке тілесне ушкодження, небезпечне для життя в момент заподіяння, до особливо тяжких наслідків згвалтування, то поставлення у небезпеку життя потерпілої особи (наприклад, стискання її шиї руками, що призводить до короткочасної втрати свідомості) під час вчинення згвалтування доцільно визнати кваліфікуючою ознакою цього злочину<sup>192</sup>.

Умисне вбивство частиною 4 ст. 152 КК не охоплюється. Дії особи, яка в процесі згвалтування чи замаху на цей злочин або відразу після нього вчинила умисне вбивство потерпілої особи, кваліфікуються за п. 10 ч. 2 ст. 115 (вбивство, поєднане зі згвалтуванням) і, відповідно, ст. 15 і ч. 1 ст. 152 або ч. 1 ст. 152 КК (за відсутності кваліфікуючих ознак згвалтування). У цьому разі смерть потерпілої особи не може розглядатись як прояв особливо тяжких наслідків згвалтування, оскільки у протилежному випадку умисне спричинення смерті потерпілому буде двічі інкриміноване винному. А це суперечило б ст. 61 Конституції України, згідно з якою ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне і те ж правопорушення, а так само виробленому теорією кримінально-правової кваліфікації положенню про недопустимість подвійного інкримінування. До того ж, злочин, передбачений ч. 4 ст. 152 КК,

<sup>192</sup> Блиндер Б.А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. – Ташкент: Изд-во Ташкентского гос. ун-та им. В.И. Ленина, 1970. – С. 70-71, с. 87-88.

немає підстав вважати різновидом умисного вбивства.

Щоправда, на думку О.В. Крючкової, кваліфікація закінченого згвалтування, поєданого із закінченим умисним вбивством, за ч. 1 ст. 152, п. 10 ч. 2 ст. 115 КК також не узгоджується зі ст. 61 Конституції України і ч. 3 ст. 2 КК, що закріплюють принцип *non bis in idem*. Висловлюється думка, що такі дії треба кваліфікувати лише за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК як нормою, що передбачає відповідальність за складений злочин – враховану законодавцем сукупність закінчених умисного вбивства і згвалтування<sup>193</sup>.

Чи справді закріплена у п. 10 ч. 2 ст. 115 КК законодавча конструкція має виключати кваліфікацію за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. ст. 115, 152 КК? Чи поглинається цією конструкцією факт вчинення особою згвалтування? В юридичній літературі єдності з поставленого питання кваліфікації не спостерігається<sup>194</sup>.

Традиційний підхід, у межах якого розглядувані дії кваліфікуються за сукупністю злочинів і правильність якого ставиться під сумнів окремими вітчизняними науковцями, виходить, як відомо, з того, що умисне вбивство не є способом вчинення згвалтування, а згвалтування – способом вчинення умисного вбивства. Згвалтування не охоплюється об'єктивною стороною (не містить ознак) умисного вбивства і навпаки. З цього при-

<sup>193</sup> Крючкова О. Вбивство, поєдане зі згвалтуванням // Вісник прокуратури. – 2011. – № 3. – С. 44-48.

Здійснивши тлумачення роз'яснень, наведених в абз. 1 і 2 п. 11 та абз. 1 п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 р. № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки», К.П. Задоя так само робить висновок про те, що умисне вбивство, поєдане із згвалтуванням і насильницьким задоволенням статеві пристрасті неприродним способом, і власне статевий злочин мають кваліфікуватись лише за п.10 ч. 2 ст. 115 КК як нормою-«цілим», що охоплює норму-«частину» (відповідні частини ст. 152 і ст. 153 КК) (Задоя К.П. Проблеми суперечності (неузгодженості) положень постанов Пленуму Верховного Суду України щодо кваліфікації окремих проявів множинності злочинів // Судова апеляція. – 2010. – № 4. – С. 76-77). Таку ж позицію займає Н.М. Ярмиш (Ярмиш Н. Про виконання у кримінальному праві конституційної заборони подвійного притягнення до юридичної відповідальності // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 1. – С. 38-39).

<sup>194</sup> Див., наприклад: Бородин С.В. Преступления против жизни. – М.: Юристъ, 1999. – С. 156-157; Энциклопедия уголовного права. Т.3. Понятие преступления. – Издание профессора Малинина. – СПб., 2005. – С. 318-320; Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання: Монографія / За заг. ред. проф. Тютюгіна В.І. – Харків: Фінн, 2008. – С. 60-67; Бабий Н.А. Сопряженные преступления по УК России и Беларуси: анализ сравнительный и не только // Российский ежегодник уголовного права. № 2. 2007 / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. Б.В. Волженкина. – СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. – С. 490-510.

воду С.І. Тишкевич зазначає, що вказані злочини посягають на різні безпосередні об'єкти та вчиняються різними діяннями<sup>195</sup>. Відповідно, тут доводиться говорити не про конкуренцію частини і цілого, а про сукупність злочинів, для якої характерним є те, що жодна із кримінально-правових заборон не охоплює вчинене повністю – воно може отримати належну оцінку лише шляхом застосування кількох норм Особливої частини КК.

Цілком очевидно, що ґрунт для позначеної вище дискусії породжений законодавцем. Адже із закріпленого у п. 10 ч. 2 ст. 115 КК формулювання – «умисне вбивство, поєдане із згвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом» не зовсім зрозуміло, що саме воно позначає: складений злочин, підвищена суспільна небезпека якого визначається «синтезом» вбивства та іншого злочину (у нашому випадку – згвалтування), або кваліфікований різновид вбивства, що не є складеним злочином і виокремлений через наявність взаємозв'язку із вчиненням найбільш небезпечних статевих злочинів.

Варто нагадати, що складеними визнаються злочини, об'єктивна сторона яких складається з двох або більше діянь, кожне з яких за умови окремого (ізолюваного) вчинення становило б собою самостійний злочин, який би кваліфікувався за окремою нормою КК. Однак законодавець, беручи до уваги типовість зв'язку (внутрішньої єдності) між діяннями, що утворюють складений злочин, об'єднує їх в одне ціле. У складеному злочині діяння перебувають у субординаційній залежності: одне з них є основним і відіграє головну роль у визначенні змісту та спрямованості злочинного посягання; інше діяння є додатковим, таким, що супроводжує основне діяння, сприяє його вчиненню.

Видається, що вести мову про вказану субординаційну залежність згвалтування від вбивства достатніх підстав немає. Як слушно зауважує І.О. Зінченко, більш доречним було б інше (зворотне) законодавче формулювання – «згвалтування, поєдане з вбивством». Адже вбивство вчиняється або у процесі згвалтування, або після згвалтування з метою його приховання, або з помсти за вчинений опір, проте завжди згвалтування передуює вбивству. Однак за такого формулювання кваліфікуючої ознаки її варто було б розмішувати у статті КК про відповідальність за згвалтування, а не за вбивство. Тому для збереження «підлеглого» характеру згвалтування щодо вбивства відповідну кваліфікуючу ознаку

<sup>195</sup> Тишкевич С.И. Единая теория уголовного нормотворчества и квалификации преступлений: Основные концептуальные положения. Теоретическая модель Уголовного кодекса суверенной Республики Беларусь: монография. – Минск: АМ МВД РБ, 1992. – С. 58.



пропонується позначити інакше – як «вбивство при з'валтуванні»<sup>196</sup>

Видається однак, що таке формулювання менш чітко (навіть порівняно з чинною редакцією п. 10 ч. 2 ст. 115 КК) вказуватиме на складений характер аналізованого різновиду вбивства, що і надалі породжуватиме суперечки у доктрині і на практиці.

Н.М. Салева, яка присвятила дисертаційне дослідження проблемам кримінальної відповідальності за вбивства, поєднані з іншими злочинами, доводить, що ці вбивства, хоч і посягають на кілька об'єктів кримінально-правової охорони, не повинні розглядатись як складені злочини. Поняття поєднання, будучи похідним від інших суб'єктивних ознак умисного вбивства, означає взаємозв'язок вбивства та інших злочинів як самостійних явищ, що не підпорядковані одне одному і не співвідносяться між собою як ціле і частина. «Поєднане» вбивство передуює, супроводжує або слідує безпосередньо за тим чи іншим злочином, може бути обумовлено цим злочином, може сприяти його вчиненню тощо. Кваліфікація «поєднаних» вбивств має здійснюватись за сукупністю злочинів, що не означатиме дублювання відповідальності і не порушуватиме принцип справедливості. Перевага такої кваліфікації полягає, зокрема, у тому, що вона дозволяє диференціювати кримінальну відповідальність у випадку замаху на «поєднане» вбивство або на злочин, з яким воно поєднане, врахувати кваліфікуючі ознаки останнього, наприклад, неповноліття особи, потерпілої від з'валтування<sup>197</sup>.

На підтримку усталеної позиції, згідно з якою у розглядуваній ситуації треба вбачати сукупність злочинів – вбивства, поєднаного із з'валтуванням, і з'валтування, Л.П. Брич звертається до лінгвістичного значення терміну «поєднаний». Цим терміном позначається зв'язок між самостійними предметами, явищами, що можуть існувати відокремлено. У кримінальному праві термін «поєднаний» треба розуміти так, що ним позначено не істотні ознаки явища, яким є конкретний склад злочину, а наявність умов існування цього явища, зокрема, одночасне вчинення злочинів. Ця одночасність не означає, що той злочин, юридичний склад якого містить

вказівку на поєднання, охоплює інший, а тому вчинене має розглядатись як реальна сукупність злочинів<sup>198</sup>.

З огляду на викладене вище, відмовляється на сьогодні від кваліфікації з'валтування та умисного вбивства, поєднаного із з'валтуванням, за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 115, ст. 152 КК, не варто. Разом з тим питання про перспективи використання у кримінальному законодавстві конструкцій на кшталт убивства, поєднаного із з'валтуванням (наприклад, вбивства, вчиненого у зв'язку з іншим злочином, позаяк при формулюванні п. 10 ч. 2 ст. 115 КК законодавець продемонстрував навряд чи виправдану вибірковість), потребує самостійного дослідження, в т.ч. на предмет відповідності цих конструкцій принципу *non bis in idem*.

Згідно з абз. 3 п. 14 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», якщо з метою приховати з'валтування чи замах на цей злочин було вчинено умисне вбивство потерпілої особи через певний час після вчинення зазначеного злочину, дії винного слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 152 або статтями 15 і 152 та за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК. При цьому не уточнюється, скільки саме часу має спливати після вчинення з'валтування для того, щоб умисне вбивство, вчинене з метою приховати передбачений ст. 152 КК злочин, кваліфікувалось за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК.

*Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ (ухвала від 29 травня 2008 р.) визнала обґрунтованим засудження за ч. 3 ст. 153, пп. 2, 4, 10 ч. 2 ст. 115 КК чоловіка, який, задовольнивши з малолітньою особою свою статеву пристрасть неприродним способом, позбавив її життя з особливою жорстокістю. Водночас з вироку Апеляційного суду Миколаївської області виключено вказівку на п. 9 ч. 2 ст. 115 КК на тій підставі, що засуджений вбив малолітню особу відразу після насильницького задоволення з нею статевої пристрасті неприродним способом, у зв'язку з чим позбавлення життя потерпілої особи охоплюється пп. 2, 4, 10 ч. 2 ст. 115 КК.*

Переконаливими видаються міркування Н.А. Дідківської, яка, критикуючи наведене вище роз'яснення Пленуму, доводить, що п. 10 ч. 2 ст. 115 є щодо п. 9 ч. 2 ст. 115 КК спеціальною нормою, «оскільки передбачає зв'язок умисного

<sup>196</sup> *Энциклопедия уголовного права. Т.3. Понятие преступления. – Издание профессора Малинина. – СПб., 2005. – С. 341-342.*

<sup>197</sup> Салева Н.Н. Убийство, сопряженное с иными преступлениями: проблемы квалификации и уголовной ответственности: Дис. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2006. – С. 8, с. 66-88. Подібні міркування висловлює ще один російський дослідник Д. Краєв (Краєв Д. Основной вопрос квалификации убийств, сопряженных с иными преступлениями (пп. «в», «з» «к» ч. 2 ст. 105 УК РФ // Уголовное право. – 2011. – № 4. – С. 29-34).

<sup>198</sup> Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 75.

вбивства зі злочинном певного виду, а не будь-яким злочином взагалі»<sup>199</sup>. Звідси випливає, що п. 10 ч. 2 ст. 115, а не п. 9 ч. 2 цієї статті КК має застосовуватись, зокрема, у випадках, коли винний вчиняє вбивство з метою полегшити вчинення зґвалтування, з помсти за вчинений потерпілою особою опір, у зв'язку зі схильністю винного до садизму або для того, щоб приховати вчинене раніше зґвалтування.

Зокрема, за пп. 10, 12 ч. 2 ст. 115 КК як вбивство, поєднане із зґвалтуванням і вчинене за попередньою змовою групою осіб, були кваліфіковані дії Р. і С., які, зґвалтувавши М., умисно позбавили її життя із помсти за опір, вчинений нею при зґвалтуванні. Водночас колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ виключила з мотивувальної частини вироку вказівку на те, що у засуджених виник умисел на вбивство М. з метою приховати раніше вчинений ними злочин, оскільки таке обвинувачення їм не пред'являлось<sup>200</sup>.

Відповідно до абз. 2 п. 14 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» умисне вбивство з метою задовольнити статеву пристрасть з трупом тягне відповідальність за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК як вбивство, поєднане із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом.

Помилковість наведеного роз'яснення вбачається у тому, що задоволення статевої пристрасті з трупом немає підстав розглядати як посягання на статеву свободу чи статеву недоторканість людини і, відповідно, визнавати вчинене зґвалтуванням чи насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом. Кваліфікація зазначеної поведінки має здійснюватись за сукупністю злочинів – за п. 9 ч. 2 ст. 115 (вбивство з метою полегшити вчинення іншого злочину) і за відповідною частиною ст. 297 КК (наруга над тілом померлого). Якщо особа вчинила умисне вбивство з метою задовольнити статеву пристрасть з трупом потерпілого, однак сам акт некрофілії здійснити не встигнула, вчинене повинне кваліфікуватись п. 9 ч. 2 ст. 115, ч. 1 ст. 14 і відповідною частиною ст. 297 КК (готування до наруги над тілом потерпілого).

Якщо винний, вчинивши вбивство під

<sup>199</sup> Дідківська Н. Співвідношення різновидів умисного вбивства, передбачених пунктами 9, 10 ч. 2 ст. 115 КК України // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 5. – С. 68.

<sup>200</sup> Кримінальне судочинство в Україні: Судова практика. Злочини проти життя особи (вбивства): Офіц. вид. / Верховний Суд України; Відп. ред. П.П. Пилипчук. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 371-376.

час подолання опору потерпілого, вчиняє з останнім статеві зносини і не усвідомлює при цьому, що потерпілий вже загинув, вчинене має розцінюватись як умисне вбивство, поєднане із зґвалтуванням, і додатково – як замах на зґвалтування. Відповідно до ч. 2 ст. 15 КК такий замах є закінченим, а з точки зору кримінально-правової доктрини він є замахом на так званий непридатний об'єкт.

Зґвалтування, поєднане з незаконним проникненням до житла чи до іншого володіння особи, потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 152 і ст. 162 («Порушення недоторканості житла») КК.

За ч. 1 ст. 162 і ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 152 КК засудив Погребищенський районний суд Вінницької області особу, яка незаконно проникла до чужого житлового будинку, де із застосуванням фізичного насильства намагалась вчинити статевий акт з потерпілою, однак не змогла цього зробити із незалежних від неї причин<sup>201</sup>.

За наявності підстав примушування особи до зайняття проституцією із застосуванням насильства, поєднане із зґвалтуванням, потребує кваліфікації за відповідними частинами ст. 303 і ст. 152 КК.

Поєднане із зґвалтуванням посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів має кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 181 КК.

Примушування до участі у створенні порнографічних творів і зображень, якщо при цьому вчиняється зґвалтування акторів, треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 152 і ст. 301 КК.

Заволодіння майном особи, потерпілої від зґвалтування, потребує додаткової кваліфікації за нормами КК про відповідальність за злочини проти власності.

Якщо винний у зґвалтуванні поставив потерпілу особу в небезпечний для життя стан, постає питання про те, чи має вчинене кваліфікуватись і за відповідною частиною ст. 135 КК як залишення у небезпеці.

Не лише за ч. 3 ст. 152 і ч. 2 ст. 153, а й за ч. 3 ст. 135 КК кваліфікувала судова колегія у кримінальних справах Апеляційного суду Луганської області дії двох суб'єктів, які, зґвалтувавши потерпілу і задовольнивши з нею свою статеву пристрасть неприродним способом, залишили її у небезпечному для життя стані. Внаслідок загального переохо-

<sup>201</sup> Архів Погребищенського районного суду Вінницької області. Справа № 1-121 за 2009 р.

лодження організму потерпіла померла. Небезпечний для життя стан, вказав суд у вирокі, став результатом застосування до потерпілої фізичного насильства з боку винних, а також перебування її у стані сильного сп'яніння, викликаного спільним із злочинцями вживанням алкогольних напоїв<sup>202</sup>.

Інкримінування засудженим за зґвалтування ч. 3 ст. 135 КК було помилковим. Якщо психічне ставлення до смерті потерпілої від зґвалтування особи з боку гвалтівника було необережним, його дії мають кваліфікуватись за ч. 4 ст. 152 КК як зґвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки. Встановлення ж умислу (в т.ч. непрямого) стосовно смерті особи, потерпілої від зґвалтування, слугує підставою для кваліфікації дій винного не лише за відповідною частиною ст. 152, а й за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК.

**Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом** (ст. 153). Безпосередній **об'єкт** цього злочину аналогічний об'єкту зґвалтування.

Кримінальна караність передбаченої ст. 153 КК поведінки визначається не так званою неприродністю способів задоволення статевої пристрасті, не можливою гомосексуальною спрямованістю чи аморальністю дій, зазначених у цій статті, а винятково їх насильницьким характером. Певні біологічні форми, за допомогою яких відбувається сексуальне спілкування між людьми, у суспільстві можуть визнаватися аморальними, але мають ставати предметом кримінально-правового регулювання лише у тому разі, коли вони, зачіпаючи соціальну сторону статевого стосунків, посягають на такі важливі цінності, як статева свобода і статева недоторканність, нормальний розвиток неповнолітніх.

**Потерпілим** від насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом є особа, яка всупереч своїй волі виконує роль сексуального партнера винного. При цьому характеристика потерпілого на кваліфікацію за ст. 153 не впливає. Якщо особа, яка не досягла 16-річного віку, добровільно бере участь у задоволенні неприродним способом статевої пристрасті чоловіка або жінки, дії винного можуть кваліфікуватись за ст. 156 КК як розбещення неповнолітніх.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у задоволенні статевої пристрасті неприродним способом, що поєднується із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосуванням або з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

Під **задоволенням статевої пристрасті неприродним способом** (це своєрідне збірне поняття) потрібно розуміти будь-які дії сексуального характеру незалежно від їх гетеро- або гомосексуальної спрямованості (крім природного статевого акту, що охоплюється диспозицією ст. 152 КК), які порушують тілесну недоторканність потерпілої особи, здатні збудити і задовольнити статево пристрасть чоловіка або жінки. Це, зокрема, мужолозтво, лесбійство, орогенітальний контакт (coitus per os) жінки з чоловіком або чоловіка з чоловіком, аногенітальний контакт чоловіка з жінкою (coitus per anum), кунілінгус – оральна стимуляція жіночих геніталій, анілінгус – оральна стимуляція входу в анальний отвір, сурогатні форми статевих зносин, які імітують природний статевий акт (проникнення у піхву жінки рукою, пальцем або певним предметом – палицею, пляшкою, фалоімітатором тощо, вестибулярний коїтус – притуляння чоловічого статевого члену до входу у піхву жінки, нарвасадата – введення статевого органу чоловіка між молочними залозами жінки, міжстегновий коїтус тощо), фроттаж (тертя чоловіком своїм тілом об тіло жінки й отримання в результаті цього сексуального збудження і задоволення).

Під мужолозтвом розуміють один із різновидів чоловічого гомосексуалізму – аногенітальний контакт чоловіка з чоловіком. У п. 2.14 Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи зазначаються ті ознаки, які можуть свідчити про вчинення акту мужолозтва як в активного, так і в пасивного партнера.

Лесбійство (жіночий гомосексуалізм, сапфізм) – це форма задоволення статевої пристрасті жінки шляхом вчинення нею різноманітних дій сексуального характеру з іншою жінкою (наприклад, орогенітальні контакти, в т.ч. двосторонні і кунілінгус, вплив на ерогенні зони партнерші за допомогою штучних пристосувань, введення останніх у піхву жінки, тертя статевими органами однієї жінки по статевих органах іншої жінки).

*Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Тернопільської області ухвалою від 4 березня 2009 р. перекваліфікувала дії особи, засудженої Тернопільським міськрайонним судом за ч. 4 ст. 152 КК, на ч. 3 ст. 153 КК на тій підставі, що ні під час досудового слідства, ні в судовому засіданні не було здобуто достатніх доказів, які б підтверджували вчинення засудженим зґвалтування малолітньої потерпілої.*

Не ставлячи під сумнів правильність такої перекваліфікації, водночас зауважимо, що в ухвалі апеляційного суду не вказано, в чому саме полягало насильницьке задоволення статевої

<sup>202</sup> Архів Апеляційного суду Луганської області. Справа № 11-857 за 2006 р.



пристрасті неприродним способом, вчинене за-судженим щодо малолітньої потерпілої. Тобто судом не викладені належним чином фактичні об-ставини вчиненого злочину, що мало передувати його кваліфікації.

Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом потрібно відмежовувати від посягань на тілесну недоторканість люди-ни, які, за наявності до цього підстав, можуть кваліфікуватись, наприклад, як злочини про-ти здоров'я особи або хуліганство. Йдеться про випадки, коли сексуальне збудження та оргазм настають у винного в результаті впливу на тіло потерпілого, що не супроводжується згаданими вище діями сексуального характеру. «...особа, яка отримує сексуальне задоволення, наприклад, від ампутації будь-якого органу іншої особи, не вчи-няючи при цьому ніяких сексуальних маніпуляцій, не може нести відповідальність за ст. 153 КК»<sup>203</sup>.

Досить унікальний випадок із судової прак-тики наводить П.І. Люблінський. В одному з українських сіл дівчина, не дивлячись на активні залицяння, залишалась незайманою, що спону-кало хлопців помститись їй. Вночі вони вивели дівчину з хати і цвяхом розірвали їй дівочу пліву<sup>204</sup>. Даючи правову оцінку діям «народних месників» з точки зору сучасного кримінального законодав-ства, треба зробити однозначний висновок про відсутність у цьому разі складу злочину «насил-ницьке задоволення статевої пристрасті непри-родним способом» і необхідність кваліфікації за-значених дій як злочину проти здоров'я особи.

Водночас слід мати на увазі, що дії, об'єктивно позбавлені сексуального характеру (введення різних предметів не у статеві органи, а в інші природні отвори людини, шмагання батогом, укуси, дряпання, припікання тіла цигарками тощо), можуть кваліфікуватись за ст. 153 КК – за умови, що умисел винної особи був направле-ний на задоволення у такий спосіб своєї статевої пристрасті, у зв'язку з чим вчинене є підстави розцінювати як посягання на статеву свободу (статеву недоторканість) потерпілої особи.

Як слушно зазначає Е.М. Кісілюк, викладаючи диспозицію ст. 153 КК, законодавець намагався охопити певні гомосексуальні та гетеросексуальні насильницькі статеві контакти, які посягають на статеву свободу та статеву недоторканість особи, а склалася ситуація, коли усі дії, вчинені на сексу-

альному ґрунті, можна за суб'єктивною ознакою кваліфікувати за цією статтею<sup>205</sup>.

Подібні проблеми постають у правозастосовній практиці й інших країн. Так, відповідно до од-ного з рішень Палати у кримінальних справах Касаційного Суду Франції (1993 р.) введення палиці в анус іншої особи не відповідає законо-давчому визначенню сексуального проникнен-ня та утворює, скоріш за все, катування або акт жорстокості. Водночас в іншому рішенні цього ж Суду (1995 р.) визнається, що подібні дії можуть розглядатись як сексуальне проникнення, якщо мотив, яким керувався той, хто заподіяв шкоду статевої недоторканості жертви, надав цим діям сексуального характеру<sup>206</sup>.

Диспозиція ч. 1 ст. 153 КК є настільки універсальною (щоб не сказати – розпливча-стою), що дозволяє охопити самі різноманітні девіантні форми сексуальної поведінки – відмінні від природного статевого акту насильницькі дії, вчинювані на сексуальному ґрунті. Існує нагальна потреба в уточненні кола злочинних діянь, які охо-плюються розглядуваною кримінально-правовою заборонаю. Інакше, виходячи з чинної редакції ст. 153 КК, передбачений нею склад злочину слід буде вбачати, наприклад, і тоді, коли особа з метою задоволення своєї статевої пристрасті займається самомастурбацією, спостерігаючи за фізичним мордуванням потерпілого, здійснюваним за вказівкою цієї особи. Хоч цілком очевидно, що статеві свобода (недоторканість) потерпілої особи у такій ситуації не страждає, а злочинне посяган-ня спрямоване на здоров'я іншої людини<sup>207</sup>.

Виходячи з того, що на сьогодні усі дії, вчинені на сексуальному ґрунті, за суб'єктивною ознакою можна кваліфікувати за ст. 153 КК, О.В. Крюч-кова обґрунтовано вказує на необхідність про-вести на законодавчому рівні чітку межу між діями, які будуть підпадати під ознаки складу злочину, передбаченого ст. 153 КК, та діями, які підпадатимуть під ознаки інших складів злочинів, а так само діями, які не визнаватимуться злочин-ними<sup>208</sup>.

<sup>205</sup> Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: Навчальний посібник / За заг. ред. В.В. Коваленка; за наук. ред. О.М. Джузи та А.В. Савченка. – К.: Атіка, 2011. – С. 143.

<sup>206</sup> Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учебник / под ред. И. Д. Козочкина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 798.

<sup>207</sup> Задача справедливості зауважимо, що і вказані дії дея-кими авторами визнаються насильницькими діями сексуаль-ного характеру, передбаченими ст. 132 КК РФ (Енциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступления против половой непри-косновенности и половой свободы личности. – Издание про-фессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – С. 160).

<sup>208</sup> Крючкова О. Задоволення статевої пристрасті непри-родним способом. Проблемні питання кваліфікації // Вісник прокуратури. – 2003. – № 10. – С. 38-39.

<sup>203</sup> Рябчук О.С. Проблеми забезпечення якості запобіжної дії кримінального закону стосовно злочинів, передбачених ст. 153 КК України // Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріали наук. конф., 15 травня 2009 р. / ред. кол. В.І. Борисов (голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2009. – С. 154.

<sup>204</sup> Люблінський П.І. Преступления в области половых от-ношений. – М.-Л.: Изд-во А.Д. Френкель, 1925. – С. 72.

М.І. Хавронюк також вважає, що законодавчий зворот «задоволення статевої пристрасті неприродним способом» треба або розшифрувати у законодавчому порядку (наприклад, у примітці до ст. 153 КК) з метою звуження його змісту, або замінити його іншим. Адже слова «неприродним способом» означають будь-який спосіб задоволення статевої пристрасті, не обов'язково пов'язаний зі статевими зносинами per os, per anum або із впливом на статеві органи іншої особи за допомогою штучних приладів. Це може бути і мастурбація у присутності оголеної особи, яка перебуває у безпорадному стані (з торканням до неї статевим органом або без такого), садистські і мазохістські дії, навіть не поєднані з оголенням статевих органів, і навіть вчинення акту зоофілії, поєднаного із застосуванням фізичного насильства чи погрози його застосуванням до власника відповідної тварини тощо<sup>209</sup>.

Остання із змодельованих М.І. Хавронюком ситуацій не охоплюється диспозицією ст. 153 КК, оскільки акт зоофілії за жодних умов не може вважатись посяганням на статеву свободу (статеву недоторканість) людини.

У будь-якому разі традиційне (ст. 118 КК 1960 р.) використання термінологічного звороту «неприродний спосіб» навряд чи є вдалим. Більш доречним видається формулювання «дії сексуального характеру, спрямовані на задоволення статевої пристрасті, крім вказаних у ст. 152 КК». Тобто цей варіант вдосконалення КК полягає у збереженні передбаченої ст. 152 і ст. 153 КК диференціації кримінальної відповідальності, зумовленої тим, що саме зґвалтування (на відміну від інших насильницьких дій сексуального характеру) створює небезпеку небажаної вагітності для жінки, втрати наявної вагітності, зараження венеричними та іншими небезпечними інфекційними хворобами, а також втрати цноти (незайманості).

Заперечуючи доцільність об'єднання ст. 152 і ст. 153 КК, М.І. Хавронюк у відгуку як офіційного опонента на дисертацію Д.П. Москаля «Кримінально-правова характеристика зґвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом» ставить питання: хіба можна погодитись з тим, щоб насильницьке введення чоловічого члена у піхву за ступенем суспільної небезпеки було зрівняно, наприклад, з насильницьким потиранням членом об коліно жінки?

Насправді при вчиненні відмінних від зґвалтування дій сексуального характеру негативні наслідки для потерпілої особи можуть бути приблизно однаковими (наприклад, втра-

та цноти<sup>210</sup>, наявної вагітності або здатності до дітонародження може стати результатом проникнення у піхву жінки інших, крім статевого члена чоловіка, частин тіла людини або предметів навколишнього світу). «...при анальному сексі ступінь ризику з точки зору зараження СНІДом та венеричними хворобами є значно вищою, ніж при звичайному статевому акті»<sup>211</sup>.

Ще один можливий варіант вдосконалення законодавства – поєднання в одній кримінально-правовій нормі під назвою «Зґвалтування або інші дії сексуального характеру» ознак складів злочинів, передбачених наразі ст. 152 і ст. 153 КК. Втілення такої пропозиції, яка ґрунтується на тому, що описані у цих нормах діяння є близькими за змістом, мають приблизно однаковий ступінь суспільної небезпеки, нерідко поєднуються між собою та охоплюються єдиним злочинним наміром винного, крім всього іншого, дозволить усунути у тексті кримінального закону згадування про такий анахронізм, як задоволення статевої пристрасті неприродним способом. Додатковими аргументами на користь об'єднання вказаних норм КК можуть слугувати показана вище дискусійність рішення вітчизняного законодавця віднести до потерпілих від зґвалтування осіб чоловічої статі, необхідність усунути невинуватого різницю у санкціях ст. 152 і ст. 153 КК, а так само притаманна ст. 154 КК відсутність диференціації кримінальної відповідальності залежно від характеру сексуальних дій, до вчинення яких примушується потерпіла особа.

Називаючи кримінально-правову норму про зґвалтування зайвою, Г.Б. Дерягін справедливо зазначає, що сексуальне насильство незалежно від сексуальної орієнтації винного й того, якій сексуальній техніці і послідовності вчинення сексуальних дій він віддає перевагу, за своєю суттю є одним протиправним діянням, а не кількома видами насильства<sup>212</sup>. Взагалі за об'єднання ст. 131 і ст. 132 КК РФ висловлюється чимало російських дослідників<sup>213</sup>.

<sup>210</sup> «Розриви дівочої плави не обов'язково є наслідком статевих зносин, вони можуть виникати і від дії твердих предметів, але при цьому, як правило, ушкоджуються і оточуючі м'які тканини» (Судова медицина: Підручник / За ред. А.С. Лісового. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 319).

<sup>211</sup> Крючкова О.В. Чи є необхідність об'єднувати в одному складі злочину зґвалтування та задоволення статевої пристрасті неприродним способом? // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали II-ї міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 8 жовтня 2010 р.). У 2 т. Т.1. – Одеса, 2010. – С. 159.

<sup>212</sup> Сексуальное насилие: теории, подходы и методы исследования / Ю.И. Пиголкин, О.А. Дмитриева, Н.Г. Щитов, Г.Б. Дерягин. – М.: ООО «Медицинское информационное агентство», 2008. – С. 385-386.

<sup>213</sup> Утямишев А.Б. Уголовная ответственность за насильственные действия сексуального характера, не связанные

<sup>209</sup> Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 157.

За об'єднання в одній статті кримінального закону караності природних і неприродних форм насильницьких статевоїх відносин висловлюються і українські науковці А.В. Савченко<sup>214</sup> і Д.П. Москаль<sup>215</sup>. За поєднання в одній кримінально-правовій забороні ознак складів злочинів, передбачених наразі ст. 152 і ст. 153 КК, виступає також Т.Д. Лисько. Вона пропонує ст. 153 із КК виключити, а диспозицію ч. 1 ст. 152 КК викласти у такій редакції: «Зґвалтування або інші дії сексуального характеру, вчинені шляхом статевого проникнення, проти або поза волею потерпілої особи із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням її безпорадного стану...»<sup>216</sup>.

Із запропонованої Т.Д. Лисько редакції диспозиції ч. 1 ст. 152 КК випливає, що дослідниця всі дії сексуального характеру, які на сьогодні охоплюються диспозиціями статей 152 і 153 КК, зводить до статевого проникнення. У випадку реалізації такого підходу поза сферою кримінально-правового реагування залишаться ті поєднані із застосуванням насильства або з використанням безпорадного стану потерпілого дії сексуального характеру, які у теперішній час розцінюються як насильницьке задоволення статевої пристрасті, але які не можуть бути визнані статевим проникненням у розумінні, запропонованому Т.Д. Лисько. Це, зокрема, сексуальний садизм, петтінг, фроттаж, нарвасадата, анілінгус, кунілінгус. Фактично йдеться про навряд чи виправдану декриміналізацію насильницьких злочинних посягань на статево свободу або статево недоторканість особи, які однак не означають введення статевого органу чоловіка, інших частин тіла або предметів навколишнього світу у природні отвори іншої людини.

Недостатня обґрунтованість розглядуваного

с изнасилованием: Дис. ... канд. юрид. наук. – Хабаровск, 2001. – С. 13, 25, 228-229; Капитунов А.С. Насильственные половые преступления против несовершеннолетних: Дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2006. – С. 106-107, 109-110; Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. II: Преступления против личности. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 504-505; Энциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – С. 280-284.

<sup>214</sup> Савченко А.В. Порівняльний аналіз кримінального законодавства України та федерального кримінального законодавства Сполучених Штатів Америки: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2007. – С. 25.

<sup>215</sup> Москаль Д.П. Кримінально-правова характеристика зґвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 5, 9, 16.

<sup>216</sup> Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за зґвалтування (порівняльно-правовий аналіз): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 4, 8, 15-16.

підходу<sup>217</sup> підтверджується і зверненням до зарубіжного законодавчого досвіду. Наприклад, у КК Франції, крім відповідальності за зґвалтування як будь-який акт сексуального проникнення, передбачена караність інших сексуальних агресій, які не є зґвалтуванням, але які здійснюються за відсутності згоди з боку потерпілого (ст.ст. 222-27–222-31). У судовій практиці цієї країни траплялись випадки засудження за відмінну від зґвалтування сексуальну агресію, яка проявлялась, зокрема, у доторканнях до статевоїх органів потерпілої особи, її грудей, у щипанні сідниць дівчини, поєднаному із спробою примусити її сісти в автомобіль<sup>218</sup>.

Частково наведені критичні міркування могли бути поширені і на пропозицію О.В. Крючкової замінити у ч. 1 ст. 153 зворот «задоволення статевої пристрасті неприродним способом» формулюванням «чоловічий та жіночий гомосексуалізм та інші сексуальні дії, пов'язані із статевим проникненням»<sup>219</sup>. Однак у подальшому дослідниця уточнила свою позицію, слушно зауваживши, що зарубіжний законодавець (зокрема, Франція, Нідерланди) поряд із встановленням кримінальної відповідальності за сексуальне проникнення визнає злочином дії, які не пов'язані із сексуальним проникненням (насильницький петтінг, насильницьке доторкання до геніталій особи тощо). Ігнорування цього зарубіжного досвіду і механічне об'єднання в одній кримінально-правовій забороні ознак складів злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 153 КК, справедливо вважає О.В. Крючкова, призведе до невиправданої уніфікації кримінальної відповідальності за особливо небезпечні форми сексуального насильства (наприклад, зґвалтування) і менш небезпечні форми задоволення статевої пристрасті (зокрема, насильницький петтінг, примушування до мастурбації)<sup>220</sup>.

<sup>217</sup> Його прибічниками виступають окремі російські дослідники, які запропонували позначити передбачене ст. 132 КК РФ злочинне діяння як мужолозтво, лесбійство або інші дії сексуального характеру, що є сексуальним проникненням (Кибальник А., Соломоненко І. Насильственные действия сексуального характера // Российская юстиция. – 2001. – № 8. – С. 65). Якщо занадто широко тлумачити законодавчий зворот «інші сексуальні дії», вважають ці автори, КК нагадуватиме перевидання Камасутри або медичний посібник.

<sup>218</sup> Уголовное право зарубежных государств. Особенная часть. Учеб. пособие / Под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. – М.: Издательский дом «Камерон», 2004. – С. 260.

<sup>219</sup> Крючкова О. Задоволення статевої пристрасті неприродним способом. Проблемні питання кваліфікації // Вісник прокуратури. – 2003. – № 10. – С. 40.

<sup>220</sup> Крючкова О.В. Чи є необхідність об'єднувати в одному складі злочину зґвалтування та задоволення статевої пристрасті неприродним способом? // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали II-ї міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 8 жовтня 2010 р.). У 2 т. Т.1. – Одеса, 2010. – С. 158-159.



До певної міри компромісною виглядає позиція А.С. Капітунова, який у порядку вдосконалення законодавства пропонує кримінально карати дії сексуального характеру, наразі передбачені ст. 132 КК РФ, не обмежувати сексуальним проникненням, а включати в них також маніпулювання винним оголеними статевими органами потерпілого або примушування потерпілого до аналогічних дій щодо винного з метою задоволення статевої потреби<sup>221</sup>. Ще один цікавий варіант оптимізації кримінального закону – пропозиція доповнити КК окремою нормою про відповідальність за образи діями сексуального характеру, що охоплюватиме дії (на кшталт фроттажу і петтінгу), відмінні від насильницьких дій сексуального характеру, поєднаних із сексуальним контактом<sup>222</sup>.

Поняття фізичного насильства, погрози його застосування та використання безпорадного стану потерпілого у складі розглядуваного злочину за своїм змістом є такими ж, що й при згвалтуванні. Перелік способів, які трансформують сексуальну поведінку людей у злочин, є вичерпним і поширювальному тлумаченню не підлягає.

*Обґрунтовуючи засудження Д., який задовольнив свою статеву пристрасть неприродним способом із власною 6-річною дочкою, за ч. 3 ст. 153 КК, Лутугинський районний суд послався у вирок на висновок судово-психологічної експертизи. В ньому зазначається, що малолітня потерпіла здатна давати показання про зовнішню, фактичну сторону подій, однак через недостатню вікову зрілість, відсутність життєвого досвіду і дуже слабку обізнаність з питань статевого життя не розуміла характер і значення вчинюваних з нею дій. Тому правильним є висновок суду про вчинення Д. злочину із використанням безпорадного стану малолітньої особи<sup>223</sup>.*

Злочин визнається закінченим з моменту вчинення дії сексуального характеру, спрямованої на задоволення статевої пристрасті. При цьому не вимагається, щоб сексуальний контакт був завершений у фізіологічному розумінні. Якщо злочин, передбачений ст. 153 КК, набув вигляду

<sup>221</sup> Капітунов А.С. Насильственные половые преступления против несовершеннолетних: Дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2006. – С. 13-14, 90-92, 108-109.

<sup>222</sup> Утямишев А.Б. Уголовная ответственность за насильственные действия сексуального характера, не связанные с изнасилованием: Дис. ... канд. юрид. наук. – Хабаровск, 2001. – С. 13, 25, 91, 228-229.

Більш докладно про проблему вдосконалення кримінального закону див.: Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: наук.-практ. посібник. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 192-204.

<sup>223</sup> Архів Лутугинського районного суду Луганської області. Справа № 1-31 за 2006 р.

сексуального проникнення, то його слід визнавати закінченим з моменту проходження хоча б частиною статевого члена, руки або іншого предмета меж тієї чи іншої природної порожнини тіла людини (наприклад, для ротової порожнини – це губи, а для анального отвору – це сфінктерне кільце анусу).

**Суб'єкт та суб'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 153 КК, за своїм змістом аналогічні відповідним елементам складу згвалтування. Якщо особа, використовуючи фізичне насильство або погрозу його застосуванням, бере безпосередню участь у подоланні опору потерпілого, зокрема, приводить останнього у безпорадний стан, і при цьому сама у безпосередній сексуальний контакт з потерпілим не вступає, вона повинна визнаватись співвиконавцем насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом. Дії такого учасника групи кваліфікуються за ч. 2 ст. 153 без посилання на ст. 27 КК.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину є вчинення його повторно, групою осіб або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених ст. 152 або ст. 154 КК<sup>224</sup>, вчинення злочину щодо неповнолітнього або неповнолітньої (ч. 2 ст. 153 КК), а **особливо кваліфікуючими ознаками** – вчинення злочину щодо малолітнього або малолітньої, спричинення злочином особливо тяжких наслідків (ч. 3 ст. 153 КК). За своїм змістом вказані ознаки аналогічні обставинам, які обтяжують відповідальність за згвалтування.

**Примушування до вступу в статевий зв'язок** (ст. 154). Основним безпосереднім **об'єктом** цього злочину є статеві свободи особи. Додатковими об'єктами злочину, передбаченого ч. 2 ст. 154 КК, виступають честь і гідність людини, а також власність.

**Потерпілим** від розглядуваного злочину є особа жіночої або чоловічої статі незалежно від того, чи виповнилось їй 18 років<sup>225</sup>. У разі, коли до вступу в статевий зв'язок примушувалась особа, яка не досягла статевої зрілості, дії винного, крім

<sup>224</sup> Те, що насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (на відміну від згвалтування) не вважається повторним, якщо до цього особа вчинила злочин, передбачений ст. 155 КК, є проявом притаманної чинному КК України безсистемності у вживанні кваліфікуючих ознак (Азаров Д.С., Калуп А.В. Кваліфікуючі ознаки складів злочинів: вибрані риторичні запитання // Теоретичні і прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20-21 травня 2011 р. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 9).

<sup>225</sup> У юридичній літературі висувається пропозиція доповнити ст. 154 КК України такою кваліфікуючою ознакою, як вчинення примушування до вступу в статевий зв'язок неповнолітньої особи (Косенко С.С. Віктимологічна профілактика статевих злочинів щодо неповнолітніх: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 116, 174).

ст. 154, кваліфікуються за статтями 14 і 155 КК як готування до статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості.

Кримінальне законодавство Болгарії, Індії, КНДР, Кореї, Узбекистану і Філіппін визнає злочинном примушування до вступу у статевий зв'язок лише з жінкою. В сучасних умовах подібне обмеження кола потерпілих від цього злочину виглядає як гендерна дискримінація<sup>226</sup>.

З **об'єктивної сторони** злочин виражається у примушуванні особи жіночої або чоловічої статі до вступу у статевий зв'язок. Статевий зв'язок природним або неприродним способом (ці поняття розкриті при аналізі складів злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 153 КК) охоплює як одноразові, так і неодноразові статеві контакти незалежно від їх гетеро- або гомосексуальної спрямованості.

В абз. 1 п. 15 постанови Пленуму під статевим зв'язком природним і неприродним способом у ч. 1 ст. 154 КК пропонується розуміти природний статевий акт, акт мужолозтва або лесбійства. Наведена позиція означає навряд чи виправдане обмежувальне тлумачення кримінального закону, оскільки так звані неприродні способи задоволення статевої пристрасті, як зазначалось вище, не можуть бути зведені до актів мужолозтва і лесбійства.

Якщо потерпіла особа добровільно погоджується на одні форми сексуальних контактів, але заперечує проти інших, її примушування до них (за наявності підстав) утворює об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 154 КК.

Жінка або чоловік може примушуватись до вступу в статевий зв'язок як з винною, так і з іншими особами (знайомі, родичі, керівництво тощо). При цьому для кваліфікації за ст. 154 не має значення, чи знала про вчинене примушування особа, статева пристрасть якої задовольняється потерпілою жінкою або чоловіком.

Як протиправний психічний вплив **примушування** в складі аналізованого злочину полягає у відкритій або завуальованій погрозі настання для потерпілої особи небажаних для неї наслідків матеріального, службового або особистого характеру (позбавити утримання або можливості проживати на житловій площі, звільнити з роботи, понизити в посаді, не надати чергову відпустку, зменшити зарплату, поставити незадовільну оцінку тощо). Зазначена погроза відрізняється за своїм змістом і характером від погрози при згвалтуванні та насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом

тим, що у разі вчинення злочину, передбаченого ст. 154 КК, життя і здоров'я потерпілої особи або її близьких родичів не ставиться у небезпеку. Воля жінки або чоловіка не придушується і повністю не ігнорується, хоч на неї і чиниться протиправний тиск. Крім цього, негайна реалізація погрози, притаманної складу розглядуваного злочину, неможлива, бо вона, як правило, спрямовується у майбутнє.

Примушування може здійснюватись у будь-якій формі (усно, письмово, з використанням засобів зв'язку), адресуватись потерпілій особі як безпосередньо, так і через третіх осіб.

У літературі як приклад аналізованого примушування наводиться ситуація з педагогом, який, систематично відмовляючи у виставленні позитивних оцінок учню за наявності в останнього необхідних знань, водночас натякає на поліпшення успішності, якщо учень погодиться на вчинення дій сексуального характеру<sup>227</sup>.

Відповідальність за ст. 154 КК настає лише за умови доведеності того, що вплив на потерпілу особу здійснювався з використанням її матеріальної або службової залежності від винного. Наявність вказаної залежності означає, що потерпілий, обираючи той чи інший варіант своєї поведінки, вимушений орієнтуватись на інтереси винного.

З тексту ч. 1 ст. 154 КК випливає, що не утворює передбаченого цією нормою складу злочину примушування до вступу в статевий зв'язок, яке здійснюється шляхом використання матеріальної або службової залежності не жінки або чоловіка, з якими плануються сексуальні контакти, а їх близьких родичів або інших близьких осіб.

**Матеріальна залежність** передусім означає, що матеріальна допомога з боку суб'єкта злочину виступає єдиним, основним або істотним джерелом існування потерпілої особи, і позбавлення такої допомоги здатне поставити жінку або чоловіка у скрутне становище. Матеріальна залежність має місце, зокрема, тоді, коли жінка або чоловік перебуває на повному або частковому утриманні винного, проживає на його житловій площі, а також коли дії винного спроможні іншим чином викликати істотне погіршення матеріального становища потерпілої особи (йдеться, наприклад, про відносини цивільного боргу, відносини між спадкодавцем і спадкоємцем).

**Службова залежність** означає, що: 1) потерпіла особа є підлеглою винного по роботі (наприклад, керівник організації і секретар); 2) потерпіла особа підлягає службовому контролю з боку винного (скажімо, ревізор і комірник); 3)

<sup>226</sup> Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 142.

<sup>227</sup> Байбарин А.А. Уголовно-правовая дифференциация возраста: Монография. – М.: Высшая школа, 2009. – С. 187-188.

реалізація істотних інтересів потерпілої особи залежить від поведінки винного по службі (слідчий і обвинувачений, вчитель і учень, викладач і студент, науковий керівник і аспірант, комендант гуртожитку і особа, яка мешкає у гуртожитку, тощо).

Відповідальність за ч. 1 ст. 154 КК настає лише за умови, що вплив на потерпілу особу здійснювався з використанням її матеріальної або службової залежності від винного, яка відіграє роль своєрідного засобу досягнення бажаного злочинного результату. Пропозиції вступити в статевий зв'язок, настійливі прохання, поєднані з обіцянками створити кращі матеріальні чи службові умови (наприклад, призначити на більш високооплачувану посаду), наданням подарунків і пільг, домагання, які не поєднуються з погрозами використати залежність і тим самим завдати істотних неприємностей і втрат, не утворюють складу злочину, передбаченого ст. 154 КК.

У подібних випадках вплив на волю людини позбавлений характеру примушування, а тому більш доречно вести мову про переконання, не про вимушеність вступу у статевий зв'язок, а про вигідність такої поведінки, про своєрідні торги за тіло людини – зваблювання останньої, яке за чинним законодавством кримінальної відповідальності не тягне. Відсутнє примушування в плані відповідальності за ст. 154 КК і тоді, коли висловлюється погроза вчинити стосовно особи законні дії (наприклад, притягнути її до дисциплінарної відповідальності).

Діяння, передбачене ст. 154 КК, сконструйоване законодавцем як злочин з усіченим складом, який визнається закінченим з моменту здійснення на волю потерпілої особи психічного тиску у формах, висвітлених вище. Та обставина, що жінка або чоловік погодилися вступити у статевий зв'язок або, навпаки, відхилили домагання, не впливає на кваліфікацію вчиненого, однак може бути врахована при призначенні покарання.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого як ч. 1, так і ч. 2 ст. 154 КК, є спеціальним – це особа жіночої або чоловічої статі, якій виповнилось 16 років і від якої жінка або чоловік матеріально чи службово залежні (п. 15 постанови Пленуму). Дії того, хто вступає в статевий зв'язок з жінкою або чоловіком, знаючи про те, що вони примушені до цього, відповідальність за ст. 154 КК не тягнуть. Водночас дії особи, яка, маючи намір вступити з потерпілою особою у статевий зв'язок, підбурює іншу особу вчинити примушування жінки або чоловіка до вступу у такий зв'язок, слід кваліфікувати за ч. 4 ст. 27 і ст. 154 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 154 КК, характеризується прямим умислом.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину

відповідно до ч. 2 ст. 154 КК є погроза: 1) розголошення відомостей, які ганьблять жінку або чоловіка, їх близьких родичів<sup>228</sup>; 2) знищення, пошкодження або вилучення майна цих осіб.

**Відомості, що ганьблять потерпілу особу або її близьких родичів**, – це справжні або вигадані дані про них, їх дії або дії, вчинені щодо них, які потерпіла особа бажає зберегти у таємниці і розголошення яких здатне принизити честь і гідність людини (дані про інтимні сторони життя, венеричні захворювання, аморальні вчинки, причетність до злочину тощо). Визнання конкретних відомостей такими, що ганьблять особу, – питання факту, яке слід вирішувати як з урахуванням ставлення потерпілого до відповідної погрози, так і з огляду на вимоги суспільної моралі.

Використання звороту «відомості, що ганьблять» безпідставно звужує коло даних, здатних використовуватись для примушування жінки або чоловіка до вступу у статевий зв'язок. Адже відомості, за допомогою яких чиниться психічний тиск на потерпілу особу, можуть і не стосуватись непривабливих подробиць особистого життя людини, її професійної чи іншої діяльності і, відповідно, можуть і не принижувати честь і гідність людини (наприклад, відомості про те, що особа свого часу виступила інформатором правоохоронних органів, відомості про релігійну належність, наявність у людини усиновлених дітей або певного медичного діагнозу, який зовсім не обов'язково може бути пов'язаний із венеричними хворобами чи СНІДом)<sup>229</sup>.

Погроза розголосити відомості – це погроза повідомити у будь-який спосіб (наприклад, з використанням ЗМІ, у публічних виступах, в усній

<sup>228</sup> На відміну від попереднього КПК, який визначав близьких родичів (до них згідно зі ст. 32 цього Кодексу відносились батьки, дружина, діти, рідні брати і сестри, дід, баба, внуки), п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК 2012 р. містить перелік близьких родичів та членів сім'ї.

<sup>229</sup> Н.М. Ярмиш ставить під сумнів правильність усталеного в літературі підходу, відповідно до якого під відомостями, що ганьблять особу, у ч. 2 ст. 154 КК слід розуміти, зокрема, вигадані відомості. Науковець характеризує такий підхід як аналогію закону на тій підставі, що: 1) не можна розголосити те, чого немає (можна щось вигадати, а потім його поширити); 2) «бажати зберегти в таємниці» можна лише те, що такою таємницею є; не може бути таємницею те, чого насправді немає (Ярмиш Н. Про межі допустимості поширювального таумачення кримінального закону // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2008. – № 1. – С. 26).

Іншу позицію займають І.О. Зінченко та І.В. Самощенко, на переконання яких ступінь достовірності (дійсності або помилковості) відомостей для наявності факту шантажу значення не має. Із ч. 2 ст. 154 КК, на їх думку, випливає, що тут говориться про відомості, які ганьблять особу, без будь-якої вказівки на їх достовірність чи недостовірність. Для шантажу вирішальним є сам характер відомостей, які компрометують потерпілого, а також те, що останній бажає зберегти ці відомості у таємниці (Зінченко І.О., Самощенко І.В. Про поняття шантажу в кримінальному праві // Кримінальне право. – 2006. – № 9. – С. 3-8).



формі) про відповідні дані особам або хоча б одній особі, яким вони невідомі, і чиє ознайомлення з ними небажане для потерпілої особи.

Під **погрозою знищити (пошкодити) майно** розуміється погроза довести майно, яке належить потерпілій особі або її близьким родичам на праві приватної власності, до повної (часткової) непридатності цього майна за його цільовим призначенням. **Погроза вилучити майно** – це погроза протиправним шляхом із застосуванням насильства або без такого (наприклад, шляхом крадіжки, грабежу або розбою) назавжди або тимчасово позбавити власника належного йому майна.

Не має значення те, чи мала винна особа насправді намір і можливість реалізувати висловлену погрозу. Важливо лише, щоб залякування було сприйнято потерпілою особою як таке, що може бути реально здійснене. Для кваліфікації діяння за ст. 154 КК також не має значення, коли саме винний погрожує заподіяти майнову шкоду потерпілій особі або її близьким родичам (негайно після відмови вступу у статевий зв'язок або через деякий час). Реалізація вказаних погроз майнового характеру виходить за межі складу розглядуваного злочину і потребує кваліфікації за нормами розділу VI Особливої частини КК.

За змістом закону примушування жінки або чоловіка до вступу в статевий зв'язок природним чи неприродним способом, поєднане з погрозою знищенням, пошкодженням або вилученням майна потерпілої (потерпілого) чи її (його) близьких родичів або з погрозою розголошенням відомостей, що ганьблять її (його) чи близьких родичів, але вчинене особою, від якої потерпіла особа не є матеріально або службово залежною, не тягне відповідальності за ст. 154 КК. Зроблений висновок, який засвідчує наявність прогалини у регулюванні кримінальної відповідальності за посягання на статеву свободу особи, впливає з використання у ч. 2 ст. 154 КК словосполучення «ті самі дії, поєднані» як вказівки на кваліфікований склад злочину і порівняльного аналізу санкцій, закріплених у ч.1 і ч. 2 ст. 154 КК, ґрунтується на ст. 63 Конституції України, яка велить: усі сумніви щодо доведеності вини особи, які неможливо усунути, повинні тлумачитись на її користь.

Протилежної точки зору дотримується А.П. Брич, яка звертає увагу на те, що у ч. 2 ст. 154 КК говориться про «ті самі дії», але не йдеться про того самого суб'єкта і про той самий спосіб. Звідси робиться висновок, не підтриманий у постанові Пленуму (п. 15), про те, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 154 КК, є загальним<sup>230</sup>. Не

<sup>230</sup>; Брич А.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 60-61.

поділяє такий підхід В.І. Борисов, який вважає, що суб'єкт злочину, передбаченого ст. 154 КК, є спеціальним: ним може бути лише особа, від якої потерпілій був матеріально або службово залежний<sup>231</sup>.

Якби неоднозначно витлумачене в літературі словосполучення «ті самі дії, поєднані» у законодавчому порядку було замінено зворотом «примушування жінки або чоловіка до вчинення статевого акту або іншої дії сексуального характеру, поєднане ...», погроза шантажного або майнового змісту доречно відіграла б роль не кваліфікуючої ознаки аналізованого злочину, а способу самостійного злочинного посягання на статеву свободу особи. Адже «суспільна небезпека такого посягання на статеву свободу особи є не меншою, ніж посягання, вчиненого з використанням матеріальної чи службової залежності потерпілої особи. А також є значно вищою, ніж суспільна небезпека вимагання – злочину, який таким самим способом посягає на власність – об'єкт однозначно менш цінний, ніж статева свобода особи»<sup>232</sup>.

Крім цього, існує потреба у розширенні переліку погроз, за допомогою яких особу примушують до вступу у статевий зв'язок. Адже це може бути відмінна від погрози шантажного або майнового характеру погроза вчинити інше протиправне діяння (безпідставно притягнути до кримінальної відповідальності, схилити дитину потерпілої особи до вживання наркотиків, застосувати у майбутньому фізичне насильство до потерпілої особи чи близьких їй осіб, обмежити свободу пересування, залишити без одягу та грошей у віддаленій місцевості тощо). Так, у судовій практиці Франції визнається, що погрози кинути людину глибоко вночі, у сильний мороз, у тумані далеко від будь-якого житла слід розглядати як психічний примус, що виключає згоду потерпілого на вступ у статевий зв'язок, а, отже, свідчить про наявність такого злочину, як сексуальне проникнення<sup>233</sup>.

Уявимо ситуацію: суб'єкт, погрожуючи застосуванням фізичного насильства і не намагаючись у такий спосіб задовольнити свою статеву пристрасть, примушує осіб вступити між собою у природні або неприродні статеві зносини, що й відбувається. Якщо хоча б одній з потерпілих осіб не виповнилось 16 років, дії суб'єкта можуть

<sup>231</sup> Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (Лекція 6 та 7). – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. – С. 23.

<sup>232</sup> Брич А.П. Вказана праця. – С. 61.

<sup>233</sup> Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учебник / под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клавер, 2010. – С. 798-799.

бути визнані (за наявності до цього підстав) розбещенням неповнолітніх (ст. 156 КК) Якщо ж цим особам виповнилось 16 і більше років, то, не дивлячись на наявність у змодельованій ситуації посягання на статеву свободу осіб, у вчиненому не вбачається ознак жодного складу злочину, передбаченого розділом IV Особливої частини КК. Сказане наводить на думку про те, що вдосконалена ст. 154 КК серед способів примушування до вступу у статевий зв'язок повинна називати і погрозу застосуванням фізичного насильства (за відсутності ознак складів злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 153 КК).

Примушування до вступу в статевий зв'язок віднесено до кримінальних правопорушень, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення (ст. 477 КПК 2012 р.).

### 6.3. Ненасильницькі статеві злочини

**Статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості** (ст. 155). Безпосереднім **об'єктом** цього злочину є статевая недоторканість особи, а також нормальний розвиток неповнолітніх.

**Потерпілим** є особа жіночої або чоловічої статі, яка не досягла статевої зрілості.

Вжите у тексті кримінального закону поняття статево незрілого стану дозволяє врахувати стан індивідуального розвитку конкретного потерпілого. Як зазначає З. Старович, в експертній практиці поширені випадки, коли одна дівчина-підліток не лише виглядає як більш доросла особа, а й має багатий сексуальний досвід у той час, як її ровесниця є незайманою і ні фізично (біологічно), ні психічно не досягла статевої зрілості<sup>234</sup>. І 16-річна особа може бути статево незрілою, у зв'язку чим статеві зносини з нею є такими ж небажаними і шкідливими, як і статеві зносини, наприклад, з 11-річною особою. «Статеве дозрівання у підлітків відбувається нерівномірно – в одних випадках усі його ознаки проявляються вже в 11 років, в інших – не завжди і в 17»<sup>235</sup>.

<sup>234</sup> Старович З. Судебная сексология: Пер. с польск. – М.: Юрид. лит., 1991. – С. 128-129.

<sup>235</sup> Шевченко А. Привид блукає Європою? До питання про вік, зроду та захист // Дзеркало тижня. – 19 листопада 2011 р. – № 42.

Зважаючи на індивідуальність у досягненні статевої зрілості конкретної особи (статева зрілість не пов'язана з настанням певного віку), некоректним слід визнати висловлювання О.М. Бандурки про необхідність внесення змін до ст. 155 КК у вигляді точної вказівки на «вік досягнення статевої зрілості» (викад. за: Тимошук О. Секс-туризм наступає! Чому діти в Україні стали товаром? // Дзеркало тижня. – 9 червня

Разом з тим вказівка у ст. 155 КК на особу, яка не досягла статевої зрілості, створює небезпеку об'єктивного інкримінування, адже встановлення статевої зрілості шляхом проведення судово-медичної експертизи ускладнює (щоб не сказати – унеможливає) усвідомлення винною особою цієї ознаки потерпілого.

Під час ухвалення КК 2001 р. не була сприйнята слушна ідея заміни у розглядуваній нормі статево незрілого стану на більш наглядний і менш суперечливий у плані встановлення віковий критерій. На теренах колишнього СРСР Україна – чи не єдина держава, яка, як і раніше, позначає потерпілу від аналізованого злочину особу за допомогою стану статевої зрілості, введеного ще за часів панування радянської правової доктрини. На сьогодні Україна разом з Албанією та Болівією утворює нечисленну групу держав, кримінальне законодавство яких використовує поняття статевої зрілості (його заміник) для окреслення меж злочинної поведінки особи<sup>236</sup>. Свого часу переконливі аргументи на користь відмови в аналізованій кримінально-правовій забороні від статево незрілого стану навели П.І. Люблінський та Я.М. Яковлев, які зазначали, що статевая зрілість або незрілість пов'язана з інтимними функціями організму людини<sup>237</sup>. П.А. Воробей пише, що заміна у ст. 155 нашого КК ознаки статевої зрілості вказівкою на певний вік (шлюбний або вік у 15 чи 16 років) зробить непотрібним проведення відповідної судово-медичної експертизи, що дозволить усунути у цьому разі об'єктивне ставлення у вину<sup>238</sup>.

С.В. Чмут докладно обґрунтовує положення про те, що потерпілого від злочину, передбаченого ст. 155 КК, треба позначити як особу, яка не досягла шлюбного віку. Звертається увага, зокрема 2012 р. – № 21).

<sup>236</sup> Тричі у 2006, 2008 і 2011 рр. у Верховній Раді України реєструвалися законопроекти, в яких народними депутатами В.М. Олуйком і В.В. Шемчуком пропонувалося внести зміни у ст. 155 КК, а саме у назві та диспозиції частини першої цієї статті слова «яка не досягла статевої зрілості» пропонувалося замінити словами «яка не досягла шістнадцятирічного віку». Зазначені пропозиції, на жаль, були визнані недоцільними і відхилені, як такі, що не роблять кримінальний закон більш досконалим.

<sup>237</sup> Люблінський П.И. Преступления в области половых отношений. – М.-Л.: Изд-во Л.Д. Френкель, 1925. – С. 93-97; Яковлев Я.М. Половые преступления. – Душанбе: Ирфон, 1969. – С. 264-267.

<sup>238</sup> Воробей П.А. Кримінально-правове ставлення в вину: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – С. 62-64, 73. За те, щоб позначити у ст. 155 КК потерпілого від злочину як особу, яка не досягла 16-річного віку, висловлюється Л.О. Мостепанюк (Мостепанюк Л.О. До питання про охорону статевої недоторканості неповнолітніх // Актуальні проблеми кримінального права (пам'яті професора П.П. Михайленка): тези доп. II наук.-теор. конф. (м. Київ, 16 листопада 2011 р.) / ред. кол. В.В. Коваленко (голова), О.М. Джужа, Є.М. Бодол та ін. – К.: Нац. акад. внутр. справ, 2011. – С. 69-71).

ма, на те, що усвідомлення певного віку є значно простішим і, не потребуючи спеціальних знань, здійснюється на побутовому рівні за зовнішнім виглядом потерпілої особи. Доцільність заміни ознаки статевої зрілості віковою ознакою ґрунтується також на результатах судово-медичних досліджень, які свідчать, що статевая зрілість у підлітків настає до вісімнадцяти років; статеві зносини з цього віку не становлять небезпеки і не завдають шкоди формуванню здорової повноцінної людини. Досягнення зазначеного віку свідчить не тільки про статевозрілий стан, а й про набуття необхідних знань та певного життєвого досвіду. До того ж, віковий критерій використовується законодавством України як універсальний щодо настання юридичних фактів, з якими пов'язують виникнення, розвиток та припинення відповідних правовідносин. КК також у багатьох випадках здійснює «прив'язку» до вікових критеріїв потерпілої особи як до конструктивної ознаки основного складу злочину, так і до кваліфікуючої або особливо кваліфікуючої ознаки. С.В. Чмут не погоджується з тим, щоб вважати недосягнення чотирнадцятирічного віку потерпілою особою критерієм криміналізації добровільних статевих зносин. Адже якщо сприйняти такий підхід, вважає цей автор, поза кримінально-правовою охороною залишиться велика група неповнолітніх осіб у віці від 14 до 18 років, які з тих чи інших причин не стали статевозрілими. Фізіологічний процес статевого визрівання займає певний проміжок часу (3–6 років), й чотирнадцятирічні підлітки знаходяться в активній фазі статевого розвитку. Судово-медичні дослідження фізіологічних процесів статевого дозрівання осіб чоловічої статі вказують на те, що серед підлітків 16-річного віку у 30,4 % статевая залоза була ще недостатньо сформована, а формування вікових критеріїв фізичного розвитку і статевого визрівання не збігається у часі та неоднорідне за інтенсивністю. За обставин, коли одна третина підлітків у 16-річному віці не досягає статевої зрілості, навряд чи можна говорити, що вони здатні до статевих зносини та що ці зносини не створюють небезпеки для їх подальшого статевого фізичного та психічного розвитку. Науковець погоджується з А.В. Наумовим у тому, що лише з настанням повноліття особа набуває право на повноцінне статеве життя, що не порушує нормального фізіологічного, психічного і морального формування особи. На користь своєї пропозиції С.В. Чмут вказує і на те, що у ст. 3 Конвенції Ради Європи «Про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального розбещення» під дитиною розуміється будь-яка особа віком до вісімнадцяти років. На думку дослідника, досягнення шлюбного віку у

чоловіків та жінок характеризується завершенням статевого визрівання. З фізіологічної точки зору статеві зносини з цього віку не тільки не шкодять особі, а, навпаки, відкривають перед людиною нову сферу життєдіяльності, сприяють реалізації репродуктивної функції, створенню сім'ї, народженню та вихованню дітей<sup>239</sup>.

З одного боку, ідея використовувати для позначення потерпілого від злочину, передбаченого ст. 155 КК, поняття шлюбного віку видається привабливою, оскільки шлюбний вік, із досягненням якого особа здобуває статеву свободу, визначається сімейним законодавством України не довільно, а з урахуванням формування статевої зрілості, рівня психічного, інтелектуального та соціального розвитку людини. З іншого боку, цілком очевидно, що реалізація запропонованого С.В. Чмутом підходу потягне за собою значну криміналізацію сексуального життя сучасної молоді<sup>240</sup>. Цей крок навряд чи узгоджується з таким принципом криміналізації, як відносна поширеність діяння.

Повертаючись до аналізу чинної редакції ст. 155 КК, слід зазначити, що **статєва зрілість** є виключно біологічним поняттям, яке не стосується соціальних факторів, зокрема, підготовленості до виконання функцій материнства, здатності виховувати дитину і матеріальної спроможності утримувати її.

В історичному аспекті тут варто пригадати, що Правила амбулаторного судово-медичного акушерсько-гінекологічного дослідження 1934 р. досягнення статевої зрілості в осіб жіночої статі пов'язували не лише із здатністю до дітонародження і вигодовування дитини, а й з досягненням належного розумового розвитку, зокрема, щодо виховання дитини і з підготовленістю до самостійного існування. М.Д. Шаргородський і П.П. Осіпов писали з цього приводу, що вказані Правила, включивши у зміст статевої зрілості не тільки біологічні, а й соціальні ознаки, створили надзвичайно розпливчате

<sup>239</sup> Чмут С.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2010. – С. 83-89.

А.В. Дорош також вважає, що у ст. 155 КК України мова повинна йти про статеві зносини з особою, яка не досягла шлюбного віку (Дорош А.В. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості: проблеми вдосконалення законодавства України // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 336).

<sup>240</sup> За даними соціологічних досліджень, регулярним статевим життям живуть 13,6 % підлітків у віці 15-18 років, 30,9 % підлітків у віці 14-15 років і 9,7 % підлітків у віці 13 років (У декретній відпустці ... батько // Голос України. – 2 квітня 2004 р. – № 62).



поняття з дуже невизначеним змістом, а це призводило до суб'єктивізму при встановленні підстави кримінальної відповідальності і негативно позначалось на якості правосуддя<sup>241</sup>.

Статева зрілість на сьогодні – це такий фізіологічний стан організму людини, досягнення якого дозволяє їй належним чином і без шкідливих наслідків для здоров'я виконувати репродуктивну функцію. При встановленні статевої зрілості слід виходити з того, що її настання відбувається не в один день, а поступово, протягом кількох років. Досягненню статевої зрілості передують період статевого дозрівання, який зазвичай триває 3-5 років. Протягом так званого пубертатного періоду в організмі людини відбувається внутрішня перебудова, що завершується досягненням статевої зрілості.

Питання про досягнення статевої зрілості особою вирішується у кожному конкретному випадку на підставі висновку судово-медичної експертизи, яка за таких обставин є обов'язковою (п. 5 ч. 2 ст. 242 КПК 2012 р.).

Відповідно до п. 2.1 Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи у жінок статеві зрілість полягає у завершенні формування їх організму, коли статеве життя, запліднення, вагітність, пологи та годування дитини є нормальною функцією і не призводять до розладу здоров'я. При встановленні статевої зрілості особи жіночої статі в обов'язковому порядку враховується сукупність ознак розвитку її організму: 1) загальний фізичний розвиток; 2) розвиток зовнішніх і внутрішніх статевих органів; 3) здатність до статевих зносин; 4) здатність до запліднення; 5) здатність до виношування плоду; 6) здатність до розродження (пологів); 7) здатність до годування дитини.

Відповідно до п. 2.13 згаданих вище Правил статеві зрілість в осіб чоловічої статі характеризується станом загального фізичного розвитку та формуванням статевих залоз, при якому статеве життя є фізіологічно нормальною функцією, не викликає розладу здоров'я і не завдає шкоди подальшому розвитку організму. При визначенні статевої зрілості судово-медичною експертизою враховується сукупність таких ознак: 1) загальний розвиток організму; 2) розвиток зовнішніх і внутрішніх статевих органів; 3) здатність до статевих зносин та запліднення. Можливі такі результати судово-медичного обстеження: особа статевої зрілості не досягла і статеві акти здійснювати не може; особа статевої

зрілості не досягла, але статеві акти здійснювати може; особа досягла статевої зрілості повністю.

Як бачимо, правильне уявлення про суть статевих зносин та їх наслідки поняттям статевої зрілості не охоплюється. Тому сумнівними видаються міркування окремих вітчизняних авторів про залучення спеціальних психологічних знань у формі проведення відповідних експертиз для встановлення статевої зрілості особи<sup>242</sup>.

На ще одну проблему, пов'язану із встановленням статевої зрілості особи, звертає увагу Г.Б. Дерягін. Виявляється, що вітчизняні Правила, в основу яких покладені Правила судово-медичної акушерсько-гінекологічної експертизи, затверджені МОЗ СРСР у 1966 р., не враховують расових, етнічних, регіональних та еволюційних особливостей статевого дозрівання<sup>243</sup>. Водночас на строки статевого дозрівання впливають у т.ч. спадковість, расові і географічні фактори. Сказане слугує ще одним аргументом на користь відмови від вказівки у тексті КК на статево незрілу особу.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у вчиненні природного статевого акту з особою, яка не досягла статевої зрілості. Такий висновок випливає із системного тлумачення кримінального закону – зокрема, із використання у тексті ст. 152 КК тотожного терміну «статеві зносини» і необхідності розмежування складів злочинів, передбачених статтями 155 і 156 КК. Також береться до уваги та обставина, що процес статевого дозрівання не порушується при так званих неприродних формах сексуального спілкування. Тому важко погодитись з висловлюванням про те, що диспозиція ст. 155 КК «охоплює не тільки природні форми статевих зносин, а й гомосексуальні зв'язки»<sup>244</sup>.

У літературі висувається пропозиція внести такі зміни до ст. 155 КК, які б уможливили її інкримінування у випадках як природних, так і неприродних статевих зносинах з відповідною потерпілою особою<sup>245</sup>. Прагнення конкретизу-

<sup>242</sup> Нор В.Т., Костицкий М.В. Судебно-психологическая экспертиза в уголовном процессе. – К.: Головное изд-во издательского объединения «Вища школа», 1985. – С. 30-34; Костицкий М.В. Судебно-психологическая экспертиза: Монография. – Изд-во при Львовском государственном университете издательского объединения «Вища школа», 1987. – С. 91-92.

<sup>243</sup> Дерягин Г.Б. Криминальная сексология. Курс лекций для юридических факультетов. – М.: Московский ун-т МВД России. Изд-во «Шит-М», 2008. – С. 275.

<sup>244</sup> Кучанська Л.С. Поняття та система злочинів проти моральності у кримінальному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2007. – С. 133.

<sup>245</sup> Чмут С.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2010. – С. 60-61, 94-95, 97, 114, 186, 187; Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. –

<sup>241</sup> Курс советского уголовного права. Часть Особенная / Отв. ред. проф. Н.А. Беляев, проф. М.Д. Шаргородский. – Т. 3. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1973. – С. 650.

вати описання злочинного діяння і на законодавчому рівні внести ясність із розглядуваного питання, чітко розмежувавши склади злочинів, передбачених ст. 155 і ст. 156 КК, заслуговує на підтримку. Тим більше, що в кримінальному законодавстві країн – учасниць СНД, а також інших держав (Албанія, Данія, Польща, Словенія, Хорватія тощо) статеві зносини та інші дії сексуального характеру стосовно відповідного потерпілого утворюють один склад статевого злочину.

Водночас традиційна для нашого КК вказівка на «неприродність» статевих зносин виглядає анахронізмом у світлі здобутків сучасної сексології та сексопатології. Пропонуючи ті чи інші формулювання ознак статевих злочинів, варто уникати термінів, які є не лише розпливчастими, а й, так би мовити, морально застарілими. В цьому плані більш виваженим є формулювання, запропоноване Т.Д. Лисько, на думку якої у ст. 155 КК мова повинна йти про статеve проникнення чи інші дії сексуального характеру<sup>246</sup>.

Статеві зносини при вчиненні злочину, передбаченого ст. 155 КК, не поєднуються із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

*Краснопереконським районним судом К. було засуджено за ч. 3 ст. 117 КК 1960 р. за зґвалтування неповнолітньої С. Розглянувши справу в порядку нагляду, Кримський обласний суд зробив висновок про те, що факт застосування К. насильства під час статевого акту з С. не підтверджується зібраними доказами. Пояснення К. про те, що він вступив у статеві зносини з С. з її згоди, не спростовано. Після статевого акту К. і С. тривалий час їздили на автомобілі, обмінялись адресами, К. надовго залишав С. у машині, і вона мала можливість повідомити про зґвалтування. Таким чином, у справі не доведено, що К. зґвалтував С. Його дії слід було кваліфікувати за ст. 120 КК 1960 р. як статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості<sup>247</sup>.*

Мотивами згоди особи, яка не досягла статевої зрілості, на статеві зносини з нею є цікавість, бажання привернути до себе увагу партнера, намір задовольнити свою статеvu пристрасть, корисливі спонукання тощо.

Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 69, 81-82.

<sup>246</sup> Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за зґвалтування (порівняльно-правовий аналіз): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 78.

<sup>247</sup> Практика судів України в кримінальних справах // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1993. – № 4. – С. 148-149.

У літературі висловлено пропозицію безпосередньо у диспозиції ч. 1 ст. 155 КК закріпити добровільність статевих зносин із відповідною особою<sup>248</sup>. На перший погляд, такий підхід, який має на меті підкреслити ненасильницький характер досліджуваного злочину, видається цілком логічним і не може викликати заперечень. І все ж згадана пропозиція наводить на певні міркування.

За загальним правилом, склад злочину, описаного у ст. 155 КК, справді, передбачає згоду потерпілого на вчинення статевого акту з ним. Однак у тому разі, коли статевим зносинам з особою, яка не досягла статевої зрілості, передувало примушування жінки або чоловіка до вступу у статевий зв'язок (ст. 154 КК), статевий акт у плані відповідальності за ст. 155 КК носить вже недобровільний характер. У такому разі дії винного потребують кваліфікації за сукупністю вказаних злочинів. Отже, маємо справу із винятком із загального правила про добровільний характер статевих зносин із статево незрілою особою, і цей виняток запропоновані А.П. Брич і С.В. Чмута редакції ст. 155 КК не враховують.

Однак навряд чи це один такий виняток. Зокрема, постає питання про те, чи є підстави вести мову саме про добровільну згоду на статеві зносини, отриману від статево незрілої особи шляхом обману, при тому, що останній не є способом зґвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом. В юридичній літературі існує позиція, згідно з якою добровільність згоди означає вільне виявлення особи, відсутність будь-якого примусу або обману при отриманні згоди<sup>249</sup>.

На сьогодні під ознаки статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, підпадають статеві зносини з відповідною особою, якщо відсутні ознаки зґвалтування. Але ж відсутність у вчиненому ознак зґвалтування ще не означає, що статеві зносини носили добровільний характер.

Тут доречно нагадати, що добровільність статевих зносин не визнавалася відмітною ознакою

<sup>248</sup> Брич А.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 69, 82; Чмута С.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2010. – С. 104, с. 187.

<sup>249</sup> Баулін Ю.В. Причинення вреда с согласия «потерпевшего» как обстоятельство, исключающее преступность деяния. – Х.: Изд-во «Кроссруд», 2007. – С. 38-39.

У відгуку В.М. Куца як офіційного опонента на кандидатську дисертацію С.В. Чмута «Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості» зазначається, що згода статево незрілої особи на статеві зносини, досягнута шляхом обману, лише зовні здається добровільною. При більш глибокому аналізі з'ясовується, що воля статево незрілої особи у такому випадку, будучи сфальсифікованою обманом, не є добровільною.

складу злочину «статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості» (ст. 119 КК РРФСР 1960 р.), оскільки у цьому разі не виключалась наявність примушування. Як відповідні приклади наводились ситуації, коли статевим зносинам із статево незрілою особою передували погрози позбавити матеріальної допомоги, пошкодити одяг або розголосити відомості, які ганьблять особу. Вважалося, що ст. 119 КК РРФСР 1960 р. передбачала відсутність не будь-якого примушування, а лише такого, яке є характерним для зґвалтування<sup>250</sup>. Інакше кажучи, йшлося про те, що згода на статеві зносини могла бути не добровільною, а вимушеною, але при цьому отриманою не у спосіб, вказаний у кримінально-правовій нормі про зґвалтування.

Таким чином, існує небезпека того, що закріплення у ст. 155 КК добровільного характеру статевих зносин потягне за собою невідправдане звуження сфери застосування цієї кримінально-правової заборони.

З урахуванням викладеного вище, злочинне діяння у ст. 155 КК у плані вдосконалення законодавства може бути позначене як вчинення статевих актів або іншої дії сексуального характеру (варіант – іншого акту статевого проникнення) з особою, якій завідомо не виповнилось 16 років<sup>251</sup>, за відсутності ознак злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 153 КК.

За допомогою подібної відсильної вказівки сформульована норма про відповідальність за вступ у статеві зносини з особою, яка не досягла 14-річного віку, у КК Болгарії. Такі дії кваліфікуються за ст. 151 цього Кодексу, якщо вчинене не утворює злочину, передбаченого ст. 152 КК, тобто зґвалтування.

Якщо потерпіла особа з тих чи інших причин (малолітній вік, розумова відстаість, неприйнятний стан тощо) не розуміла характер і значення вчинюваних з нею дій, статеві зносини слід розцінювати як зґвалтування малолітньої або неповнолітньої особи з використанням її безпорадного стану. Якщо особа, яка не досягла статевої зрілості, була спочатку зґвалтована, а потім погодилась на вступ у статеві зносини, дії винного треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 152 і 155 КК. Разом з тим

у випадку зґвалтування малолітньої особи, яка не досягла статевої зрілості, такі дії охоплюються ч. 4 ст. 152 КК і додатковою кваліфікацією за ст. 155 КК не потребують.

*У зв'язку з цим помилковим слід визнати рішення Красилівського районного суду Хмельницької області, який не лише за ч. 4 ст. 152 КК, а й за ч. 2 ст. 155 КК кваліфікував дії Ч. Останній був визнаний винним у тому, що протягом тривалого часу із застосуванням фізичного насильства і погроз його застосуванням вступав у статеві зносини зі своєю малолітньою дочкою, якій на момент вчинення насильницьких дій виповнилось лише 11 років<sup>252</sup>.*

Злочин, передбачений ст. 155 КК, вважається закінченим з початку вчинення статевого акту. На кваліфікацію за ст. 155 КК не впливає, були статеві зносини одноразовими або, наприклад, набули форми так званого фактичного шлюбу. Остання обставина, не впливаючи на наявність складу злочину, водночас може братись до уваги при визначенні заходів кримінально-правового впливу щодо винного.

При вчиненні злочину, передбаченого ст. 155 КК, не виключається можливість замаху (наприклад, суб'єкту не вдалося вчинити статевий акт через фізіологічні чинники).

Оскільки чинна редакція ст. 155 КК передбачає відповідальність як за одиничний статевий акт, так і за повторні, систематичні, такі, що тривають певний проміжок часу, статеві зносини, визнавати повторність обставиною, що обтяжує покарання (п. 1 ч. 1 ст. 67 КК), у цьому разі безпідставно. Водночас кількість статевих актів із статево незрілою особою, час, протягом якого мали місце відповідні зносини, все ж повинні впливати на обрання винному конкретної міри покарання – в порядку застосування судом п. 3 ч. 1 ст. 65 КК, згідно з яким покарання призначається зокрема з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину.

**Суб'єкт** злочину – особа чоловічої або жіночої статі, якій виповнилось 16 років, у т.ч. особа, яка сама не досягла статевої зрілості. Оскільки у ст. 155 КК йдеться про природний гетеросексуальний акт, статі винного завжди протилежна статі потерпілої особи.

Логічним видається законодавче підвищення віку за розглядуваний злочин до 18 років. Адже, як слушно зазначається в літературі, для особи, якій виповнилось 16 років, очевидно є антисоціальна спрямованість насильницьких дій сексуального характеру, але від неї важко вимагати, щоб вона виступала як контролер сексуальної поведінки іншого неповнолітнього. Усвідомлювати суспільну небезпеку злочину про-

<sup>250</sup> Курс советского уголовного права. Часть Особенная / Отв. ред. проф. Н.А. Беляев, проф. М.Д. Шаргородский. – Т. 3. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1973. – С. 651; Уголовное право. Особенная часть: Учебник. В 2 ч. Ч. 1 / Под ред. Н.А. Беляева, Д.П. Водяникова, В.В. Орехова. – СПб.: Изд-во С.-Петербургского ун-та, 1995. – С. 134.

<sup>251</sup> За те, щоб вказати у ст. 155 КК України на певні дії з особою, яка не досягла 16-річного віку, висловлюється і О.М. Джужа (Джужа О.М. Запобігання злочинам, що пов'язані із сексуальним насильством: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – С. 64, с. 91).

<sup>252</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 22.



ти неповнолітнього може лише дорослий. Крім цього, якщо під кримінально-правовою охороною перебуває не лише статевая недоторканість, а й нормальний (у т.ч. статевий) розвиток всіх учасників статевих зносин, то кожного з них треба визнавати потерпілим. Звідси випливає, що суб'єктом аналізованого злочину може бути лише повнолітня особа<sup>253</sup>.

Особливістю **суб'єктивної сторони** злочину є те, що психічне ставлення до стану статевої зрілості потерпілої особи може бути не лише умисним, а й необережним. Знову, як і у випадку із психічним ставленням до неповнолітнього і малолітнього віку особи, потерпілої від зґвалтування, згадування про умисел і необережність не «вписується» у законодавчі визначення цих форм вини (ст. ст. 24, 25 КК) і є хіба що прагматичним кроком. Правильніше вести мову про неоднорідність психічного ставлення особи до такої об'єктивної ознаки складу розглядуваного злочину, як статево незрілий стан потерпілої особи<sup>254</sup>.

Згідно з п. 16 постанови Пленуму статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, утворюють склад злочину, передбаченого ст. 155 КК, як тоді, коли винний усвідомлював (достовірно знав або припускав), що потерпілий чи потерпіла не досягли статевої зрілості, так і у тому разі, коли він міг і повинен був це усвідомлювати. Це питання вирішується у кожному конкретному випадку з урахуванням обізнаності винного про вік потерпілої особи, її зовнішнього вигляду і поведінки, інших факторів. Сумлінна помилка щодо досягнення статевої зрілості особою, з якою здійснювались статеві зносини, відповідальність за ст. 155 КК виключає. Наприклад, це може мати місце у випадку того чи іншого порушення статевого дозрівання, обумовленого патологією ендокринної системи або генетичними аномаліями.

*Скасовуючи у зв'язку з відсутністю складу злочину судові рішення, на підставі яких Н. був засуджений за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (ч. 1 ст. 119 КК РРФСР), Пленум Верховного Суду СРСР встановив, що засуджений сумлінно помилявся стосовно досягнення С. статевої зрілості. Як вбачається з*

*матеріалів справи, С. була добре фізично розвинутою дівчиною, яка під час спілкування поводи-ла себе безсоромно і переконувала Н. у тому, що є повнолітньою<sup>255</sup>.*

У літературі висувається пропозиція викласти диспозицію ч. 1 ст. 155 КК у такій редакції: «Статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, про що було відомо винній особі»<sup>256</sup>. Оскільки статево незрілий стан потерпілої особи встановлюється експертним шляхом на підставі складних вимірювань і підрахунків, більш перспективним шляхом вдосконалення кримінального закону у цьому разі вважаємо використання відповідного вікового критерію, про що вже йшла мова.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 155 КК) визнається вчинення його: 1) батьком, матір'ю, вітчимою, мачухою, опікуном чи піклувальником, особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього; 2) заподіяння безплідності чи інших тяжких наслідків.

Порядок визначення походження дитини від **батьків** залежно від того, перебувають вони у шлюбі або ні, внесення відповідних записів до документів про народження дитини, а також порядок оспорювання батьківства і материнства встановлено главою 12 СК. Цей кодекс також містить правила визначення походження дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій. У певних випадках батьківство або материнство може бути визнане за рішенням суду. До батьків належать і усиновителі, оскільки відповідно до закону вони у відношенні до усиновлених прирівнюються в особистих та майнових правах та обов'язках до родичів за походженням (ст. 232 СК).

Кровне походження пасинків і падчерок від вітчимів і мачух відсутнє. **Вітчимою** вважається нерідний батько – чоловік рідної матері дитини, з якою вони проживають однією сім'єю. **Мачухою** є нерідна мати – дружина рідного батька дитини, з якою вони проживають однією сім'єю. Якщо шлюб з батьком (матір'ю) дитини припинено внаслідок смерті, вдова (вдівець), який залишається спільно проживати з дитиною, буде і надалі для останньої мачухою (вітчимою). У випадку розірвання шлюбу з батьком (матір'ю) дитини колишня дружина (колишній чоловік) вже не може вважатись мачухою (вітчимою) для дитини, навіть якщо вона (він) продовжує проживати з нею спільно.

<sup>255</sup> Бюлетень Верховного Суду СРСР. – 1990. – № 6. – С. 7.

<sup>256</sup> Кримінальний кодекс України: дискусійні питання окремих положень Особливої частини: Моногр. / О.Ф. Бантишев, Р.А. Чорний, О.В. Шамара. – К.: Наук.-вид. відділ НАСБ України. – 2011. – С. 21.

<sup>253</sup> Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. II: Преступления против личности. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 564; Энциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – С. 471.

<sup>254</sup> Див., зокрема: Гримайло В. Неоднорідне психічне ставлення особи до обставин вчиненого нею злочину: загальна постановка проблеми // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 5. – С. 137-141

Відповідно до глави 19 СК опіка і піклування встановлюються над дітьми, які залишились без батьківського піклування (батьки померли, визнані у судовому порядку безвісно відсутніми, померлими, недієздатними або обмежено дієздатними, позбавлені батьківських прав, відбувають покарання у місцях позбавлення волі, тривалий час хворіють тощо), і має на меті забезпечення виховання таких дітей, а також захист їх особистих немайнових і майнових прав та інтересів. Різниця між поняттями опіки і піклування, яка не має значення з точки зору виховання підопічних дітей, зумовлена неоднаковим обсягом визначеної ЦК дієздатності осіб у віці до 14 років (малолітніх) і від 14 до 18 років (неповнолітніх). **Опікун** – це призначена органом опіки та піклування за її згодою повнолітня дієздатна особа, яка здійснює опіку над дитиною, котрій не виповнилось 14 років, а **піклувальник** – це зазначена особа, яка здійснює піклування над дитиною у віці від 14 до 18 років. Якщо позбавлена батьківського піклування дитина, яка не має опікуна чи піклувальника, постійно проживає у дитячому закладі або закладі охорони здоров'я, то відповідно до ст. 245 СК функції опікуна чи піклувальника щодо неї покладаються на адміністрацію закладів і виконуються їх керівниками (директор, завідувач, головний лікар та ін.).

З погляду застосування ч. 2 ст. 155 КК до опікунів і піклувальників не можуть бути віднесені ті, хто відповідно до ЦК здійснює опіку і піклування над визнаними недієздатними або обмежено дієздатними повнолітніми особами, оскільки останні не визнаються потерпілими від розгляданого злочину.

До **осіб, на які покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього**, слід відносити: патронатного вихователя (згідно з главою 20 СК – це особа, яка на підставі договору про патронат взяла у свою сім'ю дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування); прийомних батьків і батьків-вихователів дитячого будинку сімейного типу (відповідно до глав 20-1 і 20-2 СК – це подружжя або окрема особа, яка не перебуває у шлюбі, які взяли для спільного проживання та виховання, відповідно, від одного до чотирьох та не менш як п'ять дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування); фактичного вихователя (особа, яка взяла у свою сім'ю дитину, яка є сиротою або з інших причин позбавлена батьківського піклування, і яка згідно зі ст. 261 СК зобов'язана виховувати таку дитину і піклуватись про неї так само, як опікун чи піклувальник); особу, яка на правових підставах здійснює виховання малолітньої дитини або нагляд за нею на підставі

договору (няня, гувернантка, домашній вчитель тощо); відповідних працівників закладів охорони здоров'я, навчальних, позашкільних навчальних та інших закладів, зобов'язаних наглядати за дітьми і піклуватись про них (лікарні, будинки дитини, школи, дитячі садочки, оздоровчі табори, дитячі будинки, дитячі будинки-інтернати, школи-інтернати, притулки для дітей служби у справах дітей тощо).

У певних випадках обов'язок утримувати своїх малолітніх і неповнолітніх онуків закон покладає на діда і бабу, а обов'язок утримувати малолітніх і неповнолітніх братів і сестер – на повнолітніх братів і сестер (глава 21 СК). Не дивлячись на це, дід, баба, повнолітні брати і сестри не можуть бути визнані особами, на які покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього, як цього вимагає ч. 2 ст. 155 КК, оскільки СК не покладає на вказаних осіб (на відміну, зокрема, від батьків) такі особисті немайнові і відмінні від майнових (утримання) обов'язки, як обов'язки виховувати дитину, піклуватись про її здоров'я, фізичний, духовний і моральний розвиток, навчання.

Добровільні статеві зносини батьків, опікунів та інших осіб, вказаних у ч. 2 ст. 155, із неповнолітніми, які досягли статевої зрілості, кримінальну відповідальність за ст. 155 КК не тягнуть. З огляду на те, що зазначені дії підривають моральні засади сім'ї і негативно впливають на виховання неповнолітніх, в юридичній літературі ставиться питання про їх криміналізацію<sup>257</sup>.

Одним із варіантів вирішення цієї проблеми може стати запровадження кримінальної відповідальності за кровозмішення<sup>258</sup>. У проекті КК України, підготовленому за завданням Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку і законності авторським колективом на чолі з В.М. Смітєнком і внесеному народним депутатом О.Б. Матковським на розгляд Верховної Ради України, окремим злочином проти здоров'я населення пропонувалось визнавати кровозмішення, яке визначалось як вступ до юридичного або фактичного шлюбу, статевий зв'язок із близьким родичем (ст. 140 проекту).

Кримінальне законодавство більшості країн

<sup>257</sup> Мачужак Я.В. Відповідальність за статеві злочини та інші сексуальні зловживання щодо малолітніх і неповнолітніх // Вісник Верховного Суду України. – 1997. – № 3. – С. 59.

<sup>258</sup> Лисько Т. Кримінальна відповідальність за кровозмішення і двошлюбність: досвід зарубіжних країн // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 2. – С. 133-135.

Будучи переконаним прибічником криміналізації кровозмішення, П.І. Люблінський небезпеку цього діяння як злочину перед нащадками вбачав не стільки у порушенні статевої моралі, скільки у створенні небезпеки виродження населення (Люблінский П.И. Преступления в области половых отношений. – М.-Л.: Изд-во А.Д. Френкель, 1925. – С. 227-234).

світу передбачає відповідальність за інцест, відносячи його до злочинів проти шлюбу та сім'ї, проти моралі або до статевих злочинів. Щоправда, існують і країни (зокрема, учасниці СНД (крім Молдови), Індія, Латвія, Португалія, Франція, Японія), в яких інцест злочином не визнається.

**Безплідність** – це нездатність особи жіночої або чоловічої статі до запліднення, а в особи жіночої статі – це також нездатність до виношування плоду та розродження (пологів). Безплідність може бути зумовлена механічними пошкодженнями статевих органів дівчинки або хлопчика, перенесеними інфекційними хворобами, в т.ч. венеричними інфекціями або трихомоніазом. Наприклад, до механічних пошкоджень жіночих статевих органів, що приводять до безплідності, відносять пошкодження пристінки піхви, піхви, шийки матки, стінок матки тощо. Безплідність у чоловіків може настати у результаті пошкодження отвору сечовивідного каналу, печеристих тіл статевого члена, передміхурової залози, сім'яних міхурців, яєчок тощо. Причиною безплідності може бути перенесена як жінками, так і чоловіками нервово-психологічна травма, яка спричиняється передчасними зносинами<sup>259</sup>.

Некоректність законодавчого закріплення безплідності як кваліфікуючої ознаки статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, полягає у тому, що безплідність особи як така може бути встановлена судово-медичною експертизою лише щодо того, хто досягнув статевої зрілості. Крім цього, статеві розлади у потерпілих від злочину, передбаченого ст. 155 КК, як правило, не носять незворотного характеру і не впливають на подальше формування дітородних органів дівчат та хлопців. Інакше кажучи, вказівка у ч. 2 ст. 155 КК на безплідність, за загальним правилом, суперечить процесуальній здійсненності кримінального переслідування як одному з принципів криміналізації. Не виключені, щоправда, випадки, коли в результаті статевих зносин малолітній дівчинці або хлопцю необхідно зробити хірургічну операцію на статевих органах, яка є життєво необхідною за клінічними показниками, що унеможливує здійснення у майбутньому репродуктивної функції. У такій ситуації наявність зазначеної кваліфікуючої ознаки сумнівів не викликає.

Слід враховувати і те, що безплідність за ознакою втрати репродуктивної функції охоплюється поняттям тяжких тілесних ушкоджень.

**До інших тяжких наслідків** як кваліфікуючої ознаки статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, потрібно відносити, зокрема,

<sup>259</sup> Чмут С.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2010. – С. 157-158.

смерть або самогубство потерпілої особи, тяжке тілесне ушкодження (у частині, що не охоплюється згаданою у ч. 2 ст. 155 КК безплідністю), зараження вірусом імунодефіциту людини або іншою невиліковною інфекційною хворобою, вагітність.

Спричинення в результаті статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, вагітності має розглядатися як самостійна кваліфікуюча обставина. Адже набуття вагітності у малолітньому або неповнолітньому віці вкрай негативно позначається на фізичному й психологічному розвитку дівчини-матері, а здійснення переривання вагітності у цьому віці втричі частіше, ніж у дорослих жінок, призводить до втрати репродуктивної функції малолітньої-потерпілої назавжди<sup>260</sup>.

**Розбещення неповнолітніх** (ст. 156 КК). Безпосередній **об'єкт** цього злочину – статева недоторканість особи, нормальний розвиток неповнолітніх.

Ст. 156, як і ст. 155 чинного КК, відображає вирішення на законодавчому рівні проблему педофілії – статевого відхилення, яке проявляється у прагненні вчинювати дії сексуального характеру з дітьми. Як відзначають зарубіжні дослідники, педофілія, будучи порушенням сексуальної орієнтації, може виражатись у різноманітних формах – від звичайних фантазій до жорстоких вбивств, від обнімань до пестоців, мастурбації, анального або геніального контакту. Педофілія може виправдовувати свої дії їх «освітньою» суттю, сексуальним задоволенням, що отримує дитина, або ж сексуальною провокацією з боку дитини. Наголошується також на притаманній педофілії тривалості сексуальних фантазій або фактичних посягань на дітей<sup>261</sup>. Водночас варто враховувати, що передбачене ст. 156 КК розбещення неповнолітніх може й не мати на меті сексуальне задоволення винного.

Ст. 16 Конвенції ООН про права дитини 1989 р. закріплює положення про те, що жодна дитина не може бути об'єктом свавільного або незаконного втручання у здійснення її права на особисте

<sup>260</sup> Чмут С.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2010. – С. 159-160.

<sup>261</sup> Исследование природы педофилии // Борьба с преступностью за рубежом. – 1998. – № 1. – С. 25-27; Сексуальное принуждение детей. Молодежь, совершающая сексуальные преступления. Обзор исследований. – С. 10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sartracc.ru/Pub/sexcrim.pdf>

Про проблему застосування так званої хімічної кастрації для тих, хто вчинив сексуальні посягання на дітей, див., зокрема: Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: наук.-практ. посібник. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 255-258; Цымбал Е., Дьяченко А. Повышение эффективности уголовно-правовой защиты детей от сексуальных посягательств // Уголовное право. – 2012. – № 1. – С. 117-120.



життя. У поняття особистого життя включаються, зокрема, емоційні, любовні і сексуально-еротичні переживання й уподобання дитини, а також її право на отримання адекватної інформації, без якої вона не зможе самостійно розпоряджатись цією складною сферою свого життя<sup>262</sup>. Очевидно, що сексуальне просвітництво не повинне мати нічого спільного з інтелектуальним розбещенням, караним наразі за ст. 156 КК. При цьому питання про запровадження у наших школах окремого предмета, в межах якого дітям розповідалось б про стосунки між статями і про те, яким чином уникнути небажаної вагітності, залишається відкритим серед освітянського середовища, яке поки що не вирішило, чого більше – навчання або розбещення – буде у випадку запровадження такого предмета<sup>263</sup>.

**Потерпілим** від злочину, передбаченого ст. 156 КК, виступає особа, яка не досягла 16-річного віку. На кваліфікацію за ст. 156 не впливає те, чи досягла потерпіла особа статевої зрілості, хто був ініціатором вчинення розпусних дій, а також характеристика потерпілої особи (попереднє ведення статевого життя, наявність сексуального досвіду тощо).

Важко погодитись із пропозицією визнати потерпілим від злочину, передбаченого ст. 156 КК, особу, яка не досягла 18-річного (а не 16-річного, як тепер) віку<sup>264</sup>. Запропоноване розширення сфери застосування досліджуваної кримінально-правової заборони, яка охоплює в т.ч. вербальні, візуальні та інші безконтактні дії, явно не узгоджується з таким принципом криміналізації, як відносна поширеність діяння.

Вчинення розпусних дій фізичного характеру щодо особи, яка досягла 16-річного віку, може розглядатись як хуліганство, що відзначається винятковим цинізмом (ст. 296 КК) – у випадку, коли ці дії поєднуються з грубим порушенням громадського порядку і викликані прагненням продемонструвати явну неповагу до суспільства. Очевидно, що така кримінально-правова оцінка є вимушеною та обумовлена відсутністю у чинному КК норм про відповідальність за ненасильницькі посягання на статеву свободу (статеву недоторканість) дорослої особи<sup>265</sup>.

<sup>262</sup> *Энциклопедия уголовного права*. Т. 15. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – С. 401.

<sup>263</sup> Коваль Л. Коли розлучаються двоє // *Урядовий кур'єр*. – 13 липня 2011 р. – № 125. – С. 25.

<sup>264</sup> Світличний О.О. Кримінальна відповідальність за розбещення неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2012. – С. 5, с. 9, с. 15.

<sup>265</sup> Певним прикладом для наслідування у цьому разі може слугувати ст. 181 КК Іспанії, яка відносить до сексуальних

З **об'єктивної сторони** злочин, передбачений ст. 156 КК, виражається у вчиненні різноманітних розпусних дій сексуального характеру, здатних викликати фізичне і моральне розбещення неповнолітніх потерпілих. Розпусні дії можуть бути як фізичними, так і інтелектуальними.

**Фізичне розбещення** – це, зокрема, оголення статевих органів винної або потерпілої особи, мацання їх, інші непристойні дотики, які викликають статево збудження, навчання онанізму, вчинення у присутності потерпілого природного статевого акту, акту онанізму, мужолозтва або іншого задоволення статевої пристрасті неприродним способом. Фізичні розпусні дії полягають у будь-яких сексуальних маніпуляціях з тілом й особливо статевими органами потерпілої особи, винного або третьої особи.

До фізичних розпусних дій може бути віднесено два різновиди сексуальних контактних дій: 1) сурогатні (імітаційні) форми статевого акту, що призводять до задоволення статевої пристрасті винного та (або) збуджують статевий інстинкт у неповнолітньої особи; 2) сексуальні дії, не пов'язані з імітацією статевого акту, що призводять до задоволення статевої пристрасті винного та (або) збуджують статевий інстинкт у неповнолітньої особи<sup>266</sup>.

В юридичній літературі висловлена думка про те, що розпусними діями, відповідальність за вчинення яких передбачена ст. 156 КК, не є неприродні статеві зносини з особою, яка не досягла 16-ти років і що злочинець у цьому разі не вступає в аногенітальний або орогенітальний контакт з потерпілою особою<sup>267</sup>.

Видається однак, що диспозицією ст. 156 КК задоволення статевої пристрасті винного неприродним способом (наприклад, орально-генітальний або анально-генітальний контакт з потерпілою особою) охоплюється – якщо при цьому щодо особи, яка не досягла 16-річного віку, не застосовується фізичне насильство, погроза його застосуванням та не використовується безпорадний стан потерпілої особи. Зокрема, про

зловживань, зокрема, дії, що посягають на статеву свободу іншої особи, вчинювані без застосування насильства і без отримання згоди з боку потерпілого.

<sup>266</sup> Світличний О.О. Кримінальна відповідальність за розбещення неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2012. – С. 5.

<sup>267</sup> Борисов В.І., Дорош А.В. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (коментар до законодавства) // *Форум права*. – 2006. – №1. – С. 15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FT/2006-1/06bvisno.pdf>; Витвицкая С.С. Криминологические проблемы предупреждения преступных посягательств на нравственное и физическое развитие несовершеннолетних: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 45; Світличний О.О. Кримінальна відповідальність за розбещення неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2012. – С. 11.

те, що фізичне розбещення може набувати вигляду вчинення актів мужолозтва з потерпілими особами, пише С.С. Косенко, яка констатує розповсюдженість розпусних дій, вчиненню яких передують пригощання потерпілих осіб солодощами, катання їх на транспортних засобах, обіцянки дати гроші чи показати певні речі або тварин тощо<sup>268</sup>.

О.О. Світличний, заперечуючи правильність думки про те, що карані за ст. 156 КК фізичні дії можуть полягати у задоволенні статевої пристрасті винного неприродним (оральним або анальним) способом, на підтвердження своєї позиції: здійснює порівняльний аналіз санкцій ст. 120 і ст. 121 КК 1960 р., ст. 155 і ст. 156 чинного КК України; звертається до відповідних норм у кримінальних кодексах РФ і Республіки Білорусь; вказує на відсутність у ч. 2 ст. 156 КК такої кваліфікуючої ознаки, як «інші тяжкі наслідки», що унеможливає належну кримінально-правову оцінку випадкам зараження потерпілої особи внаслідок вчинення з нею добровільного анального або орального статевих акту вірусом невиліковної інфекційної хвороби<sup>269</sup>.

Наведені аргументи є цікавими і слушними, однак, як видається, лише в аспекті вдосконалення кримінального законодавства, а не кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 156 КК. До того ж, якщо визнати, що задоволення статевої пристрасті винного неприродним способом шляхом орогенітального чи аногенітального контакту з потерпілою особою, вчинене за відсутності ознак злочину, передбаченого ст. 153 КК, не охоплюється диспозицією ст. 156 КК, то такі дії взагалі не зможуть розцінюватись як статевий злочин. Погодитись з цим важко.

Природні статеві зносини з особою, якій не виповнилося 16 років і яка не досягла статевої зрілості, за її згодою не визнаються фізичним розбещенням неповнолітніх у плані відповідальності за ст. 156 і кваліфікуються за ст. 155 КК. За наявності підстав згвалтування, вчинене у присутності відповідних потерпілих, може утворювати ідеальну сукупність злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 156 КК.

*За ч. 1 ст. 156 КК засудив Кіровський міський суд Луганської області чоловіка, який, проживаючи спільно з онучкою своєї співмешканки – дівчинкою віком 9 років, кілька разів роздягав її і терся своїм статевим членом об її статеві ор-*

*гани*<sup>270</sup>.

Із вироку вбачається, що суд не визнав за потрібне з'ясувати питання, чи не перебувала 9-річна потерпіла у безпорадному стані, зумовленому її малолітнім віком. З такою позицією суду погодитись важко, адже встановлення психічної безпорадності потерпілої зобов'язувало б його кваліфікувати дії засудженого не за ст. 156, а за 153 КК.

*Повертаючись на додаткове розслідування кримінальну справу по обвинуваченню особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 156 КК, Козятинський міськрайонний суд Вінницької області у своїй постанові докладно аргументував висновок про незаконність рішення слідчого відмовити у порушенні кримінальної справи щодо цієї особи за ч. 4 ст. 152 КК. Вказавши, що малолітня потерпіла вступала з обвинуваченим у статеві зносини без будь-якого фізичного і психологічного тиску, слідчий не врахував того, що відповідно до ст. 152 КК згвалтування може бути вчинене із використанням безпорадного стану потерпілої особи, що може зумовлюватись малолітнім віком останньої. До того ж, у постанові слідчого про притягнення особи як обвинуваченого за ч. 2 ст. 156 КК зазначається, що дії, спрямовані на розбещення малолітньої, особа вчиняла із застосуванням фізичної сили та психологічного тиску, що виражався у погрозах фізичної розправи. Не зрозуміло, вказує суд, на підставі чого слідчий зробив висновок про те, що фізичну силу і психологічний тиск підсудний застосовував щодо малолітньої особи виключно з метою її розбещення, а не для вчинення з нею статевих актів. Проігнорував слідчий і ту обставину, що малолітня потерпіла від дій обвинуваченого завагітніла і невдовзі має народити дитину*<sup>271</sup>.

**Інтелектуальне розбещення** може полягати, наприклад, у цинічних розмовах з потерпілим на сексуальні теми, розповіді відвертих, натуралістичних сексуальних історій, фотографуванні потерпілих в різних сексуальних позах, схиленні або примушуванні потерпілих (у т.ч. з використанням мережі Інтернет) до вчинення сексуальних дій між собою або щодо винного, демонстрації порнографічних предметів.

Психічні (інтелектуальні) розпусні дії при всьому розмаїтті форм проявів можуть бути згруповані за характером сексуального впливу на потерпілу особу у такі різновиди: 1) вербальні – відверто цинічні розмови, анекдоти, поради тощо; 2) візуальні – демонстрація порнографічної книжкової, кіно-,

<sup>268</sup> Косенко С.С. Віктимологічна профілактика статевих злочинів щодо неповнолітніх: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 38-39.

<sup>269</sup> Світличний О.О. Суспільно небезпечне діяння при розбещенні неповнолітніх: спірні аспекти // Право і суспільство. – 2010. – № 6. – С. 207-211.

<sup>270</sup> Архів Кіровського міського суду Луганської області. Справа № 1-33 за 2009 р.

<sup>271</sup> Архів Козятинського міськрайонного суду Вінницької області. Справа № 1-400 за 2006 р.

фото-, відео-продукції; 3) аудіальні – прослуховування музичних носіїв натуралістичних сексуальних історій, пісень тощо<sup>272</sup>.

Розпусні дії з потерпілою особою, яка не досягла 16-річного віку, вчинені безпосередньо перед її зґвалтуванням, насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом або статевими зносинами з особою, яка не досягла статевої зрілості, повністю охоплюються відповідними частинами статей 152, 153, 155 і додаткової кваліфікації за ст. 156 КК не потребують (п. 18 постанови Пленуму). Відсутність додаткової кваліфікації за ст. 156 КК пояснюється тим, що у подібних випадках розбещення неповнолітніх з урахуванням спрямованості умислу винного розглядається лише як етап у вчиненні інших статевого злочинів.

*Виправдовуючи суб'єкта за ч. 2 ст. 156 КК за відсутністю в його діях складу злочину і засуджуючи його, зокрема, за ч. 1 ст. 155 КК, Гадяцький районний суд Полтавської області зазначив у вирокі, що засуджений оголяв свій статевий орган, непристойно доторкався до статевого органу, грудей і сідниць малолітньої потерпілої під час вчинення з нею статевих актів, а тому вказані розпусні дії охоплюються ч. 1 ст. 155 КК<sup>273</sup>.*

Наявність розриву у часі між розпусними діями і вчиненням стосовно однієї і тієї ж потерпілої особи іншого статевого злочину, що виключає переростання одного злочинного діяння в інше, означає, що вчинене потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів.

Якщо винний, маючи намір зґвалтувати неповнолітню особу, здійснив щодо неї розпусні дії, а закінчене зґвалтування не вчинив з причин, не залежних від його волі, скоєне потрібно кваліфікувати не за ст. 156 КК, а як готування до зґвалтування або як замах на нього.

У разі, коли розбещення неповнолітнього передувало зґвалтуванню, від доведення до кінця якого особа добровільно відмовилась, її дії, за наявності підстав, слід кваліфікувати за ст. 156 КК.

*Д. заманив до підвального приміщення житлового будинку малолітню Б. 2000 року народження, де, скориставшись її безпорадним станом, намагався задовольнити з нею статеву пристрасть неприродним способом. Злочин не було доведено до кінця з причин, які не залежали від волі Д., – через те, що його діям поклали край мешканці будинку. Тростянецький районний суд Сумської області правильно визнав дії Д. замахом на на-*

<sup>272</sup> Світличний О.О. Кримінальна відповідальність за розбещення неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2012. – С. 9.

<sup>273</sup> Архів Гадяцького районного суду Полтавської області. Справа № 1-4 за 2010 р.

*сильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, однак кваліфікація дій винного це й за ст. 156 КК була зайвою<sup>274</sup>.*

Злочин, передбачений ст. 156 КК, вважається закінченим з моменту вчинення розпусних дій. Згода потерпілого на вчинення щодо нього таких дій, а так само їх результативність на кваліфікацію за ст. 156 КК не впливають.

Розпусні дії щодо особи, яка не досягла 16-річного віку, можуть здійснюватись як за згодою такої особи, так і з застосуванням до неї фізичного насильства. Згідно з п. 17 постанови Пленуму якщо розпусним діям передували або вони супроводжувалися нанесенням побоїв чи мордуванням, тілесними ушкодженнями або погрозою вбивством, вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 156, 125, 126, 121, 122 чи 129 КК.

За наявності підстав дії, що становлять собою інтелектуальне розбещення, потребують додаткової кваліфікації за ст. 301 КК, яка передбачає відповідальність, зокрема, за виготовлення, зберігання порнографічних предметів, їх розповсюдження серед неповнолітніх, примушування неповнолітніх до участі у створенні творів, зображень або кіно- та відеопродукції, комп'ютерних програм порнографічного характеру.

*За сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 156 і ч. 2 ст. 301 КК засудив Кіровоградський районний суд м. Кіровограда суб'єкта, який у період з червня 2002 р. до травня 2004 р. вчинив розпусні дії щодо двох малолітніх і двох неповнолітніх осіб, а також виготовляв і збував вказаним особам порнографічні предмети. Правильність кваліфікації дій засудженого своєю ухвалою від 19 квітня 2007 р. підтвердила колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ.*

Злочинці демонструють дитині порнографію («дорослу» або дитячу) для того, щоб приспати її пильність, подати як «норму» те, що нормою не є, а так само, щоб проінструктувати дитину щодо сексуальних дій<sup>275</sup>.

**Суб'єктом** розглядуваного злочину виступає особа чоловічої або жіночої статі, яка досягла 16-річного віку. У ст. 156 КК встановлено відповідальність за розпусні дії незалежно від їх гетеро- або гомосексуальної спрямованості, а тому винний і потерпілий можуть бути особами як однієї, так і різної статі.

Як і у випадку зі статевими зносинами з особою, яка не досягла статевої зрілості, варто та-

<sup>274</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 25.

<sup>275</sup> Склонение детей к развратным действиям через Интернет: обзор литературы по злоупотреблениям в социальных сетях с целью склонения детей к участию сексуальных преступлений. С. 7-8 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.aic.gov.au/documents/3/C/1/%7B3C162CF7-94B1-4203-8C57-79F827168DD8%7Drpp103.pdf>



ким чином змінити кримінальний закон, щоб суб'єктом розбещення неповнолітніх виступала особа, якій виповнилось 18 років. «Неповнолітні особи, які досягли шістнадцятирічного віку, не мають життєвого досвіду та практичних навичок вводити в оману або застосовувати примус щодо дійсних розпусних цілей спілкування з такими ж неповнолітніми потерпілими від розпусних дій»<sup>276</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. При цьому стосовно віку потерпілого судова практика допускає і «необережність» (винний не передбачав, але міг і повинен був передбачити, що вчинює зазначені дії з особою, якій ще не виповнилось 16 років).

*Спростовуючи заяву суб'єкта, засудженого Конопотським міським судом Сумської області, в т.ч. за ст. 156 КК за розпусні дії щодо чотирьох малолітніх, про те, що він нібито не знав про вік потерпілих, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ у своїй ухвалі від 26 жовтня 2006 р. зазначила, що ця заява спростовується показаннями малолітніх про те, що засуджений запитував у них про їх вік.*

На підставі вивчення правозастосовної практики О.О. Світличний повідомляє, що усвідомлення винним віку потерпілої особи здійснюється по-різному: у 42,6 % кримінальних справ про злочини, передбачені ст. 156 КК, суди посилались на достовірне знання віку потерпілої особи; у 25,3 % самі потерпілі повідомляли про свій вік; у 13 % зовнішній вигляд потерпілих свідчив про їх неповноліття; в 10,4 % інша інформація давала підставу вважати особу неповнолітньою<sup>277</sup>.

Розпусні дії, передбачені ст. 156 КК, зазвичай спрямовані на задоволення винним статевої пристрасті, на збудження у неповнолітньої особи статевого інстинкту або його задоволення. З цього приводу П.І. Люблінський писав, що, якщо, наприклад дитина, яка спить у кімнаті з дорослими, випадково бачить вчинюваний ними статевий акт, або дорослий у присутності дітей відправляє природну потребу з оголенням при цьому статевого органу, то про розбещення дітей мова, звичайно, йти не повинна. Злочиним визнаються лише такі дії, які прямо розраховані на пробудження чуттєвості малолітнього та які водночас мають на меті сексуально задовольнити

того, хто ці дії вчиняє або допускає<sup>278</sup>.

Разом з тим слід враховувати, що мотиви розбещення неповнолітніх не впливають на кваліфікацію за ст. 156 КК: винний може керуватись не лише сексуальними, а й іншими спонуканнями (помста близьким, наступне втягнення у проституцію, демонстрація влади тощо).

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 156 КК) є вчинення його щодо малолітньої особи, а також батьком, матір'ю, вітчимою, мачухою, опікуном чи піклувальником, особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього (ці кваліфікуючі ознаки проаналізовані вище). Диференціації кримінальної відповідальності за розпусні дії сприяла б законодавча вказівка на вчинення цих дій стосовно двох або більше осіб.

### Рекомендована література

1. Агафонов А. В. Половые преступления. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 371 с.
2. Андреева Л.А., Цэнгэл С.Д. Квалификация изнасилований: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. – СПб.: Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ, 2004. – 66 с.
3. Антонюк Н. Проблемні питання кримінально-правової кваліфікації злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2008. – Випуск 46. – С. 159-168.
4. Антонян Ю.М., Ткаченко А.А. Сексуальные преступления: Научно-популярное исследование. – М.: Амальтея, 1993. – 320 с.
5. Блиндер Б.А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. – Ташкент: Изд-во Ташкентского гос. ун-та им. В.И. Ленина, 1970. – 160 с.
6. Борисов В.І., Дорош Л.В. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (коментар до законодавства) // Форум права. – 2006. – № 1. – С. 4-15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FT/2006-1/06bvicno.pdf>
7. Борисов В. Кримінально-правова характеристика конститутивних ознак з'валтування // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 3. – С. 123-127.
8. Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – 84 с.
9. Дерягин Г.Б. Криминальная сексология. Курс лекций для юридических факультетов. – М.: Московский ун-т МВД России. Изд-во «Щит-М», 2008. – 552 с.
- 278 Люблінський П.І. Преступления в области половых отношений. – М.-Л.: Изд-во Л.Д. Френкель, 1925. – С. 109.

<sup>276</sup> Світличний О.О. Кримінальна відповідальність за розбещення неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2012. – С. 10.

<sup>277</sup> Світличний О.О. Суб'єктивні ознаки розбещення неповнолітніх // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2011. – № 1. – С. 235.

10. Джужа О.М. Запобігання злочинам, що пов'язані із сексуальним насильством: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – 240 с.
11. Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: наук.-практ. посібник. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 352 с.
12. Энциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – 582 с.
13. Есаков Г. Сознание возраста потерпевшего лица в половых преступлениях: позиция судебной практики // Уголовное право. – 2011. – № 6. – С. 15-17.
14. Игнатов А.Н. Ответственность за преступления против нравственности (половые преступления). – М.: Юрид. лит., 1966. – 208 с.
15. Исаев Н.А. Сексуальные преступления как объект криминологии. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. – 486 с.
16. Кальман А.Г. Криминологическая характеристика, детерминация и предупреждение изнасилований: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1986. – 23 с.
17. Кондрашова Т.В. Преступления против половой свободы и половой неприкосновенности личности // Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. II: Преступления против личности. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 466-569.
18. Корчовий М.М. Криминологічні проблеми боротьби із зґвалтуваннями, вчинюваними неповнолітніми: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2000. – 18 с.
19. Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: Навчальний посібник / За заг. ред. В.В. Коваленка; за наук. ред. О.М. Джужа та А.В. Савченка. – К.: Атіка, 2011. – С. 125-161.
20. Крафт-Эбинг Р. Половая психопатия, с обращением особого внимания на извращение полового чувства / Пер. с нем. – М.: Республика, 1996. – 591 с.
21. Кримінальна відповідальність за зґвалтування та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом: Монографія / А.В. Савченко, В.В. Кузнецов, Д.П. Москаль, М.В. Сийпюкі; За заг. ред. д.ю.н., проф. О.М. Джужа. – Ужгород: ТОВ «ІВА», 2012. – 272 с.
22. Крючкова О. Зґвалтування особи чоловічої статі в контексті ст. 152 КК України: аргументи «за» та «проти» // Наше право. – 2010. – № 4 (ч. 2). – С. 94-100.
23. Куц В.М., Дишляевой О.Ю. Медико-правовые аспекты криминализации зґвалтування особи чоловічої статі // Кримінальне право. – 2006. – № 2. – С. 53-61.
24. Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за зґвалтування (порівняльно-правовий аналіз): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 20 с.
25. Москаль Д.П. Кримінально-правова характеристика зґвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 20 с.
26. Озова Н.А. Насильственные действия сексуального характера. – М.: МЗ Пресс, 2006. – 192 с.
27. Педофилия: криминологический анализ: Монография / Под. ред. Ю.М. Антоняна. – М.: ВНИИ МВД России, 2010. – 256 с.
28. Письменський Є., Данилевський А. Захист неповнолітніх від посягань на статево недоторканість // Юридичний вісник України. – 20-26 березня 2010 р. – № 12.
29. Світличний О.О. Кримінальна відповідальність за розбещення неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2012. – 20 с.
30. Сексуальное насилие: теории, подходы и методы исследования / Ю.И. Пиголкин, О.А. Дмитриева, Н.Г. Щитов, Г.Б. Дерягин. – М.: ООО «Медицинское информационное агентство», 2008. – 456 с.
31. Синеокий О.В. Психолого-правові проблеми кримінальної сексопатології. Вступ до криміноперверсології: Монографія. – Х.: Право, 2009. – 752 с.
32. Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 122-156.
33. Сташис В.В., Бажанов М.И. Преступления против личности в УК УССР и судебной практике. Изд. второе, исправ. и доп. – Харьков: Изд-во при Харьковском гос-ном ун-те издательского объединения «Вища школа», 1987. – С. 154-193.
34. Тасаков С.В. Нравственные основы норм уголовного права о преступлениях против личности. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 213-231.
35. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – С. 687-706.
36. Хавронюк М.І. Відповідальність за зґвалтування: в Україні і за кордоном // Право і суспільство. – 2009. – № 3. – С. 75-87.
37. Чмут С.В., Хряпінський П.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: Монографія. – Запоріжжя: КСК-Альянс, 2011. – 184 с.

## ГЛАВА 7

ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВИБОРЧИХ, ТРУДОВИХ ТА ІНШИХ  
ОСОБИСТИХ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА**7.1. Загальна характеристика складів злочинів,  
передбачених статтями 157–184 КК, і проблема  
визначення їх родового об'єкта**

У підручниках з Особливої частини кримінального права родовий об'єкт злочинів, що містяться в розділі V «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» Особливої частини КК, визначається, як правило, виходячи з назви останнього.

Скажімо, в підручнику, виданому в 2002 р., І.О. Зінченко зазначає, що родовим об'єктом цих злочинів «є суспільні відносини, що забезпечують конституційні права та свободи людини і громадянина»<sup>1</sup>. При цьому всі склади злочинів, які містяться в п'ятому розділі Особливої частини КК, поділені на шість видів: 1) злочини проти виборчих прав громадян (ст.ст. 157-160 КК); 2) злочини проти трудових прав громадян (ст.ст. 170-175 КК); 3) злочини у сфері охорони права на об'єкти інтелектуальної власності (ст.ст. 176-177 КК); 4) злочини, що посягають на інші особисті права і свободи громадян (ст.ст. 161, 162, 163, 182, 183, 184 КК); 5) злочини проти сім'ї (ст.ст. 164-169); 6) злочини проти совісті (ст.ст. 178-181 КК)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Зінченко І.О. Види злочинів проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина // Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К. – Х.: Юрінком Інтер – Право, 2002. – С. 92.

<sup>2</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К. – Х.: Юрінком Інтер – Право, 2002. – С. 92-93. Аналогічну характеристику й класифікацію І.О. Зінченко надає в пізніших виданнях цього підручника. Див., наприклад: Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / 3-тє вид., перероб. і доп.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 108-109. Проте, за спостереженням П.П. Андрушка, у своїй монографії І.О. Зінченко, критикуючи згадану точку зору, називає лише чотири види злочинів, які були виділені на основі закріпленої в Конституції України системи прав і свобод: 1) злочини проти особистих (громадянських) прав і свобод (ст.ст. 161-169, 178-182); 2) злочини проти політичних прав і свобод (ст.ст. 157-160, 170); 3) злочини проти трудових та інших соціальних прав і свобод (ст.ст. 171-175, 184); 4) злочини проти культурних прав і свобод (ст.ст. 176, 177, 183). Див.: Зінченко О.І. Кримінально-правова охорона виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина. Аналіз законодавства і судової практики: Монографія. – Х.: СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – С. 21-22, 25-

М.І. Мельник висловив думку, що родовим об'єктом цієї групи злочинів є конституційні права і свободи людини і громадянина, зауваживши при цьому, що норми розділу V Особливої частини КК здійснюють кримінально-правову охорону лише частини конституційних прав і свобод людини і громадянина, адже охорона інших прав і свобод здійснюється нормами інших розділів Особливої частини КК (наприклад, право на життя знаходиться під охороною норм розділу II, право на особисту недоторканість – розділу III, право на власність – розділу VI, право на безпечне довкілля – розділу VIII КК тощо). Крім того, М.І. Мельник запропонував залежно від безпосереднього об'єкта посягання поділити ці злочини на вісім видів: 1) злочини проти виборчих прав громадян (ст.ст. 157-160 КК); 2) злочини, що посягають на рівність конституційних прав громадян і їх рівність перед законом (ст. 161 КК); 3) злочини, що посягають на недоторканість приватного життя (ст.ст. 162, 163, 182); 4) злочини проти сім'ї (ст.ст. 164-169 КК); 5) злочини проти трудових прав громадян (ст.ст. 170-175 КК); 6) злочини, що посягають на право інтелектуальної власності та авторські права (ст.ст. 176-177 КК); 7) злочини проти свободи совісті (ст.ст. 178-181 КК); 8) злочини, що посягають на інші права громадян (ст.ст. 183-184 КК)<sup>3</sup>.

І.В. Хохлова та О.П. Шем'яков родовим об'єктом злочинів, що містяться в розділі V Особливої частини КК, називають сукупність основних конституційних прав і свобод (політичних, трудових та ін.) українських громадян, а також права і свободи іноземних громадян та осіб без громадянства. При цьому вони виділяють чотири види злочинів: 1) злочини проти політичних прав

26; Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 164.

<sup>3</sup> Мельник М.І. Поняття, види та загальна характеристика злочинів проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина // Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – С. 105-106.



громадян на здійснення виборчого права; 2) злочини проти трудових прав громадян; 3) злочини проти інших прав і свобод людини і громадянина; 4) злочини, що посягають на свободу совісті<sup>4</sup>.

О.С. Сотула вважає, що родовим об'єктом названих злочинів є вільне й безперешкодне здійснення громадянами України всієї сукупності виборчих, трудових та інших прав і свобод, передбачених і гарантованих Конституцією, і залежно від їх безпосереднього об'єкта поділяє названі злочини на п'ять видів: 1) злочини проти виборчих прав громадян (ст.ст. 157-160); 2) злочини проти громадянських (особистих) прав (ст. ст. 161-163, 178-182); 3) злочини проти соціально-економічних прав (ст.ст. 164-167, 170-177, 184); 4) злочини проти сімейних прав (ст.ст. 168-169); 5) злочини проти культурних прав та прав на освіту (ст.ст. 183)<sup>5</sup>.

А.П. Бабій родовим об'єктом цих злочинів називає «суспільні відносини у сфері основних конституційних прав і свобод людини і громадянина» і виділяє лише три види злочинів (виходячи із загальноприйнятої класифікації прав і свобод людини): 1) злочини, що посягають на особисті права і свободи людини і громадянина (ст.ст. 162, 163, 168, 178, 179, 180, 181, 182 КК); 2) злочини, що посягають на політичні права і свободи людини і громадянина (ст.ст. 157, 158, 158-1, 159, 159-1, 160, 161, 170, 171 КК); 3) злочини, що посягають на соціально-економічні права і свободи людини і громадянина (ст. ст. 164, 165, 166, 167, 169, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 183, 184 КК)<sup>6</sup>.

Таким чином, не дивлячись на те, що автори названих вище підручників дають майже ідентичні визначення родового об'єкта злочинів, передбачених у названому розділі КК, вони пропонують дуже відмінні підходи до класифікації цих злочинів. Причиною цього, очевидно, є те, що аналізований розділ КК об'єднує суспільно небезпечні посягання на досить різні за своїм змістом і природою права, а також правовідносини, в яких вони реалізуються.

На цю обставину неодноразово звертали уваги науковці, котрі досліджували цю тему<sup>7</sup>. Тому

<sup>4</sup> Хохлова І.В., Шем'яков О.П. Кримінальне право України (Особлива частина): Навчальний посібник. – К.: Центр навчальної літератури, 2006. – С. 153-154.

<sup>5</sup> Кримінальне право України. Загальна та Особлива частини: Навчальний посібник / За заг. ред. В.М. Стратонова. – К.: Істина, 2007. – С. 224-226.

<sup>6</sup> Бабій А.П. Загальна характеристика і види злочинів проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина // Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. Є.Л. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 69-70.

<sup>7</sup> Див., наприклад: Мягков М. О. Перешкоджання здійсненню виборчого права: проблеми кримінальної

природно, що продовження цієї дискусії можна знайти в науковій літературі. Так, П.П. Андрушко у своїй монографії пропонує виділяти вісім груп злочинів, які розглядаються: 1) злочини, що посягають на виборчі права громадян та їх право брати участь у референдумі, а також на діяльність учасників виборчого процесу та процесу референдуму (ст.ст. 157-160); 2) злочини, що посягають на рівність конституційних прав громадян та їх рівність перед законом (ст. 161); 3) злочини, що посягають на свободу світогляду й віросповідання, порядок відправлення релігійних культів і порядок поведінки з культовими (релігійними) цінностями (ст.ст. 178-181); 4) злочини, що посягають на права громадян на захист своїх прав, свобод і задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів (ст.ст. 170, 174, 183, 184); 5) злочини, що посягають на трудові права громадян (ст.ст. 171, 172, 173, 175); 6) злочини, що посягають на нормальний розвиток неповнолітніх і матеріальне забезпечення осіб, котрі потребують соціального захисту, їх особисту безпеку (ст. ст. 164-169); 7) злочини, що посягають на право власності на об'єкти права інтелектуальної власності (ст.ст. 176-177, а також ст.ст. 229, 231, 232, 232-1, які розміщені в інших розділах Особливої частини КК); 8) злочини, що посягають на недоторканість приватного життя громадян (ст. ст. 162, 163, 182)<sup>8</sup>.

Враховуючи вищесказане, доцільно згадати позицію С.Я. Лихової, котра вважає, що як за назвою, так і за структурою та змістом окремих норм розділ V Особливої частини КК не відповідає ні загальним правилам законодавчої техніки, ні сутності кримінального закону<sup>9</sup>. Основною, хоча і не єдиною проблемою цього розділу С.Я. Лихова називає те, що він містить сукупність досить несумісних злочинів, від перешкоджання здійсненню виборчих прав до несплати аліментів. На її думку, з якою в цілому можна погодитися, ці злочини частково належать до групи злочинів проти громадського порядку, частково стосуються недоторканності приватного життя, частково належать до злочинів проти сімейного укладу, частково спрямовані на захист умов

відповідальності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2006. – С. 30 і далі.

<sup>8</sup> Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 171-173.

<sup>9</sup> Лихова С.Я. Актуальні проблеми систематизації злочинів проти окремих конституційних прав людини і громадянина за КК України 2001 р. // Нові Цивільний і Кримінальний кодекси – важливий етап кодифікації законодавства України: Матеріали науково-практичної конференції (Івано-Франківськ, 3-4 жовтня 2002 р.). – Івано-Франківськ: Обласна друкарня, 2002. – С. 171.

праці та ринку праці, частково криміналізують відмову комусь користуватися певним благом. Отже, оскільки всі розділи КК охороняють ті чи інші права людини і громадянина, С.Я. Лихова приходить до висновку, що в цей розділ «потрапили» саме ті із них, яким «не знайшлося» місця в інших розділах. Указуючи на неправильність і нелогічну послідовність розміщення в п'ятому розділі Особливої частини КК деяких злочинів, С.Я. Лихова говорить про необхідність ліквідувати таку надзвичайну плутанину на користь більш впорядкованої внутрішньої структури<sup>10</sup>.

Вчені пропонують два шляхи вирішення цієї проблеми.

Перший полягає в перейменуванні розділу. Так, Л.П. Медіна вважає, що назва розділу V Особливої частини КК має звучати як «Злочини проти окремих конституційних прав людини і громадянина» або, щоб підкреслити те значення, яке мають політичні права громадян, як «Злочини проти політичних та інших конституційних прав і свобод людини і громадянина»<sup>11</sup>. З.А. Тростюк пропонує змінити назву розділу V Особливої частини КК на «Злочини проти особистих, фізичних, культурних, економічних та політичних прав громадян»<sup>12</sup>.

Другий підхід, головним розробником якого можна вважати С.Я. Лихову, є більш радикальним і полягає у перегляді структури та змісту цього розділу та взагалі системи Особливої частини чинного КК. Зокрема, мова може йти про:

а) перегрупування окремих складів злочинів за ознакою спільності їх об'єктів (яскравим прикладом непослідовності законодавця є те, що загальна норма «Порушення недоторканності приватного життя» міститься в ст. 182 КК тоді, як спеціальні склади злочинів «Порушення недоторканності житла» і «Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер» розміщені значно

раніше – у ст.ст. 163 і 164 відповідно<sup>13</sup>);

б) виділення певних груп злочинів в окремі розділи Особливої частини (як зауважує С.Я. Лихова, «пошуки, спрямовані на визначення єдиного родового об'єкта всіх злочинів, які входять у розділ V Особливої частини КК 2001 р., навряд чи можуть бути успішними. Необґрунтоване зосередження нормативного матеріалу в надзвичайно великих розділах позбавляє однорідні злочини їх якісної спільності, яка виражає їх суть, розмиває їх межі як системно взаємопов'язаного утворення... Вважати, що термін «конституційні права» об'єднує всі ці злочини, навряд чи коректно, адже, практично, всі злочини в КК посягають на ті чи інші конституційні права»<sup>14</sup>. «Уже зараз у назві розділу V Особливої частини КК України міститься вказівка, принаймні, на три родові об'єкти, які мають об'єднувати три групи злочинів: злочини проти виборчих, злочини проти трудових, злочини проти особистих прав людини і громадянина»<sup>15</sup>. Враховуючи це, не дивно, що низка правознавців пропонує виокремити деякі склади злочинів, що мають спільний родовий об'єкт в окремі розділи, про що мова йтиме далі);

в) переміщення окремих норм із розділу V в інші розділи КК та навпаки (так, на думку С.Я. Лихової, окремі юридичні склади знаходяться поза межами названих вище родових об'єктів, маючи своїм родовим об'єктом відносини власності (ст.ст. 176, 177, КК), інші – національну безпеку (ст. 161 КК); у той же час норма, що передбачає відповідальність за незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій (ст. 340, розділ XV «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян»), повинна була б знаходитися поряд із ст.ст. 157-160 КК<sup>16</sup>);

г) декриміналізацію окремих діянь (як зазначає С.Я. Лихова, норми про перешкоджання законній професійній діяльності журналістів, порушення права на отримання освіти та порушення права на безоплатну медичну допомогу, перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій (ст. ст. 170, 171, 183, 184 КК України) взагалі «введені в КК України з порушенням принципів криміналізації і тому ці діяння слід декриміналізувати»<sup>17</sup>).

Хоча зазначені пропозиції і не є безпідстав-

<sup>10</sup> Лихова С.Я., Берзін П.С. Проблеми визначення об'єкта окремих злочинів проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини (розділ V Особливої частини Кримінального кодексу України) // Законодавство України: Науково-практичні коментарі, – 2004. – №2. – С. 39; Лихова С.Я. Кримінально-правова охорона виборчих прав громадян за новим КК України // Право України. – 2002. – № 2. – С.115; Лихова С. Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 89.

<sup>11</sup> Медіна Л.П. Кримінально-правова характеристика злочинів проти виборчих прав громадян України (ст. ст. 157, 158, 159 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 81.

<sup>12</sup> Тростюк З.А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія. – К.: Атіка, 2003. – С. 65.

<sup>13</sup> Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 96.

<sup>14</sup> Там само. – С. 103.

<sup>15</sup> Там само. – С. 101.

<sup>16</sup> Там само. – С. 96-97, 102.

<sup>17</sup> Там само. – С. 96.

ними, адже, дійсно, законодавча техніка розділу V Особливої частини КК далека від досконалості, вважаємо, що з практичної точки зору недоцільно настільки сильно міняти структуру чинного КК після 10 років його дії, оскільки це може створити певні складнощі в процесі правозастосування. Отже, крім питання про декриміналізацію деяких складів злочинів, зазначені пропозиції слід взяти до уваги, головним чином, тоді, коли виникне потреба у підготовці нового КК на заміну чинному.

У будь-якому разі внесення відповідних змін до кримінальних законів – це те, що може бути в перспективі, але працювати із чинними кримінально-правовими нормами, закріпленими в ст.ст. 157–184 КК, потрібно вже сьогодні. Тож як застосовувати ці норми, щоб правозастосування відповідало не лише букві закону, а й духові закону? Які критерії потрібно брати за основу, щоб чітко відрізнити кримінально караний злочин від адміністративного проступку у сфері виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина, та ще й так, щоб правозастосування узгоджувалося із реаліями постійно змінюваного соціального буття?

Спробуємо надати відповіді на вказані запитання, хоча їх не можна назвати легкими з огляду на такі фактори: за багатьма статтями розділу V Особливої частини КК відсутня стала слідчо-прокурорська та судова практика, а окремі норми, які, зокрема, стосуються виборів і референдуму, дуже часто і суттєво змінюються, що утруднює розроблення системи знань в плані правильного їх застосування; значна частина норм розділу, що розглядається, є бланкетними, що вимагає ґрунтовних знань з інших галузей законодавства; певна частина заборон у сфері виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина не просто належать до різних галузей законодавства, а й за формальними ознаками нерідко є ідентичними, що істотно перешкоджає пошуку необхідного до застосування припису; відносно частини норм про злочини у сфері виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина спостерігається так званий «диктат інших соціальних регуляторів» (як у його позитивному, так і негативному значенні), коли де-факто політичні, ідеологічні й інші соціальні норми визначають підстави і порядок кримінально-правового реагування на злочини, що «розмиває» межу кримінально караного і некримінального діяння тощо.

Зазначені особливості цієї категорії кримінально-правових заборон вимагають від студентів, (курсантів) поглибленого та системного вивчення не лише положень кримінального, а й конституційного, трудового, сімейного, житло-

вого та іншого законодавства. Безперечно, це є непростим завданням, тому автори спробували прокоментувати положення розділу КК, що розглядається, саме в контексті міжгалузевого аналізу змісту кримінально-правових заборон.

## **7.2. Злочини проти виборчих і референдумних прав громадян**

Розділ V Особливої частини КК починається з норм (статті 157, 158, 158-1, 158-2, 159, 159-1, 160 КК), які встановлюють кримінальну відповідальність за суспільно небезпечні посягання на порядок проведення виборів і референдуму. Це зумовлено особливою соціальною вагомістю правових відносин у сфері безпосередньої демократії та, зокрема, забезпечення виборчих і референдумних прав громадян.

Згідно з положеннями ст. 1 Основного Закону Україна є суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою. При цьому в ст. 5 Конституції України визначено, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування; а право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Ст. 69 Конституції України вказує, що народне волевиявлення здійснюється, головним чином, через вибори й референдум, а в ст. 38 гарантується право громадян брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Втім, закріплення цих основних політичних прав у Основному Законі не є показником їх забезпеченості. Державі потрібен ефективний механізм юридичної відповідальності за порушення прав і свобод громадян. Тому важливо, щоб кримінальне законодавство встановлювало кримінальну відповідальність за найбільш суспільно небезпечні посягання на виборчі й референдумні права громадян.

**Історія становлення у вітчизняному праві інституту кримінальної відповідальності за виборчі правопорушення** сягає коріннями у законодавство Російської імперії XIX ст. (якщо не рахувати Іменний указ Катерини II від 14 грудня 1766 р. «Про створення в Москві комісії для складання нового Уложення та про вибори до неї депутатів», де під «острахом Нашого немилучого гніву» заборонялося утискувати будь-кого



на виборах і брати для цього хабарі). Зокрема, перші кримінально-правові норми, які передбачали кримінальну відповідальність за діяння, що посягали на виборчі правовідносини та виборчі права, з'явилися в Уложенні про покарання кримінальні та виправні 1845 року – це статті 1425, 1426, 1434 глави «Про порушення правил для виборів й інших зібрань дворянських, міських і сільських», а також ст. 1440, яка була включена до цієї глави в 1864 році. У зв'язку з появою нових представницьких органів влади 8 березня 1906 р. це Уложення було доповнено главою «Про порушення свободи й правильності виборів у Державну Раду та Державну Думу, а також безперешкодної діяльності цих установ» (статті 328-1–328-9). Названі норми були чинними до 1917 року.

Наступний етап розвитку інституту кримінальної відповідальності за злочини проти виборів припадає на радянський період. Так, у ст. 104 КК РРФСР 1922 року серед злочинів проти порядку управління передбачалося покарання у вигляді примусових робіт на строк не менше трьох місяців за участь у виборах до рад особи, яка не мала на те законного права. Крім того, у п. «ж» ст. 32 КК РРФСР 1922 р. було передбачене покарання у вигляді «ураження прав» (рос. – «поражение прав»), зміст якого згідно із ст. 40 полягав у позбавленні на строк не більше 5 років активного і пасивного виборчого права; активного і пасивного виборчого права в професійні та інші організації, права займати відповідальні посади, а також бути засідателями в народному суді, захисниками у суді, піклувальником або опікуном. Відповідно до ст. 43 КК РРФСР 1922 р. поразка прав призначалася судом як додаткове покарання при винесенні обвинувальних вироків, причому постановка питання про поразку прав при засудженні для суду була обов'язковою, якщо за відповідний злочин КК передбачав покарання більше, ніж позбавлення волі на один рік. Цікаво, що текст зазначених норм було дослівно перенесено до КК УСРР 1922 р. із збереженням нумерації статей.

Схожі за змістом норми пізніше потрапили й у КК РРСФР 1926 року. Так, відповідно до п. «д» ст. 20 цього кодексу одним із «заходів соціального захисту судово-виправного характеру» (таким терміном у цьому Кодексі було замінено поняття «покарання») було визнано «ураження політичних і окремих громадянських прав», суть якої згідно із положеннями ст. 31 полягала в позбавленні: а) активного і пасивного виборчого права при виборах до рад та на з'їзди рад; б) права займати відповідальні державні посади, виконувати громадські обов'язки і носити почесне звання; в) права зайняття виборних посад у промислових

або торгівельних організаціях і товариствах; г) батьківських прав. У ст. 91 КК РРСФР 1926 року було закріплену норму, згідно з якою за участь у виборах до рад та їх з'їзди особи, що не має на те права, призначалися примусові роботи на строк до шести місяців або штраф до п'ятисот рублів. Відповідно, аналогічні норми з'явилися й у КК УРСР 1927 року – це п. «д» ст. 21 і ст. 29, а також ст. 85 (подібна до ст. 91 КК РРСФР 1926 року).

Згідно з постановою ВЦВК і РНК СРСР від 28 січня 1929 року КК РРСФР 1926 року було доповнено ст. 91-1, що встановлювала відповідальність у вигляді примусових робіт на строк до шести місяців або штрафом до п'ятисот карбованців за перешкоджання з боку наймача в сільській місцевості здійсненню особами найманої праці виборчих прав. Через кілька днів постановою ВЦВК і РНК УРСР від 6 лютого 1929 р. схожу норму було додано до КК Української РСР 1927 року (ст. 85-1). Саме ця норма, на думку дослідників, уперше в історії українського і російського права була спрямована на правове забезпечення охорони виборчих прав громадян, хоча її дія обмежувалась тільки виборцями, які працювали за наймом у сільській місцевості<sup>18</sup>.

9 липня 1937 року постановою ЦВК СРСР було затверджено Положення про вибори до Верховної Ради Союзу РСР, яке містило дві норми кримінально-правового характеру:

- «Будь-яка особа, яка шляхом насильства, обману, погроз чи підкупу перешкоджатиме громадянину СРСР у здійсненні його права обирати та бути обраним до Верховної Ради СРСР, карається позбавленням волі на строк до двох років» (ст. 111);

- «Посадова особа Ради або член виборчої комісії, які вчинили підробку виборчих документів або завідомо неправильний підрахунок голосів, караються позбавленням волі на строк до трьох років» (ст. 112).

Аналогічні норми було закріплено в Положенні про вибори до Верховної Ради УРСР, затвердженому Постановою п'ятої сесії ЦВК УРСР тринадцятого скликання 21 лютого 1938 року (ст.ст. 100, 101). Ці ж склади злочинів відтворювалися в Кримінальному кодексі УРСР. Так, Постановою ЦВК і РНК УРСР від 2 грудня 1937 р. «Про зміну ст. 85-1 Кримінального Кодексу УРСР і про доповнення цього Кодексу статтею 108-1» ст. 85-1 була викладена у редакції: «За перешкоджання шляхом насильства, обману, погроз або підкупу громадянину Союзу РСР у здійсненні його права обирати і бути обраним в Ради на-

<sup>18</sup> Мягков М.О. Перешкоджання здійсненню виборчого права: проблеми кримінальної відповідальності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2006. – С. 19; Иванов В.Н. Уголовно-правовая охрана основных прав граждан. – М.: «Юридическая литература», 1967. – С. 88.

родних депутатів трудящих – позбавлення волі на строк до двох років», а ст. 108-1 – «за підробку виборчих документів або завідомо неправильний підрахунок голосів при виборах в Ради депутатів трудящих, вчинене посадовою особою Ради або членом виборчої комісії, позбавлення волі на строк до трьох років». Оскільки ст. 108 КК УРСР 1927 р. передбачала кримінальну відповідальність за службовий підлог, то ст. 108-1, очевидно, слід розглядати як спеціальну норму по відношенню до загального поняття службового підлогу<sup>19</sup>.

Указом Президії Верховної Ради СРСР від 11 жовтня 1945 року було затверджено «Положення про вибори в Верховну Раду СРСР», де в статтях 109 і 110 передбачалися склади злочинів, за змістом аналогічні ст.ст. 110, 111 Положення про вибори до Верховної Ради Союзу РСР 1937 року.

У проекті Кримінального кодексу СРСР 1955 року містилися три статті, які передбачали кримінальну відповідальність за порушення виборчих прав – перешкоджання здійсненню виборчого права (ст. 103), підлог виборчих документів або неправильний підрахунок голосів (ст. 104), порушення таємниці голосування (ст. 105). Зазначені кримінально-правові норми мали саме той вигляд, який зберігся в кримінальних законах СРСР і УРСР, прийнятих пізніше. Зокрема, 28 грудня 1960 року Законом Української РСР було затверджено Кримінальний кодекс УРСР, що діяв наступні 40 років. Цей Кодекс містив главу IV Особливої частини з назвою «Злочини проти політичних і трудових прав громадян», у якій було передбачено ті три склади злочинів: «Перешкоджання здійсненню виборчого права» (ст. 127), «Підлог виборчих документів, приписка або неправильний підрахунок голосів» (ст. 128), «Порушення таємниці голосування» (ст. 129).

У 1993 році в КК уперше з'явилася норма, яка захищала референдумні права і правовідносини (КК було доповнено статтею 129-1 «Порушення законодавства про референдум»). У 1999 р. указана глава КК отримала назву «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав громадянина», а статті 127 і 128 відповідно – «Перешкоджання здійсненню виборчого права чи роботі виборчої комісії» і «Неправомірне використання виборчих бюлетенів, підлог виборчих документів або неправильний підрахунок голосів чи неправильне оголошення результатів виборів».

5 квітня 2001 року було прийнято КК, який набрав чинності з 1 вересня 2001 року та містив

чотири статті, що стосувалися виборів і референдуму:

- ст. 157 «Перешкоджання здійсненню виборчого права», яка встановлювала відповідальність за перешкоджання насильством, обманом, погрозами, підкупом або іншим чином вільному здійсненню громадянином права обирати і бути обраним Президентом України, народним депутатом України, депутатом Верховної Ради АРК, депутатом місцевої ради або сільським, селищним, міським головою, вести передвиборну агітацію;

- ст. 158 «Неправомірне використання виборчих бюлетенів, підлог виборчих документів або неправильний підрахунок голосів чи неправильне оголошення результатів виборів», що визнавала злочином видачу членом виборчої комісії виборчого бюлетеня особі, яка не внесена до списку виборців, і видачу виборцю виборчих бюлетенів (виборчого бюлетеня) замість інших виборців (ч. 1); підлог, тобто виготовлення виборчого документа невстановленого зразка чи виготовлення у спосіб, не передбачений законом, внесення до виборчого документа завідомо неправдивих відомостей або будь-яка інша його підробка, а так само використання завідомо підробленого виборчого документа чи виготовленого у спосіб, не передбачений законом (ч. 2); а також завідомо неправильний підрахунок голосів або завідомо неправильне оголошення результатів виборів;

- ст. 159 «Порушення таємниці голосування», яка передбачала покарання за умисне порушення таємниці голосування під час проведення передбачених законом України виборів, вчинене членом виборчої комісії або іншою службовою особою з використанням влади чи службового становища;

- ст. 160 «Порушення законодавства про референдум», що встановила кримінальну відповідальність за перешкоджання насильством, обманом, погрозою, підкупом або іншим чином вільному здійсненню громадянином права брати або не брати участь у референдумі, вести агітацію до дня проведення референдуму (ч. 1); а також за підроблення документів референдуму, приписування, завідомо неправильний підрахунок голосів, порушення таємниці голосування, вчинені членом комісії з проведення референдуму або іншою службовою особою (ч. 3).

При цьому текст статей 157–160 КК 2001 року майже не відрізнявся від статей 127–129-1 КК 1960 року, за виключенням того, що в новому Кодексі було декриміналізовано перешкоджання роботі виборчої комісії, а також додано деякі кваліфікуючі ознаки та внесено певні незначні правки.

<sup>19</sup> Медіна А.П. Кримінально-правова характеристика злочинів проти виборчих прав громадян України (ст. ст. 157, 158, 159 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 28.

У подальшому внаслідок неодноразових змін і доповнень, які вносилися до чинного КК в 2003 і 2005–2009 роках, статті 157-159 КК істотно трансформувалися й збільшилися за обсягом.

Зокрема, у ст. 157 КК знову було криміналізовано перешкоджання роботі члена виборчої комісії (в 2006 р.), а також встановлено кримінальну відповідальність за:

а) перешкоджання вільному здійсненню громадянином свого права брати участь у референдумі;

б) перешкоджання діяльності іншого суб'єкта виборчого процесу, ініціативної групи референдуму, комісії з референдуму, члена ініціативної групи референдуму, члена комісії з референдуму або офіційного спостерігача;

в) ухилення члена виборчої комісії у роботі комісії без поважних причин;

г) втручання службової особи з використанням службового становища у здійсненні виборчою комісією чи комісією з референдуму їх повноважень, установлених законом, вчинене шляхом незаконної вимоги чи вказівки з метою вплинути на рішення виборчої комісії чи комісії з референдуму.

Положення ст. 158 КК стали значно деталізованішими та включили нові форми об'єктивної сторони:

а) незаконна передача іншій особі виборчого бюлетеня виборцем;

б) умисне надання членом виборчої комісії чи комісії з референдуму громадянину можливості проголосувати за іншу особу чи проголосувати більше ніж один раз у ході голосування;

в) умисне надання членом комісії з референдуму громадянину можливості проголосувати за іншу особу чи проголосувати більше ніж один раз у ході голосування або надання бюлетеня для голосування на референдумі особі, яка не включена до списку громадян, які мають право брати участь у референдумі на відповідній ділянці з референдуму;

г) умисне надання членом виборчої комісії чи комісії з референдуму виборцю заповненого виборчого бюлетеня (бюлетеня для голосування на референдумі);

д) викрадення чи приховування виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму або скриньки з бюлетенями або незаконне знищення чи псування скриньки з бюлетенями;

е) підписання виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму до остаточного підрахунку голосів чи встановлення результатів голосування або включення неврахованих виборчих бюлетенів чи бюлетенів для голосування на

референдумі до числа бюлетенів, використаних при голосуванні, або підміна дійсних виборчих бюлетенів з позначками виборців чи громадян, які мають право брати участь у референдумі, або незаконне внесення до протоколу змін після його заповнення, або викрадення чи приховування виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму або скриньки з бюлетенями, або незаконне знищення чи псування скриньки з бюлетенями, що призвело до неможливості визначити волевиявлення виборців чи встановити результати референдуму, вчинені членом виборчої комісії, комісії з референдуму;

є) умисне надання неправдивих відомостей до органу Державного реєстру виборців;

ж) умисне внесення неправдивих відомостей до бази даних Державного реєстру виборців, несанкціоновані дії з інформацією, що міститься у базі даних Державного реєстру виборців, чи інше несанкціоноване втручання у роботу Державного реєстру виборців, вчинене службовою особою, яка має право доступу до цієї інформації, або іншою особою шляхом несанкціонованого доступу до бази даних Державного реєстру виборців.

Форма об'єктивної сторони злочину, передбаченого в ст. 159 КК, стала охоплювати порушення таємниці голосування не лише під час проведення виборів, а й під час референдуму. Крім того, шляхом уточнення об'єктивної сторони злочину було декриміналізовано умисне порушення таємниці голосування, не пов'язане з розголошенням змісту волевиявлення громадянина.

Крім того, КК було доповнено статтями 158-1 «Голосування виборцем на виборчій ділянці більше ніж один раз», 158-2 «Незаконне знищення виборчої документації або документів референдуму» і 159-1 «Порушення порядку фінансування виборчої кампанії кандидата, політичної партії (блоку)».

Слід зауважити, що низку змін і доповнень до КК, які подавалися на розгляд Верховної Ради України, не було підтримано. Наприклад, першим варіантом законопроекту № 6418, зареєстрованого в парламенті 2 березня 2005 року, серед іншого пропонувалося доповнити КК статтями 159-2 «Перешкоджання передвиборній агітації», 159-3 «Незаконне використання активного виборчого права» (використання активного виборчого права особою, яка не володіє ним, або голосування більше ніж один раз у ході одного і того самого голосування особою, яка має активне виборче право, або передача свого виборчого бюлетеня іншій особі), а також 54-1 «Позбавлення виборчого права» (цей додатковий вид покарання пропонувалося призначати на строк від



п'яти до десяти років у випадку засудження за злочини, передбачені статтями 157 – 159-3 КК, а також особі, засудженій до позбавлення волі за вчинення умисного тяжкого чи особливо тяжкого злочину, якщо воно не передбачене в санкції Особливої частини КК за умови, що з урахуванням характеру злочину та інших обставин справи суд визнає за неможливе збереження за засудженим активного та/або пасивного виборчого права)<sup>20</sup>. Цей законопроект після суттєвої переробки було прийнято 23 лютого 2006 року, але без указаних статей.

Прискіплива увага законодавця до питань вдосконалення кримінально-правових норм, що стосуються процесу виборів, вочевидь, була зумовлена загостренням протистояння різних політичних сил і їхнім бажанням створити більш ефективний механізм кримінально-правової охорони виборчих прав громадян і виборчих правовідносин<sup>21</sup>. Заради справедливості необхідно зазначити, що істотних змін зазнавали також норми виборчого законодавства: практично під кожні вибори в Україні традиційно приймається новий виборчий закон чи його нова редакція<sup>22</sup>. На сьогодні кожний з трьох виборчих законів («Про вибори Президента України», «Про вибори народних депутатів України» та «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів») за обсягом майже не поступається КК.

Цікаво, що попри всі ці зміни виборчого законодавства Закон України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» залишається чинним майже в тій самій редакції, в якій він був ухвалений 3 липня 1991 року, що, очевидно, зумовлено непопулярністю в Україні цієї форми безпосередньої демократії. Відповідно, поза увагою вітчизняного законодавця залишилися й положення ст. 160 КК, які взагалі не зазнали ніяких змін, що створило колізії між цією нормою та оновленими статтями 157–159 КК, які після внесених змін в рівній мірі стосуються як вибо-

рів, так і референдуму<sup>23</sup>. На жаль, це не єдиний приклад, який указує на певну недосконалість кримінально-правових норм у сфері виборів і референдуму, про що йтиметься далі.

**Місце кримінально-правових норм щодо виборів і референдуму в системі норм Особливої частини КК** необхідно визначати, враховуючи специфіку родового об'єкта цих злочинів та їх розташування.

Цікаво, що підходи законодавців різних країн при визначенні місця злочинів проти виборчих і референдумних прав у кримінальних кодексах є дуже різноманітними. Скажімо, у кримінальних законах Грузії, Білорусії, Російської Федерації, Естонії, Казахстану, Киргизької Республіки, так само, як і в КК України, склади злочинів проти виборчих прав громадян закріплено в одному розділі із складами злочинів проти інших прав і свобод людини. На відміну від цього, в деяких інших країнах у злочинах проти виборчих прав громадян вбачається посягання на державу. Наприклад, у Кримінальному кодексі Данії склади таких злочинів закріплено в главі 13 під назвою «Злочини проти конституційних та вищих органів держави», а в Кримінальному законі Латвійської Республіки в главі X під назвою «Злочини проти держави». Існує також група держав, де в кримінальних кодексах такі злочини розміщено в розділах чи главах зі специфічними назвами. Так, у Кримінальному кодексі Греції відповідальність за порушення виборчих прав громадян передбачено другим розділом, який має назву «Злочини проти виборів». Цей розділ міститься в четвертій главі другої книги під назвою «Злочини проти вільного відправлення політичних прав». У Кримінальному кодексі Болгарії відповідний розділ має назву «Злочини проти політичних прав громадян», де поряд із виборчими правами також захищаються інші політичні права, у кримінальному законі Швеції подібний вид складу злочину передбачено в главі 17, що має назву «Про злочини проти громадської діяльності», а в Кримінальному кодексі Швейцарії відповідальність за перешкоджання виборчим правам закріплено в чотирнадцятому розділі з назвою «Проступки проти волі народу»<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Поширення дії статей 157-159 КК на референдумні правовідносини було зумовлено схожістю цих відносин з виборчими та необхідністю уникнення диспропорції кримінально-правової охорони виборчих і референдумних прав і правовідносин, коли перші захищалися кількома достатньо великими за обсягом статтями, а другі – лише однією коротенькою (ст. 160). На жаль, ліквідуючи зазначену диспропорцію, законодавець забув скасувати ст. 160 КК, у зв'язку з чим і виникла колізія.

<sup>24</sup> Мягков М.О. Перешкоджання здійсненню виборчого

<sup>20</sup> Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 14.

<sup>21</sup> Яскравою ілюстрацією цього твердження є те, що правки 2006 р., які докорінно змінили й доповнили кримінально-правові норми, що стосувалися охорони виборчих правовідносин, були внесені до КК саме напередодні виборів і набрали чинності 25 березня 2006 року, тобто за один день до дня голосування на парламентських і місцевих виборах.

<sup>22</sup> Тагієв С.Р., Мазур М.В., Мягков М.О. Порушення виборчого законодавства: проблеми судового оскарження та юридичної відповідальності: препринт. – Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006. – С. 7; Чуб О. О. Трансформації у виборчому законодавстві України / О. О. Чуб // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 836 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2011-3/11coovzu.pdf>.

Така розмаїтість підходів іноземних законодавців указує на їхнє досить різне бачення об'єкту злочинів, що розглядаються. Враховуючи це, саме визначення специфіки останнього дасть змогу з'ясувати, який із названих підходів є більш вдалим.

Вітчизняні правознавці, як правило, визначають об'єкт злочинів, передбачених статтями 157-160 КК, як безпосередньо виборчі права або як виборчі відносини (правовідносини), елементом яких є виборчі права<sup>25</sup>. Наприклад, Л.М. Кривоченко безпосереднім об'єктом всіх цих злочинів визначає передбачене ст. 38 Конституції України право громадян «брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування»<sup>26</sup>. В.О. Навроцький вказує, що «родовим об'єктом злочинів, що розглядаються, виступає сукупність прав і свобод громадян України, іноземців та осіб без громадянства, котрі охороняються кримінальним законодавством від злочинних посягань. Окремі з цих прав (точніше, суспільні відносини, що складаються з приводу охорони їх) є безпосередніми об'єктами цих злочинів»<sup>27</sup>.

А.П. Бабій визначає родовим об'єктом злочинів, передбачених у розділі V Особливої частини КК, суспільні відносини у сфері основних конституційних прав і свобод людини і громадянина, а безпосереднім об'єктом кожного злочину – конкретні конституційні права або свободи, на які здійснюється посягання. При цьому, характеризуючи далі окремі статті цього розділу, він уточнює, що об'єктом злочинів, що стосуються виборів і референдуму, є: 1) у ст. 157 КК – «суспільні відносини у сфері охорони прав громадянина України обирати і бути обраними в органи державної влади й місцевого самоврядування на основі загального, рівного і прямого виборчого права, що закріплено ст.ст. 38, 71 Конституції України»; 2) у ст.ст. 158 і 158-1 КК – «суспільні відносини у сфері виборчих прав громадян, а права: проблеми кримінальної відповідальності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2006. – С. 31.

<sup>25</sup> Це зумовлено домінуванням в науці кримінального права кількох теорій об'єкту злочину, згідно з якими об'єктом злочину є: 1) права, блага, інтереси, цінності; 2) суспільні відносини (правовідносини) тощо. Детальніше про теорії об'єкту злочину див.: Кримінальне право. Загальна частина: Підручник / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 280-289.

<sup>26</sup> Кривоченко Л.М. Злочини проти виборчих прав громадян // Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / Ю.В. Баудін та ін.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-тє вид., перероб., доп. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 110.

<sup>27</sup> Навроцький В.О. Кримінальне право України. Особлива частина: Курс лекцій. – К.: Т-во «Знання», 2000. – С. 298.

також організації та порядку проведення виборів і референдуму, урегульованих Конституцією та законодавством України про вибори і референдум»; 3) у ст. 159 КК – «суспільні відносини у сфері охорони прав на вільне волевиявлення громадян під час виборів, гарантованих ст. 71 Конституції України»; 4) у ст. 159-1 КК – «суспільні відносини у сфері виборчих прав громадян та порядок фінансування виборчої кампанії кандидата, політичної партії (блоку)»; 5) у ст. 160 КК – «суспільні відносини у сфері охорони закріплених у ст. 38 Конституції України прав громадян брати участь у місцевому і всеукраїнському референдумі та проведення його відповідно до закону»<sup>28</sup>. Отже, А.П. Бабій вважає, що об'єктом злочинів, передбачених статтями 157-160 КК, є суспільні відносини, що стосуються як безпосередньо охорони виборчих і референдумних прав окремих громадян, так і встановленого порядку проведення виборів (референдумів) в цілому.

На відміну від цієї позиції, С.Я. Лихова вказує, що видовим об'єктом названих злочинів є виборчі правовідносини, але при цьому наполягає на принциповій необхідності розмежовувати норми, які регулюють організацію виборів, та норми, які регулюють саме виборчі права громадян. «Для нас таке розмежування є надзвичайно цікавим і практично необхідним, – пише С.Я. Лихова. – Такий підхід дасть нам змогу визначити ті моменти, ті ситуації виборчого процесу, які не входять у механізм кримінально-правового регулювання... Кримінальне право охороняє виборчі інтереси громадян, які, в свою чергу, реалізуються через виборчі правовідносини. На нашу думку, в механізм кримінально-правового регулювання включаються не всі норми виборчого законодавства, а тільки ті, які стосуються безпосередньо регулювання й охорони процесу реалізації суб'єктивних виборчих прав громадян і які не стосуються правовідносин, що виникають в процесі реалізації норм виборчого права в цілому... Саме такий підхід дає змогу пояснити, чому кримінально-правовій охороні не підлягає діяльність виборчих комісій та комісій по проведенню референдуму. Порядок утворення і діяльності цих комісій регулюється нормами виборчого законодавства та законодавства про референдум, але в той-же час, оскільки кримінальне право охороняє виборчі

<sup>28</sup> Бабій А.П. Преступления против избирательных, трудовых и других личных прав и свобод человека и гражданина // Уголовное право Украины. Общая и Особенная части: Учебник / Отв. ред. Е.А. Стрельцов. – Х.: Одиссей, 2007. – С. 330, 338-340; Бабій А.П. Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина // Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / За заг. ред. Е.А. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 69, 77-83.

права громадян, тобто ті виборчі відносини, суб'єктами яких є громадяни, діяльність виборчих комісій залишається поза межами кримінального законодавства»<sup>29</sup>.

Із такою точкою зору С.Я. Лихової, висловленою в 2006 р., сьогодні навряд чи можна погодитися, оскільки вона не відповідає повною мірою сучасній позиції законодавця, відображеній в чинній редакції відповідних статей КК. Зокрема, на сьогодні кримінальна відповідальність передбачена не лише за діяння, які безпосередньо посягають на можливість здійснення виборчого права, а й за: перешкоджання діяльності інших суб'єктів виборчого процесу, в т.ч. члена виборчої комісії; ухилення члена виборчої комісії у роботі комісії без поважних причин; фальсифікацію виборчих документів, підсумків голосування, відомостей Державного реєстру виборців; незаконне знищення виборчої документації чи документів референдуму; порушення порядку фінансування виборчої кампанії кандидата, політичної партії (блоку) тощо. Більшість із цих діянь може зашкодити виборчим правам окремих громадян лише опосередковано (наприклад, якщо внаслідок фальсифікації підсумків голосування перемагає кандидат, який насправді набрав менше голосів, ніж інший, то можна говорити, що таким чином порушені пасивне виборче право останнього кандидата та активні виборчі права осіб, які за нього голосували), а в деяких випадках взагалі може не зашкодити чийось виборчим правам (наприклад, незаконне знищення виборчої документації не втрачає суспільної небезпеки, навіть якщо самі вибори проходили законно, й виборчі права громадян не були порушені).

Звідси робимо висновок, що під кримінально-правовою охороною знаходяться не тільки виборчі права громадян безпосередньо, а й визначена законом процедура підготовки, організації та проведення виборів і референдумів. Причому встановлення цієї процедури створює належні гарантії, з одного боку, реалізації виборчих і референдумних прав громадян, а з іншого – здійснення народовладдя. А тому порушення указаної процедури несе в собі потенційну суспільну небезпеку, навіть якщо права кожного окремо взятого громадянина при цьому порушені не були.

«Ігнорування принципів проведення виборів та засад виборчого процесу, відхід від визначених законом виборчих процедур є посяганням на конституційні основи формування та функ-

ціонування публічної влади, право громадян обирати та бути обраним, – справедливо зауважує М.І. Мельник. – Внаслідок правопорушень у сфері виборчого процесу через порушення виборчих прав громадян здійснюється протиправний вплив на результати виборів – до представницьких органів та на виборні посади можуть потрапити особи, які фактично не були до них (на них) обрані, і навпаки, можуть не потрапити кандидати, які отримали чи (за умови дотримання норм закону при проведенні виборів) могли б отримати підтримку більшості виборців. У результаті цього окремі органи державної влади чи органи місцевого самоврядування можуть виявитися фактично нелегітимними. І чим масштабнішим є характер таких правопорушень, тим більша ймовірність незаконного заволодіння представницькими мандатами (фактично – захоплення (крадіжки) влади). Тобто, за таких обставин народ перестає бути джерелом влади – ним стають порушники виборчого процесу, незаконно привласнюючи повноваження народу щодо формування органів державної влади та органів місцевого самоврядування»<sup>30</sup>.

Інакше кажучи, посягаючи в одних випадках на виборчі та референдумні права громадян, в інших – на визначений законом порядок організації та проведення виборів і референдумів, ці злочини в цілому несуть потенційну загрозу демократії, що дає підстави говорити про певну специфіку об'єкту «виборчих» злочинів, що не знайшла адекватного відображення у назві розділу, в якому вони містяться. Отже, враховуючи це, а також певну юридико-технічну недосконалість розділу V Особливої частини КК, про яку йшлося вище, можна погодитися із висновком М.О. Мягкова про перспективність наукових досліджень «з розроблення окремого розділу кримінального закону, який би включав у себе всі злочини, об'єктом яких є правовідносини з приводу реалізації громадянами їх виборчих прав, а також із приводу організації та проведення виборів і референдуму»<sup>31</sup>. Назвати цей розділ можна було б «Злочини проти виборчих (референдумних) прав громадян і основ демократії», адже саме ця назва найбільш адекватно, на нашу думку, відображає родовий об'єкт указаних злочинів.

**Специфіка норм, закріплених у статтях 157–160 КК**, зумовлюється їх бланкетним характером. Так, об'єктивна сторона багатьох із цих злочинів пов'язана із порушенням проце-

<sup>30</sup> Мельник М.І. Кримінальна відповідальність за злочини проти виборчих прав. – К.: Атіка, 2005. – С. 4.

<sup>31</sup> Мягков М.О. Перешкоджання здійсненню виборчого права: проблеми кримінальної відповідальності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2006. – С. 33.

<sup>29</sup> Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України): Монографія. – К.: Київський університет, 2006. – С. 329.



дур і вимог, передбачених різними Законами України: від 5 березня 1999 року «Про вибори Президента України» (далі – Закон про вибори Президента), від 17 листопада 2011 року «Про вибори народних депутатів України» (далі – Закон про вибори народних депутатів), від 10 липня 2010 року «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» (далі – Закон про місцеві вибори), від 22 лютого 2007 року «Про Державний реєстр виборців», від 3 липня 1991 року «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» (далі – Закон про референдуми), від 30 червня 2004 року «Про Центральну виборчу комісію»<sup>32</sup> тощо.

Тому для правильного застосування названих кримінально-правових норм необхідно ретельно вивчати норми цих законів. При цьому слід пам'ятати, що перші три з перерахованих законів, які визначають порядок проведення, відповідно, президентських, парламентських і місцевих виборів, передбачають у багатьох випадках схожі процедури, які, тим не менш, можуть істотно відрізнитися в деталях<sup>33</sup>. До того ж, ці закони є досить великими за обсягом, але при цьому не позбавлені колізій і прогалин, причиною чого, очевидно, є швидкоплинність законодавчих змін.

Необхідно також брати до уваги те, що у зв'язку із виборчим процесом чи процесом референдуму можуть бути скоєні не тільки діяння, передбачені ст.ст. 157-160 КК, але й інші злочини, наприклад, зловживання владою або службовим становищем (ст. 364), перевищення влади або службових повноважень (ст. 365), службове підроблення (ст. 366), одержання хабара (ст. 368), зловживання впливом (ст. 369) тощо. Отже, при кваліфікації суспільно небезпечних діянь, пов'язаних із виборами і референдумом, потрібно враховувати можливість існування конкуренції названих кримінально-правових норм.

Окрім цього, злочини проти виборчих прав громадян слід відмежовувати від адміністративних проступків, передбачених главою 15-А КпАП, яка має назву «Адміністративні правопорушення, що посягають на здійснення народного волевиявлення та встановлений порядок його забезпечення»:

<sup>32</sup> Далі по тексту ці Закони називатимуться відповідно: Закон про вибори Президента, Закон про вибори народних депутатів, Закон про місцеві вибори, Закон про реєстр виборців, Закон про референдуми, Закон про ЦВК.

<sup>33</sup> У майбутньому можливе прийняття Виборчого кодексу України, який уніфікує виборчі процедури (Янукович ініціює виборчий кодекс [Електронний ресурс] // NewsMarket. – Режим доступу: <http://www.newsmarket.com.ua/2010/08/yankovich-initsiyuye-viborchiy-kodeks/>. – Дата доступу: 2011.05.14).

- порушення порядку ведення Державного реєстру виборців, порядку подання відомостей про виборців до органів Державного реєстру виборців, виборчих комісій, порядку складання та подання списків виборців, списків громадян України, які мають право брати участь у референдумі, та використання таких списків (ст. 212-7);

- порушення права громадянина на ознайомлення з відомостями Державного реєстру виборців, зі списком виборців, списком громадян, які мають право брати участь у референдумі (ст. 212-8);

- порушення порядку ведення передвиборної агітації, агітації під час підготовки і проведення референдуму з використанням засобів масової інформації (ст. 212-9);

- порушення обмежень щодо ведення передвиборної агітації, агітація в день проведення референдуму (ст. 212-10);

- ненадання можливості оприлюднити відповідь щодо інформації, поширеної стосовно суб'єкта виборчого процесу (ст. 212-11);

- порушення права на користування приміщеннями під час виборчої кампанії (ст. 212-12);

- виготовлення або розповсюдження друкованих матеріалів передвиборної агітації, які не містять відомостей про установу, що здійснила друк, їх тираж, інформацію про осіб, відповідальних за випуск (ст. 212-13);

- порушення порядку розміщення агітаційних матеріалів чи політичної реклами або розміщення їх у заборонених законом місцях (ст. 212-14);

- порушення порядку надання фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення виборчої кампанії (ст. 212-15);

- замовлення або виготовлення виборчих бюлетенів понад встановлену кількість (ст. 212-16);

- ненадання копії виборчого протоколу (ст. 212-17);

- невиконання рішення виборчої комісії, комісії з референдуму (ст. 212-18);

- відмова у звільненні члена виборчої комісії від виконання виробничих чи службових обов'язків або його безпідставне звільнення з роботи (ст. 212-19);

- порушення порядку опублікування документів, пов'язаних з підготовкою і проведенням виборів, референдуму (ст. 212-20).

**Перешкоджання здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії з референдуму чи діяльності офіційного спостерігача (ст. 157 КК).**

**Суспільна небезпека** цього злочину полягає у тому, що він посягає на конституційне право громадян України обирати або бути обраними до

органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, а також брати участь у вирішенні важливих питань місцевого і загальнодержавного значення на референдумі. За його вчинення порушується нормальний хід виборчого процесу або процесу референдуму, що створює потенційну загрозу існування демократії.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є виборчі права та права ініціювати та брати участь у референдумі, а також встановлений чинним законодавством порядок їх здійснення, який передбачає безперешкодну діяльність учасників виборчого процесу та процесу референдуму.

Додатковим та факультативним об'єктами злочину можуть бути життя та здоров'я людини, власність, порядок діяльності державних або самоврядних органів, порядок використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації тощо.

Специфіка законодавчої техніки побудови ст. 157 КК полягає у тому, що вона містить, по суті, два окремі склади злочину:

1. Перешкоджання вільному здійсненню громадянином свого виборчого права або права брати участь у референдумі, перешкоджання діяльності іншого суб'єкта виборчого процесу, ініціативної групи референдуму, комісії з референдуму, члена виборчої комісії, члена ініціативної групи референдуму, члена комісії з референдуму або офіційного спостерігача при виконанні ними своїх повноважень, поєднані з підкупом, обманом або примушуванням, а також ухилення члена виборчої комісії у роботі комісії без поважних причин (ч. 1). Кваліфікуючі ознаки цього злочину передбачені в ч. 2 (ті самі діяння, поєднані із застосуванням насильства, знищенням чи пошкодженням майна, погрозою застосування насильства або знищення чи пошкодження майна) і ч. 3 (діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені за попередньою змовою групою осіб або членом виборчої комісії чи іншою службовою особою з використанням свого службового становища).

2. Втручання службової особи з використанням службового становища у здійснення виборчою комісією чи комісією з референдуму їх повноважень, установлених законом, вчинене шляхом незаконної вимоги чи вказівки з метою вплинути на рішення виборчої комісії чи комісії з референдуму (ч. 4).

**Об'єктивну сторону** злочину складають діяння (дії або бездіяльності), що полягають у:

а) перешкоджанні вільному здійсненню громадянином свого виборчого права або права брати участь у референдумі, поєднаному з підкупом, обманом або примушуванням;

б) перешкоджанні діяльності іншого (крім

виборця) суб'єкта виборчого процесу, ініціативної групи референдуму, комісії з референдуму, члена виборчої комісії, члена ініціативної групи референдуму, члена комісії з референдуму або офіційного спостерігача при виконанні ними своїх повноважень, поєднаному з підкупом, обманом або примушуванням;

в) ухиленні члена виборчої комісії у роботі комісії без поважних причин;

г) втручанні службової особи з використанням службового становища у здійснення виборчою комісією чи комісією з референдуму їх повноважень, установлених законом, вчиненому шляхом незаконної вимоги чи вказівки з метою вплинути на рішення виборчої комісії чи комісії з референдуму.

**Перешкоджання вільному здійсненню громадянином свого виборчого права або права брати участь у референдумі** полягає у вчиненні незаконних дій чи бездіяльності, спрямованих на обмеження можливості або створення неможливості реалізації громадянином свого виборчого права чи права брати участь у референдумі, в т.ч. шляхом створення будь-яких незаконних перешкод (перепон, завад), які заважають реалізації названих прав, а так само незаконно примушують чи спонукають громадянина відмовитися від їх вільної реалізації.

При цьому слід брати до уваги, що виборче право може бути як активним (право обирати), так і пасивним (право бути обраним)<sup>34</sup>. Активне виборче право включає не лише можливість вільно голосувати за того чи іншого кандидата, але й інші компоненти, без яких таке голосування стає неможливим: заборона незаконної відмови у включенні до списків голосування, у випаді бюлетеня для голосування тощо. Так само пасивне виборче право включає право висувати свою кандидатуру чи бути висунутим на виборчу посаду у визначений законом спосіб, право бути зареєстрованим як кандидат на таку посаду та проводити виборчу кампанію в порядку, визначеному законом, тощо.

Активне виборче право мають усі громадяни України, які досягли вісімнадцятирічного віку на день виборів (день голосування), крім осіб, визнаних судом недієздатними (ст. 70 Конституції України, ст. 2 Закону про вибори народних депутатів, ст. 2 Закону про вибори Президента). На місцевих виборах, на яких формуються органи місцевого самоврядування, правом голосу наділені всі дієздатні громадяни України, котрі на-

<sup>34</sup> В літературі правильно зазначається, що цей поділ є досить умовним, адже пасивне виборче право (право бути обраним) передбачає досить активну участь кандидата у передвиборчій кампанії (Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 146).

лежать до відповідних територіальних громад та яким на день виборів виповнилося вісімнадцять років (ст. 3 Закону про місцеві вибори). Отже на місцевих виборах не мають права голосу: військовослужбовці строкової служби; громадяни України, що проживають за кордоном; особи, визнані судом недієздатними; громадяни України, які за вироком суду перебувають у місцях позбавлення волі, оскільки вони вважаються такими, що не належать до жодної територіальної громади (ч. 6 ст. 3 Закону про місцеві вибори).

Пасивне виборче право громадяни отримують за дотримання низки вимог, визначених чинним законодавством, зокрема:

- Президентом України може бути обраний громадянин України, який на день виборів досяг тридцяти п'яти років, має право голосу, володіє державною мовою і проживає в Україні протягом десяти останніх перед днем виборів років (ст. 103 Конституції України, ч. 1 ст. 9 Закону про вибори Президента). Проте не можуть бути висунутими кандидатами на пост Президента України: а) громадянин, який має судимість за вчинення умисного злочину, якщо ця судимість не погашена і не знята у встановленому законом порядку; б) особа, що була Президентом України два строки підряд, на виборах, які відбуваються безпосередньо по закінченні другого терміну його повноважень; в) особа, повноваження якої на посту Президента України були припинені достроково відповідно до Конституції України – на позачергових виборах, призначених у зв'язку з вказаним припиненням повноважень (ч.ч. 4–6 ст. 9 Закону про вибори Президента);

- народним депутатом України може бути обраний громадянин України, який на день виборів досяг двадцяти одного року, має право голосу і проживає в Україні протягом останніх п'яти років (ст. 76 Конституції України, ч. 1 ст. 9 Закону про вибори народних депутатів). Не може бути висунутий кандидатом й обраний депутатом громадянин, який має судимість за вчинення умисного злочину, якщо ця судимість не погашена і не знята у встановленому законом порядку (ст. 76 Конституції України, ч. 4 ст. 9 Закону про вибори народних депутатів);

- депутатом Верховної Ради АРК, обласних, районних, міських, районних у містах рад, сільським, селищним, міським головою може бути обраний громадянин України, який має право голосу, крім осіб, що мають судимість за вчинення умисного злочину, якщо ця судимість не погашена або не знята в установленому законом порядку (ст. 9 Закону про місцеві вибори).

Слід мати на увазі, що положення ст. 157 КК (а так само і ст.ст. 158, 158-1, 158-2, 159, 159-1 КК) стосуються лише виборів Президента Украї-

ни, народних депутатів України (парламентських виборів), а також депутатів Верховної Ради АРК, обласних, районних, міських, районних у містах рад, сільських, селищних, міських голів (місцевих виборів). Отже, указані статті КК не можуть бути застосованими до будь-яких інших виборів, наприклад, виборів до органів самоорганізації населення, виборів суддів Конституційного Суду України чи керівництва громадських організацій або юридичних осіб тощо (хоча це не означає, що в даному випадку не можуть застосовуватися інші доречні статті КК).

Разом із тим, виходячи із змісту ч. 1 ст. 157 КК, ця норма захищає також інше важливе політичне право громадян – **право на участь у референдумі**. Референдум – це форма безпосередньої демократії, що полягає в голосуванні громадян з найбільш важливих питань загальнодержавного (всеукраїнський референдум) чи місцевого значення (місцевий референдум).

У всеукраїнському та місцевому референдумах мають право брати участь громадяни України, які на день проведення референдуму досягли 18 років і постійно проживають відповідно на території України або області, району, міста, району в місті, селища, сільради (ст. 7 Закону про референдуми). Але як і виборчі права, право брати участь у референдумі також означає не тільки можливість голосувати на ньому, але й право ініціювати проведення всеукраїнського чи місцевого референдуму та брати участь у його організації та проведенні в порядку, визначеному законом.

Прикладами перешкоджання вільному здійсненню громадянином свого виборчого права або права брати участь у референдумі можуть бути: підкуп виборців; адміністративний тиск на підлеглого як з метою спонукання його проголосувати за певного кандидата (виборчий блок, партію) на виборах чи певне питання на референдумі, або навпаки не проголосувати; примушування зняти свою кандидатуру з балотування; створення перешкод для вільної агітації тощо. Не вважається кримінально караним перешкоджанням здійсненню указаних прав їх обмеження, здійснене на підставі й у порядку, визначеному законом (наприклад, відмова в реєстрації кандидатом на виборах особи, яка за законом не має активного виборчого права, або законна відмова у видачі виборчого бюлетеня громадянину, не включеному до списку виборців).

**Перешкоджання діяльності іншого суб'єкта виборчого процесу, ініціативної групи референдуму, комісії з референдуму, члена виборчої комісії, члена ініціативної групи референдуму, члена комісії з референдуму або офіційного спостерігача при вико-**



нанні ними своїх повноважень полягає у вчиненні незаконних дій чи бездіяльності, спрямованих на обмеження можливості або створення неможливості реалізації вказаними суб'єктами своїх прав, обов'язків чи повноважень, визначених законом.

Слова «інші суб'єкти виборчого процесу» означають всіх суб'єктів, визначених нормами виборчого законодавства, крім виборців. Слід мати на увазі, що перелік цих суб'єктів є різним залежно від виду виборів. Так, Закон про вибори Президента (ст. 12) називає таких суб'єктів виборчого процесу: 1) виборець; 2) виборчі комісії; 3) кандидати на пост Президента України, зареєстровані у порядку, встановленому законом; 4) партії (блоки), які висунули кандидатів на пост Президента України; 5) уповноважені представники, довірені особи, офіційні спостерігачі від партій (блоків) – суб'єктів виборчого процесу та від кандидатів на пост Президента України.

Закон про вибори народних депутатів (ст. 12) визначає наступних суб'єктів виборчого процесу: 1) виборець; 2) ЦВК, а також інша виборча комісія, утворена відповідно до цього Закону; 3) партія, що висунула кандидата у депутати; 4) кандидат у депутати, зареєстрований у порядку, встановленому цим Законом; 5) офіційний спостерігач від партії, яка висунула кандидатів у депутати у загальнодержавному окрузі, від кандидата у депутати в одномандатному окрузі, від громадської організації, який зареєстрований у порядку, встановленому цим Законом.

Закон про місцеві вибори (ст. 12) указує на таких суб'єктів виборчого процесу: 1) виборці; 2) виборчі комісії; 3) кандидати в депутати, кандидати на посаду сільського, селищного, міського голови; 4) місцеві організації партій, які висунули кандидатів у депутати у багатомандатному виборчому окрузі, або одномандатному виборчому окрузі, або кандидатів на посаду сільського, селищного, міського голови; 5) офіційні спостерігачі від місцевих організацій партій, які висунули кандидатів у депутати у багатомандатному виборчому окрузі, від кандидатів у депутати в одномандатному, одномандатному мажоритарному виборчому окрузі, від кандидатів на посаду сільського, селищного, міського голови.

Оскільки Закон про референдуми, який залишається чинним протягом вже 20 років і не є таким деталізованим, як виборчі закони, не містить загального переліку суб'єктів процесу референдуму, ці суб'єкти були прямо зазначені у ч. 1 ст. 157 КК: 1) ініціативна група референдуму; 2) комісія з референдуму; 3) член ініціативної групи референдуму; 4) член комісії з референдуму.

Крім того, у диспозиції ч. 1 ст. 157 КК окре-

мо згадуються члени виборчих комісій, адже виборче законодавство не відносить їх до переліку самостійних суб'єктів виборчого процесу, та офіційні спостерігачі, оскільки лише частина із них є самостійними суб'єктами виборчого процесу, про що мова йтиме далі. Тому перешкоджання законній діяльності названих суб'єктів так само є кримінально караним діянням.

**Виборчі комісії** є спеціальними колегіальними органами, уповноваженими організовувати підготовку та проведення президентських, парламентських і місцевих виборів і забезпечувати додержання та однакове застосування виборчого законодавства України.

Виборчі закони дещо по-різному визначають систему виборчих комісій. Так, Закони про вибори Президента (ст. 21) та про вибори народних депутатів (ст. 24) визначають, що цю систему утворюють: 1) ЦВК; 2) окружні виборчі комісії; 3) дільничні виборчі комісії. Закон про місцеві вибори (ст. 19) до цієї системи входять: 1) ЦВК; 2) територіальні виборчі комісії (виборча комісія АРК, обласні виборчі комісії, районні виборчі комісії, міські виборчі комісії (у т.ч. міст Києва та Севастополя), районні у містах виборчі комісії (у містах, де утворені районні у місті ради), селищні, сільські виборчі комісії); 3) дільничні виборчі комісії.

Повноваження, а також порядок утворення, діяльності та припинення повноважень виборчих комісій визначені Законом про ЦВК та відповідними виборчими законами.

**Комісії з референдуму** – це спеціальні колегіальні органи, уповноваженими організовувати підготовку та проведення всеукраїнського та місцевого референдумів і забезпечувати повне та однакове застосування законодавства України про референдуми.

Закон про референдуми (ст. 24) визначає таку систему комісій з всеукраїнського референдуму: 1) Центральна комісія з всеукраїнського референдуму (функції цієї комісії, з урахуванням положень Закону про ЦВК, який було прийнято на три роки пізніше, сьогодні покладені на ЦВК); комісія Республіки Крим з всеукраїнського референдуму; обласні, районні, міські, районні у містах, селищні, сільські комісії з референдуму; дільничні комісії з референдуму. Для підготовки і проведення місцевого референдуму в межах адміністративно-територіальних одиниць, де він проводиться, утворюються комісії: 1) обласні, районні, міські, районні у містах, селищні, сільські комісії з референдуму; 2) дільничні комісії з референдуму. У разі, якщо референдум проводиться одночасно з виборами народних депутатів або Президента України, може бути утворено спільні комісії з референдуму та виборів.

Правовий статус **членів ЦВК** регламентується Законом про ЦВК. Зокрема, повноваження Голови, заступників Голови, секретаря та звичайних членів цієї комісії визначені ст.ст. 26–29 Закону про ЦВК. Правовий статус **членів інших виборчих комісій** регулюється відповідними виборчими законами. Так, їх права та обов'язки закріплені в ст. 29 Закону про вибори Президента, ст. 36 Закону про вибори народних депутатів і ст. 28 Закону про місцеві вибори. Закон про референдуми, на відміну від виборчих законів, чітко не визначає права та обов'язки **членів комісій з референдуму**, тому їх слід визначати шляхом тлумачення всієї сукупності норм цього закону.

**Ініціативна група референдуму** – це утворена та зареєстрована в порядку, визначеному ст.ст. 16 і 17 Закону про референдуми, група громадян України, котрі мають право голосу на референдумі, а для місцевого референдуму – ще й постійно проживають на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці. Статус членів ініціативної групи референдуму громадяни отримують з моменту офіційної реєстрації цієї групи, хоча право організувати та безперешкодно здійснювати збирання підписів на листах для підписів громадян під вимогою про проведення референдуму (підписних листах) ініціативна група отримує від дня одержання свідоцтва про реєстрацію. Порядок і строки збирання підписів ініціативними групами передбачені у ст. 18 Закону про референдуми.

Брати участь у виборчому процесі чи спостерігати за ним можуть **офіційні спостерігачі**.

Зокрема, на президентських виборах це можуть робити (ст. 68 Закону про вибори Президента):

1) офіційні спостерігачі від кандидатів на пост Президента України, партій (блоків), які висунули кандидатів;

2) офіційні спостерігачі від іноземних держав та міжнародних організацій можуть вести спостереження за ходом виборчого процесу.

На парламентських виборах (ст. 77 Закону про вибори народних депутатів):

1) офіційні спостерігачі від партій, кандидати у депутати від якої зареєстровані у загальнодержавному окрузі; офіційні спостерігачі від кандидатів у депутати в одномандатному окрузі; офіційні спостерігачі від громадських організацій;

2) офіційні спостерігачі від іноземних держав та міжнародних організацій.

На місцевих виборах (ст. 57 Закону про місцеві вибори):

1) офіційні спостерігачі від місцевих організацій партій, кандидати в депутати від яких зареєстровані в багатомандатних виборчих округах;

офіційні спостерігачі від кандидатів у депутати в одномандатних, одномандатних мажоритарних виборчих округах, кандидатів на посаду сільського, селищного, міського голови;

2) офіційні спостерігачі від всеукраїнських громадських організацій, іноземних держав і міжнародних організацій, що зареєстровані в установленому законом порядку.

Офіційні спостерігачі позначені вище під першими номерами на всіх трьох видах виборів визнані законом самостійними суб'єктами виборчого процесу, інші – ні (тому останні не «беруть участь у процесі», а лише «спостерігають», маючи дещо менше прав, ніж перші).

Отже, згідно із ст. 69 Закону про вибори Президента, ст. 78 Закону про вибори народних депутатів, ст. 58 Закону про місцеві вибори офіційні спостерігачі, котрі є самостійними суб'єктами виборчого процесу мають право:

1) перебувати на виборчих дільницях під час голосування, спостерігати з будь-якої відстані за діями членів комісії, у т. ч. під час видачі бюлетенів виборцям і підрахунку голосів, не заважаючи членам комісії фізично;

2) робити фото-, кінозйомки, аудіо- та відеозаписи (не порушуючи при цьому таємниці голосування);

3) бути присутнім при видачі виборчих бюлетенів членам дільничної виборчої комісії для організації голосування виборців за межами приміщення для голосування та при проведенні такого голосування;

4) бути присутнім з дотриманням вимог закону на засіданнях дільничних та окружної (територіальної) виборчих комісій відповідного територіального виборчого округу, у т. ч. під час підрахунку голосів виборців на виборчій дільниці, встановлення підсумків голосування в територіальному виборчому окрузі;

5) звертатися до відповідної виборчої комісії із скаргою щодо порушень цього Закону в разі їх виявлення (на парламентських виборах – також до суду);

6) інші права, передбачені виборчим законодавством.

При цьому вони не мають права:

1) протиправно втручатися в роботу виборчої комісії, чинити дії, що порушують хід виборчого процесу або неправомірно заважають членам виборчої комісії здійснювати свої повноваження;

2) заповнювати замість виборця (у т. ч. і на його прохання) виборчий бюлетень;

3) бути присутнім при заповненні виборцем виборчого бюлетеня у кабіні (кімнаті) для таємного голосування або іншим чином порушувати таємницю голосування.

Офіційні спостерігачі, котрі не є суб'єктами

виборчого процесу, мають права, передбачені в ст. 70 Закону про вибори Президента, ст. 79 Закону про вибори народних депутатів, ст. 59 Закону про місцеві вибори, а також в інших нормах названих законів.

Слід наголосити, що Закон про референдуми не виділяє такої категорії учасників процесу референдуму як офіційні спостерігачі. Тому перешкодження діяльності осіб, які згідно зі ст. 42 названого Закону мають право бути присутніми на засіданнях комісії з референдуму при підрахунку голосів і визначенні результатів голосування (представники трудових колективів, громадських організацій, політичних партій, масових рухів, колективів професійно-технічних, середніх спеціальних і вищих навчальних закладів, зборів громадян за місцем проживання і військово-вослужбовців по військових частинах, органів державної влади, повноваження яких засвідчені письмовими дорученнями або посвідченнями), за наявності підстав повинні кваліфікуватися, на думку П.П. Андрушка, як перешкодження вільному здійсненню права брати участь у референдумі, якщо вони мають таке право<sup>35</sup>.

Крім того, на відміну від Закону про вибори Президента, який відносить уповноважених представників і довірених осіб кандидата на пост Президента України, партії (блоку) до суб'єктів виборчого процесу, Закони про вибори народних депутатів і про місцеві вибори, хоча й оперують поняттями «довірена особа», «представник», «уповноважена особа», але не визнає їх такими суб'єктами. Тому перешкодження їх законній діяльності має розцінюватись як перешкодження діяльності суб'єктів виборчого процесу, інтереси яких вони представляють<sup>36</sup>.

Перешкодження діяльності всіх інших суб'єктів, які не були указані в ч. 1 ст. 157 КК, але певним чином пов'язані з виборчим процесом не утворює складу злочину, передбаченому названою кримінально-правовою нормою, адже воно безпосередньо не посягає на об'єкт даного злочину. Такі дії за наявності підстав розглядати як відповідний злочин проти життя та здоров'я особи, авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян, злочин у сфері службової діяльності тощо. Це стосується, скажімо, перешкодження діяльності службових осіб органів виконавчої влади чи місцевого самоврядування щодо матеріально-технічного забезпечення підготовки та проведення виборів тощо<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 179.

<sup>36</sup> Там само. – С. 185.

<sup>37</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу

У ч. 1 і ч. 2 ст. 157 КК наводиться перелік **способів перешкодження** вільному здійсненню громадянином свого виборчого права або права брати участь у референдумі, а також перешкодження діяльності іншого суб'єкта виборчого процесу, ініціативної групи референдуму, комісії з референдуму, члена виборчої комісії, члена ініціативної групи референдуму, члена комісії з референдуму або офіційного спостерігача при виконанні ними своїх повноважень. На відміну від попередньої редакції цієї статті, на даний момент цей перелік є вичерпним. Зокрема, **протистий склад злочину** (ч. 1 ст. 157 КК) утворює перешкодження, вчинене шляхом: а) підкупу; б) обману; в) примушування. **Кваліфікований склад** (ч. 2 ст. 157 КК) становлять ті самі діяння, поєднані із: а) застосуванням насильства, б) знищенням чи пошкодженням майна, в) погрозою застосування насильства або знищення чи пошкодження майна.

*Підкуп* полягає у схилянні особи шляхом надання чи обіцяння надання винагороди матеріального характеру (грошей, матеріальних цінностей або послуг) до вчинення певних дій або до відмови від їх вчинення, пов'язаних з реалізацією громадянином свого активного чи пасивного виборчого права або права брати участь у референдумі чи з реалізацією визначеними у ч. 1 ст. 157 КК суб'єктами своїх повноважень в ході виборчого процесу. Підкуп може бути прямим, що полягає в отриманні виборцем (чи іншим адресатом) грошей чи подарунків безпосередньо під час голосування, і непрямим, який полягає, наприклад, в організації благодійних обідів для виборців, роздачі гуманітарної допомоги, укладенні договору щодо надання послуг з подальшою виплатою преміальних у випадку перемоги кандидата тощо<sup>38</sup>. При цьому слід враховувати, що дії осіб, які надають предмет підкупу виборцям чи кандидатам на посади, містять склад злочину, передбачений ст. 157, але дії останніх з отримання предмета підкупу не є злочином, крім випадків, коли здійснюється підкуп службової особи (члена виборчої комісії, комісії з референдуму)<sup>39</sup>. Отже, підкуп, вчинений від-

України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 396-397.

<sup>38</sup> Дамм И.А. Коррупция и ее формы в избирательном процессе // Информационный бюллетень. – 2006. – № 6. – С. 81-82.

<sup>39</sup> Слід зауважити, що в науковій літературі висловлюється спірна, на нашу думку, пропозиція щодо криміналізації підкупу як такого, а не як способу перешкодження. Так, В. Корж пропонує доповнити КК статтею 157-1 такого змісту: «Стаття 157-1. Підкуп виборців, голови, секретаря, членів виборчої комісії

Підкуп виборців, голови, секретаря, членів виборчої комісії кандидатом на виборну посаду або його довіреною особою, представником партії (блоку) чи службовою особою державного органу або інше порушення принципу вільного волевизначення



носно службової особи, за наявності необхідних підстав слід розцінювати як давання хабара і додатково кваліфікувати за ст. 369, а дії службових осіб, які одержали предмет хабара, потребують кваліфікації за ст. 368 КК.

Як зазначає М.О. Мягков, однією з найгостріших проблем є відмежування кримінально караного підкупу від підкупу, визначеного виборчим законодавством як виборче правопорушення. На його думку, основним критерієм розмежування повинна бути властивість конкретного підкупу унеможливити або ускладнити вільне здійснення громадянином свого виборчого права. Іншими словами, говорить дослідник, підкуп повинен вважатися кримінально каранним у разі, якщо він був спрямований на порушення виборчих прав громадянина: якщо в результаті підкупу особи в її свідомості закріпився чи міг закріпитися обов'язок не здійснювати свого виборчого права або здійснити його певним чином, то такий підкуп слід вважати кримінально-каранним. Якщо у виборця після підкупу повністю зберігається свобода волевиявлення (наприклад виборець на вулиці безкоштовно отримав подарунок від агітаційної групи без вимоги голосувати за певного кандидата, а лише із закликом), то такий підкуп є тільки виборчим правопорушенням<sup>40</sup>.

Проте ця позиція вимагає певного уточнення. Так, у чинному виборчому законодавстві дійсно передбачено, що прямий і непрямий підкуп виборців, а також підкуп членів виборчих комісій тягнуть конституційну відповідальність у вигляді оголошення попередження партії (блоку), кандидату в депутати чи на пост Президента, або скасування реєстрації кандидата (ст. 61 Закону про вибори народних депутатів, ст. 56 Закону про вибори Президента). Проте різниця між поняттями «підкуп», що вживаються у виборчому законодавстві та КК (зокрема в ст. 157) полягає в тому, що:

1) у виборчому праві підкуп сам по собі становить склад правопорушення, який тягне заходи конституційної відповідальності, а в ст. 157 КК підкуп визначено лише як спосіб перешко-

дження громадянину реалізувати його виборче право чи права на участь у референдумі, а також як спосіб перешкодження законній діяльності інших суб'єктів, визначених у ч. 1 ст. 157 КК (тобто кримінально каранним є не просто підкуп, а перешкодження шляхом підкупу);

2) згідно з виборчим законодавством конституційну відповідальність тягне лише підкуп виборців або членів виборчих комісій (у Законі про референдуми поняття «підкуп» взагалі не згадується), тоді як диспозиція ч. 1 ст. 157 КК містить значно більший перелік суб'єктів, діяльності яких можна перешкоджати шляхом підкупу.

Таким чином, підкуп виборців чи інших суб'єктів може тягти конституційну та кримінальну відповідальність як разом, так і окремо (в одних випадках – тільки конституційну, в інших – тільки кримінальну).

*Прикладом кримінально караного підкупу є наступні дії винних осіб. Так, 31 жовтня 2010 року, в період часу з 10 год. 00 хв. по 11 год. 00 хв., громадяни А. і Б., діючи за попередньою змовою та перебуваючи біля виборчої дільниці № 13 виборчого округу № 4 у м. Чернівці, переслідуючи мету перешкодження вільному здійсненню громадянами України свого виборчого права за пропонували громадянину В. прийняти участь у голосуванні на виборах депутатів Чернівецької міської ради та проголосувати на користь кандидата в депутати Чернівецької міської ради по одномандатному мажоритарному округу №4 громадянина Г. за що пообіцяли останньому грошову винагороду в сумі 50 гривень. Погодившись, громадянин В. проголосував за громадянина Г., після чого, сфотографував бюлетень разом з першою сторінкою свого паспорту на мобільний телефон. Після того, як громадянин В. вийшов з виборчої дільниці і показав фотографію громадянам А. і Б., він отримав 50 грн.<sup>41</sup>*

Слід зауважити, що не є кримінально каранним підкупом надання виборцям товарів, що за своїм характером є малоцінними, у т. ч. й ті, котрі містять інформацію агітаційного характеру за того чи іншого кандидата, наприклад, надання виборцям кулькових ручок чи плакатів-календарів. Зокрема, у ч.ч. 13 і 14 ст. 74 Закону про вибори народних депутатів і ч. 4 ст. 53 Закону про місцеві вибори прямо зазначено, що не є підкупом і є цілком законною передвиборна агітація, що супроводжується наданням виборцям товарів, що містять візуальні зображення назви, символіки, прапора партії (партії, що входить до складу блоку; блоку), за умови, що вартість таких

явлення громадян України, – карається...».

Крім того, вона пропонує передбачити адміністративну відповідальність для виборців, яких підкуповують (Корж В. Електоральна корупція в Україні: проблеми теорії, законодавства і практики // *Вибори та демократія*. – 2010. – № 2-3 (24-25). – С. 27). Схожі зміни до законодавства Російської Федерації пропонує внести Н.Ю. Турищева (Турищева Н.Ю. Подкуп как способ воспрепятствования осуществлению избирательных прав // *Юристъ-Правоведъ*. – 2008. – № 3 (28). – С. 51-52.).

<sup>40</sup> Тагієв С.Р., Мазур М.В., Мягков М.О. Порухення виборчого законодавства: проблеми судового оскарження та юридичної відповідальності : препринт. – Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006. – С. 111.

<sup>41</sup> Вирок Шевченківського районного суду м. Чернівці від 10 грудня 2010 р. у справі № 1-505/2010 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/13222629>. – Дата доступу: 21.01.2011.

товарів не перевищує трьох (на парламентських виборах) чи п'яти (на місцевих виборах) відсотків мінімального розміру заробітної плати.

У той же час надання товарів, послуг та робіт більш значної вартості потрібно кваліфікувати саме як підкуп. Наприклад, до таких випадків слід відносити надання «безкоштовних» юридичних послуг населенню, поєднаних із передвиборчою агітацією.

Перешкоджання шляхом підкупу слід відмежовувати від благодійництва, спонсорства, а також іншої суспільно корисної діяльності осіб, котрі бажають стати представниками у відповідних органах державної влади та органах місцевого самоврядування в майбутньому. Наприклад, особа в період між черговими виборами здійснює заходи з благоустрою певної території, на якій в майбутньому планує балотуватися на посаду місцевого голови. Визначальним у цьому випадку при розмежуванні злочину від суспільно корисного вчинку є проміжок часу упродовж котрого здійснюються заходи із безкоштовного надання товарів, послуг і робіт. Якщо вищевказані заходи вчиняються поза межами офіційно оголошеного терміну виборчого процесу, то діяння осіб не містять складу злочину, коли ж відбуваються у межах виборчого процесу (наприклад, виборчий процес чергових виборів народних депутатів і чергових виборів Президента України розпочинається за дев'яносто днів до дня виборів; чергових місцевих виборів – за 50 днів до дня виборів) – такі дії слід вважати перешкоджанням шляхом підкупу. Наприклад, можна вважати підкупом і відповідно кваліфікувати за ст. 157 КК, встановлення в період виборчого процесу на території, на якій кандидат балотується у депутати, металевих дверей у під'їздах багатопверхових будинків, проведення чи ремонт систем тепло-, водо-, газопостачання тощо.

Обман як спосіб перешкоджання, полягає у введенні особи в оману стосовно дійсних явищ і фактів, які мають безпосереднє відношення до здійснення громадянином виборчих прав чи права брати участь у референдумі або до діяльності суб'єктів, визначених у ч. 1 ст. 157 КК. Обман може виражатись як у діях – повідомленні неправдивих відомостей (наприклад, про час та місце голосування, порядок заповнення бюлетенів, про обсяг повноважень члена виборчої комісії, про особу кандидата у депутати чи на пост Президента<sup>42</sup> тощо), так і в умисному за-

мовчуванні фактичних обставин, які винний зобов'язаний був повідомити (наприклад, неповідомлення члена виборчої комісії про час і місце засідання цієї комісії тощо).

Перешкоджання вільному здійсненню громадянином його виборчого права й права брати участь у референдумі шляхом обману потрібно відрізнити від діянь, які хоча й впливають на свідомість учасників виборчого процесу, проте, будучи складовими незаборонених законом політичних технологій, не є кримінально караними. До числа останніх можна віднести, наприклад, реєстрацію партій (блоків) або кандидатів з майже однаковими назвами чи навіть іменами або іншими вихідними даними (так зване клоування), оскільки при застосуванні даних заходів основний зиск робиться на неувважність чи політичну необізнаність виборців<sup>43</sup>. Як інший приклад можна навести оприлюднення у ЗМІ, мережі Інтернет матеріалів, що компрометують політичні партії, виборчі блоки політичних партій, кандидатів у органи державної влади і місцевого самоврядування. При відповідності такої інформації дійсності дії винних не утворюють складу злочину, передбаченого ст. 157 КК, але за невідповідності – можуть в деяких випадках утворювати такий склад, оскільки у потенційних виборців може скластися хибне уявлення відносно зазначених партій, виборчих блоків партій, особистості кандидатів.

Але при цьому слід пам'ятати, що інформація, отримана незаконним шляхом, навіть якщо вона є правдивою, може тягти кримінальну відповідальність за іншими статтями КК. Наприклад, якщо інформація була отримана шляхом порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер у т. ч. з використанням спеціальних

правдиву інформацію про нібито смерть кандидата в Президенти, на той час чинного Президента України Леоніда Даниловича Кучми, зробивши це у формі заяви спікера Верховної Ради України, опублікованої в спеціальному (фальшивому) загальнонаціональному випуску газети «Голос України». До речі в цій справі Страсбурзький суд постановив, що покарання заявника у виді позбавлення волі терміном на 5 років умовно з випробувальним терміном на два роки, штрафу у розмірі 170 українських гривень і з наступним анулюванням обласною кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури свідоцтва про право заняття адвокатською діяльністю являло собою дуже суворе покарання, яке не було пропорційним тяжкості діяння та формі його вчинення (Салов мав лише вісім фальшивих газет, які він показав лише п'яти виборцям, не висловлюючи при цьому свою власну впевненість у тому, що інформація про смерть Л.Кучми є правдивою).

<sup>43</sup> Зокрема, на виборах Президента України 2010 року одним із кандидатів був зареєстрований Протівсіх Василь Васильович, котрий змінив своє старе прізвище «Гуменюк» на «Протівсіх» восени 2009 року, очевидно, сподіваючись, що за нього свідомо чи помилково проголосують ті виборці, які не підтримували жодного кандидата на вказаних виборах.

<sup>42</sup> Один із таких фактів, який мав місце в 1999 році на чергових виборах Президента України, навіть став предметом розгляду Європейського суду з прав людини – справа «Салов проти України» (рішення від 06.09.2005). У цій справі заявника було притягнуто до кримінальної відповідальності за перешкоджання здійсненню виборчого права громадян, яке виявилось в тому що 30 і 31 жовтня 1999 р. він поширив не-

засобів, призначених для негласного зняття інформації, дії винних осіб повинні додатково кваліфікуватись за ст. 163 КК. Якщо відповідна інформація була отримана іншим незаконним шляхом, то за умови незаконного використання спеціальних технічних засобів це діяння охоплюється складом злочину, передбаченим ст. 359 КК.

*Примушування* як спосіб перешкоджання означає будь-який психічний вплив на особу, спрямований на те, щоб схилити її всупереч її дійсній волі до вчинення незаконних дій або відмови від вчинення певних дій, які вона має право чи зобов'язана зробити. Це можуть бути, наприклад, погроза: розголошення певної особистої інформації, звільнення з роботи, зменшення заробітної плати, погіршення умов праці, неможливості кар'єрного росту, позбавлення певних благ тощо. Примушуванням як способом перешкоджання в контексті положень ч. 1 ст. 157 КК не є вплив на особу шляхом підкупу, обману, застосування насильства, знищення чи пошкодження майна або погрози застосування насильства, знищення чи пошкодження майна<sup>44</sup>.

Під *насильством* у ч. 2 ст. 157 КК слід розуміти застосування до потерпілого фізичної сили з метою спонукати його до відмови від реалізації свого виборчого права чи права брати участь на референдумі, до певного волевиявлення під час виборів чи референдуму або до вчинення (не вчинення) суб'єктами, передбаченими в ч. 1 ст. 157 КК, певних дій чи бездіяльності у зв'язку з виборчим процесом. Такі дії винних осіб можуть виявитися в нанесенні побоїв, ударів, зв'язуванні, позбавленні чи обмеженні волі, заподіянні тілесних ушкоджень (легких або середньої тяжкості), насильницькому вилученні у потерпілого виборчого бюлетеня, документів, необхідних для реєстрації кандидатом тощо.

Перешкоджання, яке супроводжувалось по-

<sup>44</sup> Щодо цього способу вчинення злочину С.Я. Лихова вказує наступне: «Такий спосіб, як *примушування* в ч. 1 ст. 157 КК України сформульований невдало. Із тексту статті не зрозуміло про яке примушування і до чого іде мова... Крім того, як правило, термін «примушування» пов'язаний із насильством чи заподіянням матеріальної шкоди або з погрозою застосувати насильство чи заподіяти таку шкоду (ст. 228 КК України), або з застосуванням шантажу або обману (ч. 2 ст. 303 КК України), або з погрозою насильства над потерпілим або його близькими родичами, пошкодження чи знищення їх майна (ст. 355 КК України), примушування священнослужителя шляхом фізичного або психічного насильства до проведення релігійного обряду (ст. 180 КК України)... Тому вважаємо, що термін «примушування» слід вилучити із тексту диспозиції ч. 1 ст. 157 КК України, адже способи, якими традиційно в кримінально-правовому розумінні вчинюється примушування, вказані в ч. 1 та в ч. 2 ст. 157 КК України: підкуп, обман, психічне та фізичне насильство» (Лихова С. Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 234)

збавленням життя потерпілого, нанесенням йому тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження за обтяжуючих обставин, катуванням чи позбавленням волі кваліфікується за сукупністю злочинів, визначених ст. 157 та ст. 115, ст. 121, ч. 2 ст. 122, ст. 127, ст. 146 КК.

Необхідно підкреслити, що в ч. 2 ст. 157 КК не конкретизовано перелік осіб, застосування насильства щодо яких утворює кваліфікований склад злочину, передбаченого даною нормою. Очевидно, до числа таких осіб слід відносити всіх суб'єктів, перелічених у ч. 1 цієї статті. Але, як зазначають А.П. Бабій і П.П. Андрушко, насильство за змістом цієї статті може бути застосоване і щодо близьких осіб громадянина, реалізації прав чи діяльності якого перешкоджають (те саме стосується і знищення або пошкодження майна, а також погрози застосування насильства, знищення або пошкодження майна)<sup>45</sup>.

Крім того, на думку М.О. Мягкова, у диспозиції кримінально-правової норми, що розглядається, зміст насильства об'єднує як фізичне, так і психічне насильство. При цьому правознавець з посиланням на роботу Л.В. Сердюка визначає психічне насильство як умисний, суспільно небезпечний, протизаконний, з боку інших осіб вплив на психіку людини або групу людей, що здійснюється проти або поза їхньою волею інформаційним чи неінформаційним шляхом і здатне придушити свободу волевиявлення або спричинити психічну чи фізіологічну травму<sup>46</sup>. Проте ця позиція є дискусійною, і більшість вітчизняних вчених, коментуючи положення ст. 157 КК, не називає психічне насильство формою насильства, передбаченого в ч. 2 указаної статті.

*Знищення майна* – це доведення його до повної непридатності, що це унеможливує його подальшу експлуатацію за цільовим призначенням. Внаслідок знищення майно перестає існувати в первинному вигляді або повністю втрачає свою цінність.

*Пошкодження майна* – це погіршення якості, зменшення цінності, обмеження функціональності або тимчасове доведення майна до стану, робить неможливим його використання за

<sup>45</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. Є.А. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – с. 78; Уголовный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Отв. ред. Е.А. Стрельцов; изд. 4-е, перераб. и доп. – Х.: Одиссей, 2007. – С. 315; Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 191.

<sup>46</sup> Тагієв С.Р., Мазур М.В., Мягков М.О. Порухення виборчого законодавства: проблеми судового оскарження та юридичної відповідальності: препринт. – Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006. – С. 112-113. Див., також: Мягков М.О. Насильство як спосіб перешкоджання здійсненню виборчого права // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. – 2005. – № 4. – С. 82-88.



цільовим призначенням протягом певного часу.

Якщо знищення чи пошкодження майна вчинене шляхом підпаду, вибуху чи іншим загально небезпечним способом, або заподіяло майнову шкоду в особливо великих розмірах, або спричинило загибель людей чи інші тяжкі наслідки, то воно потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ч.ч. 2 або 3 ст. 157 та ч. 2 ст. 194 КК.

Погроза полягає у психічному впливі на потерпілого з метою перешкодити в реалізації його прав чи його діяльності шляхом вираження словами, жестами чи іншим чином наміру застосувати насильство (нанести удар, заподіяти тілесні ушкодження, вбити, позбавити свободи, згвалтувати чи вчинити інші насильницькі дії) або знищити чи пошкодити майно. Обов'язковою ознакою погрози є наявність у потерпілого реальних підстав побоюватися її втілення винним. При цьому варіації усвідомлення змісту і характеру погрози винним та потерпілим можуть бути такі: а) і винний, і потерпілий сприймають погрозу як реальну; б) винний сприймає погрозу як реальну, проте одночасно усвідомлює, що потерпілий ставиться до погрози як до нереальної; в) винний сприймає погрозу як таку, що у подальшому не буде втілена, проте водночас усвідомлює, що потерпілий її сприймає як небезпечну для себе і як таку, котра у подальшому відносно нього буде реалізована; г) винний сприймає погрозу як реальну, усвідомлює, що такою ж її сприймає і потерпілий, проте у дійсності останній може ставитися до погрози як до нікчемної. На теперішній момент змістом погрози у складі злочину, передбаченого ч. 2 ст. 157, на відміну від першої редакції цієї статті, охоплюється тільки погроза: а) застосування насильства, б) пошкодженням чи знищенням майна (а не погроза взагалі). Погроза вбивством охоплюється змістом поняття «погроза застосування насильства» і додаткової кваліфікації за ст. 129 КК не потребує.

Для прикладу, громадянин А., відбуваючи покарання Дар'ївській виправній колонії № 10 УДДУПВП в Херсонській області, умисно, на початку січня 2010 року чинив тиск шляхом примушування та погрози застосування насильства на громадян Б. і В., які також відбували покарання у цій виправній колонії, з метою змусити їх голосувати за одного з кандидатів у Президенти України під час проведення виборів Президента України 2010 року. Зокрема, на початку січня 2010 року він наказав їм, щоб вони голосували за потрібного кандидата, а оскільки ці особи належали до засуджених, відторгнутих основною масою, і, на думку громадянина А., «нормально не розуміють», то він почав їм погрозувати, сказавши, що «зламає їм хребти», маю-

чи на увазі, що їх можуть побити або скалічити. При цьому розмова відбувалася на підвищених тонах із застосуванням нецензурної лексики. Вироком Білозерського районного суду Херсонської області від 13 вересня 2010 року громадянина А. було визнано винним у вчиненні злочину передбаченого ст. 157 ч. 2 КК України<sup>47</sup>.

Ч. 3 ст. 157 КК визначає, що **кваліфікований склад** злочину утворюють діяння, передбачені ч.ч. 1 і 2 цієї статті, вчинені: а) за попередньою змовою групою осіб; б) членом виборчої комісії чи іншою службовою особою з використанням свого службового становища.

Оскільки виборчі комісії є колегіальними органами держави, то їх члени є службовими особами. Так само службовими особами є члени комісій з референдуму, тому вчинення ними діянь, передбачених у ч. 1 і ч. 2 ст. 157 КК, слід кваліфікувати за ч. 3 цієї статті, не дивлячись на те, що прямо вони там не указані.

Звичайно, за ч. 3 ст. 157 КК необхідно кваліфікувати не будь-яке діяння, вчинене службовими особами, у т. ч. членами виборчих комісій чи комісій з референдуму, а лише перешкодження, поєднане з використанням службового становища, включаючи як офіційні повноваження, передбачені законом, так і інші переваги, включаючи неофіційні можливості, які надає цим особам їх посада з огляду, наприклад, на її загально визнану вагу, важливість, впливовість тощо. Використання службового становища передбачає наявність зв'язку між поведінкою винного та його службовим становищем.

Як зауважує П.П. Андрушко, можливе також поєднання декількох способів перешкодження вільному здійсненню громадянином виборчого права або права брати участь у референдумі чи перешкодження діяльності осіб, зазначених у диспозиції ч. 1 ст. 157 КК. Можливий і перехід від менш інтенсивних способів перешкодження (ч. 1) до більш інтенсивних (ч. 2). Наприклад, спочатку винний намагався перешкодити члену виборчої комісії вчинити певні дії, що входять до його повноважень, шляхом обману, а потім перейшов до погроз застосування насильства тощо. У такому випадку кваліфікувати дії винної особи слід за сукупністю ч. 1 і ч. 2 ст. 157 КК. У той же час, вчинення указаних діянь (передбачених як в ч. 1, так і в ч. 2 ст. 157 КК) за попередньою змовою групою осіб або членом виборчої комісії чи іншою службовою особою з використанням свого службового становища

<sup>47</sup> Вирок Білозерського районного суду Херсонської області від 13 вересня 2010 р. у справі № 1-309/2010 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/13209562>. – Дата доступу: 12.11.2010.

має кваліфікуватися тільки за ч. 3 ст. 157 КК<sup>48</sup>.

Слід зазначити, що ч. 1 ст. 157 КК в редакції 2001 р. була встановлена також кримінальна відповідальність за перешкоджання веденню передвиборної агітації. Проте сьогодні такої форми об'єктивної сторони в кримінальному законі не існує, тому перешкоджання діяльності відповідних суб'єктів виборчого процесу під час здійснення ними передвиборної агітації тягне кримінальну відповідальність лише у випадку, якщо таке діяння було вчинене способами, визначеними в ч. 1 і ч. 2 ст. 157 КК, про які йтиметься нижче. В інших випадках порушення порядку ведення передвиборної агітації, агітації під час підготовки і проведення референдуму тягне адміністративну відповідальність за статтями 212-9 – 212-14 КпАП.

Крім того, необхідно мати на увазі, що склад адміністративного правопорушення утворюють також наступні діяння:

1) порушення права громадянина на ознайомлення в установленому законом порядку з відомостями Державного реєстру виборців, зі списком виборців, списком громадян, які мають право брати участь у референдумі, а так само відмова у видачі громадянину копії мотивованого рішення про відхилення його скарги (звернення) про внесення змін до відомостей Державного реєстру виборців або запиту щодо відомостей Державного реєстру виборців, про внесення змін до списку виборців, списку громадян, які мають право брати участь у референдумі, або порушення строків видачі копії такого рішення (ст. 212-8 КпАП);

2) ненадання у випадках та порядку, встановлених законом, головою відповідної виборчої комісії або особою, яка відповідно до закону виконує його обов'язки, копії виборчого протоколу (ст. 212-17 КпАП);

3) невиконання рішення виборчої комісії, комісії з референдуму, прийнятого в межах їх повноважень (ст. 212-18 КпАП);

4) відмова у звільненні члена виборчої комісії від виконання виробничих чи службових обов'язків за основним місцем роботи на час виконання ним повноважень члена виборчої комісії (ч. 1 ст. 212-19 КпАП);

5) звільнення члена виборчої комісії з роботи або переведення його на нижчу посаду з підстав, пов'язаних із виконанням його обов'язків у виборчій комісії (ч. 2 ст. 212-19 КпАП);

6) порушення встановленого законом порядку опублікування документів та іншої інформації, пов'язаних з підготовкою і проведенням ви-

борів, референдуму виборчою комісією чи засобом масової інформації (ст. 212-20 КпАП).

**Ухилення члена виборчої комісії у роботі комісії без поважних причин**<sup>49</sup> є однією з форм перешкоджання діяльності виборчої комісії<sup>50</sup>.

Зокрема, згідно із ч. 5 ст. 33 Закону про вибори народних депутатів засідання виборчої комісії є повноважним за умови присутності більше половини членів комісії від складу цієї комісії. У ч. 10 указаної статті визначено, що рішення виборчої комісії приймається відкритим голосуванням більшістю голосів від складу комісії, крім випадків, передбачених цим Законом.

<sup>49</sup> У цьому контексті необхідно звернути увагу на певну непослідовність законодавця, який визнав кримінально караним ухилення члена виборчої комісії в роботі комісії без поважних причин, але не криміналізував аналогічне діяння членів комісії з референдуму. Тут виникає кілька проблемних питань. Зокрема, чи засвідчує цей факт те, що ухилення члена комісії з референдуму від роботи в комісії є менш суспільно небезпечним, ніж аналогічне діяння члена виборчої комісії, або ж це є просто законодавчою помилкою? Чи можна за таких обставин притягти до кримінальної відповідальності члена Центральної виборчої комісії за ухилення в роботі цієї комісії під час проведення референдуму, коли ЦВК фактично виконує функції комісії з референдуму?

<sup>50</sup> Указана форма об'єктивної сторони з'явилася в ч. 1 ст. 157 КК після її викладення в новій редакції Законом України від 21 серпня 2009 року. У попередніх редакціях цієї статті (до внесення змін Законом від 15 квітня 2008 року) перелік способів перешкоджання був відкритим, оскільки норма спочатку містила слова «або іншим чином», а пізніше – «або іншим способом», тому «бойкотування» роботи виборчої комісії слід було кваліфікувати як перешкоджання діяльності виборчої комісії іншим способом за ч. 3 ст. 157 КК, як це тоді пропонував робити П.П. Андрушко (Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 189). Але після того, як у 2008 р. перелік способів перешкоджання суб'єктам, визначеним у ч. 1 ст. 157 КК, став вичерпним, таке «бойкотування» фактично стало декриміналізованим діянням, а, отже, виникла необхідність введення в кримінальний закон прямої заборони ухилення члена виборчої комісії від роботи в ній.

Проте включення «ухилення члена виборчої комісії у роботі комісії без поважних причин» до ч. 1 ст. 157 КК, на нашу думку, не є виправданим з точки зору правил законодавчої техніки, оскільки таке ухилення становить, по суті, окремий склад злочину, будучи спеціальною нормою по відношенню до перешкоджання діяльності виборчої комісії. До того ж, кваліфікуючі ознаки, передбачені в частинах 2 і 3 цієї статті, не можуть бути застосовані до цієї форми об'єктивної сторони (якщо дотримуватися протилежної точки зору, то це може привести до абсурдних висновків: скажімо, ухилення члена виборчої комісії в її роботі через те, що йому хтось пригрозив застосуванням насильства, якщо він буде відвідувати засідання комісії, слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 157 КК, адже воно, виходячи з буквального тлумачення цієї норми, «поєднане із погрозою застосування насильства»). Більш правильним було б виділити названу форму об'єктивної сторони в окрему частину або навіть в окрему статтю, диспозицію якої доцільно викласти в наступній редакції: «Перешкоджання діяльності виборчої комісії або комісії з референдуму шляхом ухилення її члена від роботи в ній, вчинене за попередньою змовою групою осіб» (ухилення одного члена комісії не є настільки суспільно небезпечним, що щоб його криміналізувати, оскільки «бойкотування» роботи комісії можливе лише при ухиленні від роботи в ній певної частини її членів).

<sup>48</sup> Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 190-191.

Відповідно до ч. 4 і ч. 14 ст. 27 Закону про місцеві вибори засідання виборчої комісії є повноважним за умови присутності на ньому більше половини членів комісії від складу цієї комісії, а її рішення приймається відкритим голосуванням більшістю голосів від присутніх членів комісії; проте в день голосування, при підрахунку голосів, установленні підсумків голосування та результатів місцевих виборів рішення виборчої комісії приймається більшістю голосів від присутніх на засіданні членів комісії, незалежно від кількості присутніх на засіданні виборчої комісії членів комісії, але не менше трьох членів комісії.

Згідно з ч. 13 ст. 28 Закону про вибори Президента рішення виборчої комісії приймається відкритим голосуванням більшістю голосів від складу комісії, а в день голосування та під час повторного голосування, при підрахунку голосів, а також при встановленні підсумків голосування у межах територіального виборчого округу рішення виборчої комісії приймається більшістю голосів від присутніх членів комісії.

Як зазначено у ч. 1 ст. 31 Закону про референдуми, засідання комісії з референдуму є правомочними, якщо в них бере участь не менш як дві третини складу комісії, а рішення комісії приймаються відкритим голосуванням більшістю голосів від загального складу комісії.

Таким чином, ці вимоги виборчого законодавства створюють можливість використання такої псевдозаконної технології зриву виборчого процесу, як блокування роботи виборчої комісії шляхом ухилення частини членів виборчої комісії, які симпатизують певним партіям (блокам), кандидатам чи були призначені від них, у роботі комісії на ділянці чи в територіальному окрузі, де ці партії чи кандидати не мають підтримки електорату, що може призвести до неповноважності засідань комісії чи неможливості прийняття нею рішень. І хоча законодавець намагається боротися із цією технологією шляхом внесення змін до виборчого законодавства<sup>51</sup>, існування відповідної кримінально-правової норми створює необхідний превентивний ефект.

<sup>51</sup> Зокрема, Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про вибори Президента України» щодо організації роботи виборчих комісій» від 03.02.2010 р. було виключено частину 4 ст. 28 Закону про вибори Президента, згідно з якою засідання виборчої комісії визнавалося повноважним, якщо в ньому брали участь не менш як дві третини складу комісії, а також було внесено низку інших змін. Проте, як було зазначено вище, в ч. 13 ст. 28 Закону про вибори Президента залишилося правило, згідно з яким рішення виборчої комісії приймається відкритим голосуванням більшістю голосів від складу комісії (крім дня голосування). Отже, хоча на виборах Президента України ухилення частини членів виборчої комісії від роботи в ній теоретично не може мати наслідком визнання її засідання неповноважним, але це може привести до неможливості прийняття комісією рішення, а також дуже сильно ускладнити роботу комісії в день голосування.

При кваліфікації важливо визначити, чи були поважними причини ухилення члена виборчої комісії від роботи в ній. Наприклад, поважними причинами можна назвати хворобу, смерть близької особи тощо. У будь-якому разі це є питанням факту, який необхідно встановлювати в кожному конкретному випадку в контексті ситуації, в якій опинилася відповідна особа.

Іншою формою перешкоджання діяльності виборчої комісії чи комісії з референдуму є **втручання службової особи з використанням службового становища у здійснення виборчої комісією чи комісією з референдуму їх повноважень, установлених законом, вчинене шляхом незаконної вимоги чи вказівки з метою вплинути на рішення виборчої комісії чи комісії з референдуму**, відповідальність за яке передбачена в ч. 4 ст. 157 КК.

Об'єктивну сторону цього діяння становить сукупність ознак: а) втручання здійснюється службовою особою з використанням службового становища; б) втручання відбувається в законну діяльність виборчої комісії чи комісії з референдуму; в) втручання здійснюється у формі незаконної вимоги чи вказівки.

При цьому ще раз підкреслимо, що правовий статус виборчих комісій на президентських, парламентських і місцевих виборах і комісій з референдуму визначається різними законами – відповідно Законами про вибори Президента України, про вибори народних депутатів, про місцеві вибори, про референдуми. Отже, у схожих ситуаціях на різних виборах і на референдумі обсяг і характер повноважень таких комісій, визначених законом, може відрізнятись. Усіх видів виборів і референдуму стосуються положення лише Закону про ЦВК, який визначає правовий статус ЦВК, і Закону про реєстр виборців, який також визначає деякі права та обов'язки виборчих комісій<sup>52</sup>.

Враховуючи сказане, **законною є така діяльність виборчих комісій і комісій з референдуму**, яка відповідає положенням чинного

<sup>52</sup> Хоч Закон про реєстр виборців стосується як виборів, так і референдуму, але поняття «комісії з референдуму» в ньому не використовується. Це указує на недолік законодавчої техніки цього Закону, оскільки в ньому поняття «виборча комісія» використовується в ширшому значенні, ніж в інших виборчих законах, охоплюючи як самі виборчі комісії, так і комісії з референдуму. Це видно із загального контексту окремих положень Закону про реєстр виборців. Скажімо, в ч. 8 ст. 27 цього Закону сказано: «Строки і порядок передачі попередніх списків виборців органами ведення Реєстру відповідним окружним (територіальним) чи дільничним виборчим комісіям визначаються відповідним законом про вибори або референдуми» (виділено нами – авт.). У ч. 8 ст. 28 цього Закону зазначено: «Уточнені списки виборців передаються окружним (територіальним) чи дільничним виборчим комісіям не пізніше як за два дні до дня голосування на виборах чи референдумі...».



законодавства, головним чином, нормам Законів про ЦВК, про реєстр виборців, а також на відповідних виборах – про вибори Президента України, про вибори народних депутатів, про місцеві вибори.

*Вимога* – це дія, яка виражена в наполегливому, категоричному проханні. *Указівка* – це керівна настанова щодо того, як слід робити. Незаконними вимогу чи вказівку необхідно вважати, якщо вони за своїм змістом суперечать чинному законодавству (наприклад, вимога чи вказівка видавати виборчі бюлетені особам, котрі не пред'явили паспорт чи інший документ, визначений законом). Від незаконних вимог і вказівок слід відрізняти поради чи юридичні консультації, які за своїм змістом відповідають нормам права.

Якщо незаконне втручання в діяльність виборчої комісії поєднане з незаконним впливом на члена ЦВК з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися прийняття незаконних рішень, вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 157 та 344 КК<sup>53</sup>.

Слід зазначити, що при кваліфікації суспільно небезпечних діянь службової особи за ч. 3 і ч. 4 ст. 157 КК, ці діяння потребують додаткової кваліфікації за статтями, що передбачають відповідальність за злочини у сфері службової діяльності (частини 2 або 3 статей 364, 365, 423, 424), якщо вони потягли за собою тяжкі наслідки, були вчинені працівником правоохоронного органу або пов'язані з перевищенням влади чи службового становища (за кваліфікуючих обставин)<sup>54</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину в усіх перелічених випадках характеризується прямим умислом. Крім того, діяння, передбачене ч. 4 ст. 157 КК, характеризується також наявністю спеціальної мети – «вплинути на рішення виборчої комісії чи комісії з референдуму».

**Суб'єкт** злочину, передбаченого в ч. 1 ст. 157 КК, у формі перешкоджання вільному здійсненню громадянином свого виборчого права або права брати участь у референдумі, а також у формі перешкоджання діяльності іншого суб'єкта, указанного в цій нормі, є загальним – фізична, осудна особа, котра досягла 16 років. Але, як уже було зазначено вище, названі діяння, вчинені членом виборчої комісії чи іншою службовою особою, згідно з ч. 3 ст. 157 КК, утворюють кваліфікований склад злочину. Крім того, спеціальними є суб'єкти злочину, вчиненого у формі ухилення члена виборчої комісії у роботі комісії

(ч. 1 ст. 157 КК) – член виборчої комісії (дільничної, окружної, територіальної, ЦВК), і злочину, передбаченого ч. 4 ст. 157 КК, – службова особа.

Склади злочину, визначені в ст. 157 КК, за своєю конструкцією є формальними. Злочин вважається закінченим з моменту скоєння винним діянь, заборонених цією нормою. Вдалося чи не вдалося досягти цими діями бажаного для винного результату на кваліфікацію не впливає. Для прикладу, злочин у формі підкупу виборця є закінченим з моменту вчинення винним відповідних дій незалежно від фактичного волевиявлення цього виборця (тобто, навіть за умови, що виборець, котрий отримав предмет підкупу, проголосував за іншого кандидата, ніж той, за якого повинен був проголосувати виборець внаслідок отримання винагороди).

**Фальсифікація виборчих документів, документів референдуму чи фальсифікація підсумків голосування, надання неправдивих відомостей до органів Державного реєстру виборців чи фальсифікація відомостей Державного реєстру виборців** (ст. 158 КК).

**Суспільна небезпека** злочинів, передбачених цією статтею КК, полягає у створенні можливості для перекручування результатів виборів. Вчиненням злочину створюється реальна загроза фактичного усунення виборців від здійснення ними своїх виборчих прав у рамках реалізації принципу народовладдя.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є встановлений згідно з чинним законодавством України порядок підготовки та проведення виборів і референдуму, а також порядок ведення Державного реєстру виборців (далі – Реєстр).

Специфіка цієї статті КК полягає в тому, що вона об'єднує кілька самостійних складів злочинів (ч.ч. 1, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11). Кваліфікуючі ознаки передбачені в ч. 3 (щодо дій, указаних у ч. 2), 6 (щодо діянь, передбачених у ч. 5), 7 (щодо діянь, передбачених у ч.ч. 5 і 6), 10 (щодо діянь, передбачених у ч. 9), 12 (щодо діянь, передбачених у ч.ч. 9-11). Причому у кількох частинах статті 158 КК указуються одразу як самостійні форми об'єктивної сторони, так і кваліфікуючі ознаки інших злочинів (ч.ч. 7 і 10). Характеризуючи ст. 158 КК у 2007 році, коли вона складалася з ще восьми частин, В.П. Тихий указував на її казуїстичність і громіздкість<sup>55</sup>. Сьогодні, коли ця стаття містить вже 12 частин, зауваження В.П. Тихого є ще більш доречним. Очевидно, що

<sup>53</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 399.

<sup>54</sup> Там само. – С. 400.

<sup>55</sup> Тихий В.П. Злочини проти виборчих і референдумних прав (проблеми кваліфікації та удосконалення законодавства) // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення : матеріали міжнар. науково-практичної конференції 13-15 квітня 2007 року: у 2-х ч. – Львів: ЛьвДУВС, 2007. – Ч. 1. – С. 113.

в майбутньому доцільно розділити склади злочинів, передбачених у чинній редакції ст. 158 КК, на кілька статей.

**Об'єктивна сторона** злочину знаходить свій вияв у 23 формах:

1) незаконне виготовлення виборчих бюлетенів, бланків відкріпних посвідчень, бюлетенів для голосування на референдумі (ч. 1 ст. 158 КК);

2) зберігання завідомо незаконно виготовлених виборчих бюлетенів, бланків відкріпних посвідчень, бюлетенів для голосування на референдумі (ч. 1 ст. 158 КК);

3) використання завідомо незаконно виготовлених виборчих бюлетенів, бланків відкріпних посвідчень, бюлетенів для голосування на референдумі (ч. 1 ст. 158 КК);

4) підробка виборчих документів, документів референдуму (ч. 2 ст. 158 КК);

5) використання завідомо підроблених виборчих документів, документів референдуму (ч. 2 ст. 158 КК);

6) незаконна передача іншій особі виборчого бюлетеня (ч. 4 ст. 158 КК);

7) викрадення виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму або скриньки з бюлетенями (ч. 5 ст. 158 КК);

8) приховування виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму або скриньки з бюлетенями або незаконне знищення чи псування скриньки з бюлетенями (ч. 5 ст. 158 КК);

9) незаконне знищення скриньки з бюлетенями (ч. 5 ст. 158 КК);

10) незаконне псування скриньки з бюлетенями (ч. 5 ст. 158 КК);

11) підписання виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму до остаточного підрахунку голосів чи встановлення результатів голосування (ч. 7 ст. 158 КК);

12) включення неврахованих виборчих бюлетенів чи бюлетенів для голосування на референдумі до числа бюлетенів, використаних при голосуванні (ч. 7 ст. 158 КК);

13) підміна дійсних виборчих бюлетенів з позначками виборців чи громадян, які мають право брати участь у референдумі (ч. 7 ст. 158 КК);

14) незаконне внесення до виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму змін після його заповнення (ч. 7 ст. 158 КК);

15) надання громадянину можливості проголосувати за іншу особу (ч. 8 ст. 158 КК);

16) надання громадянину можливості проголосувати більше ніж один раз у ході голосування (ч. 8 ст. 158 КК);

17) надання виборчого бюлетеня чи бюлете-

ня для голосування на референдумі особі, яка не включена до списку виборців (громадян, які мають право брати участь у референдумі) на відповідній виборчій дільниці (дільниці з референдуму) (ч. 8 ст. 158 КК);

18) надання виборцю заповненого виборчого бюлетеня (бюлетеня для голосування на референдумі) (ч. 8 ст. 158 КК);

19) надання неправдивих відомостей до органу Державного реєстру виборців (ч. 9 ст. 158 КК);

20) розпорядження щодо внесення завідомо неправдивих відомостей до бази даних Державного реєстру виборців (ч. 10 ст. 158 КК);

21) внесення неправдивих відомостей до бази даних Державного реєстру виборців (ч. 11 ст. 158 КК);

22) несанкціоновані дії з інформацією, що міститься у базі даних Державного реєстру виборців (ч. 11 ст. 158 КК);

23) інше несанкціоноване втручання у роботу Державного реєстру виборців (ч. 11 ст. 158 КК).

Під **незаконним виготовленням виборчих бюлетенів, бланків відкріпних посвідчень, бюлетенів для голосування на референдумі** (ч. 1 ст. 158 КК) розуміється виготовлення зазначених документів з порушенням встановленого законом порядку їх виготовлення або виготовлення таких документів невстановленого зразка, тобто документів, які не відповідають встановленим законом чи іншим нормативно-правовим актом формі або змісту<sup>56</sup>.

Порядок виготовлення виборчих бюлетенів визначений на сьогодні в ст. 72 Закону про вибори Президента, ст. 81 Закону про вибори народних депутатів і ст. 67 Закону про місцеві вибори, положення яких деталізуються у відповідних постановках ЦВК, як наприклад, у постановках ЦВК № 365 від 23.09.2010 р. «Про Роз'яснення щодо порядку виготовлення виборчих бюлетенів для голосування з виборів депутатів Верховної Ради АРК, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів, їх передачі відповідним територіальним і дільничним виборчим комісіям та форми виборчих документів для передачі та приймання виборчих бюлетенів» та № 281 від 31.08.2007 р. «Про Порядок виготовлення та доставки виборчих бюлетенів з позачергових виборів народних депутатів України 30 вересня 2007 року». Особливо слід підкреслити, порядок виготовлення бюлетенів для різних виборів дещо відрізняється, тому при кваліфікації відповідних діянь слід уважно аналізувати положення відповідних

<sup>56</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 405.

виборчих законів. Крім того, потрібно мати на увазі, що на підставі ч. 6 ст. 72 Закону про вибори Президента і ч. 6 ст. 81 Закону про вибори народних депутатів ЦВК може надати дозвіл на виготовлення виборчих бюлетенів безпосередньо дільничною виборчою комісією лише на спеціальних виборчих дільницях, утворених на судах, що перебувають в день виборів у плаванні під Державним Прапором України, та на полярній станції України (зокрема, на виборах Президента України 2010 року такі дозволи надавали постановами ЦВК № 176 від 30.01.2010 р., № 177 від 30.01.2010 р., № 196 від 01.02.2010 р. тощо).

Порядок виготовлення бюлетенів для голосування на референдумі взагалі не врегульований на законодавчому рівні – у Законі про референдуми відсутні відповідні положення. Зважаючи на це, ЦВК у випадку проведення референдуму може видати відповідну постанову, як це було під час всеукраїнського референдуму 2000 року (див.: постанова ЦВК № 41 від 23.03.2000 р. «Про Порядок виготовлення та передачі комісіям з всеукраїнського референдуму бюлетенів для голосування при проведенні всеукраїнського референдуму за народною ініціативою 16 квітня 2000 року»).

Загальні вимоги щодо форми і змісту виборчих бюлетенів і бюлетенів для голосування на референдумі закріплені в ст. 71 Закону про вибори Президента, ст. 80 Закону про вибори народних депутатів, ст. 66 Закону про місцеві вибори та ст. 36 Закону про референдуми. Конкретні вимоги щодо форми та змісту бюлетенів на відповідних виборах чи референдумі затверджуються ЦВК та в установлених законом випадках (зокрема, при проведенні місцевих виборів і місцевих референдумів) іншими виборчими комісіями та комісіями з референдуму, наприклад: постанови ЦВК № 40 від 23.03.2000 р. «Про форму бюлетеня для голосування з кожного питання, винесеного на всеукраїнський референдум за народною ініціативою 16 квітня 2000 року», № 310 від 04.09.2007 р. «Про затвердження форми і тексту виборчого бюлетеня з позачергових виборів народних депутатів України 30 вересня 2007 року», № 492 від 15.12.2009 р. «Про форму і текст виборчого бюлетеня для голосування в день виборів Президента України 17 січня 2010 року та форму виборчого бюлетеня для повторного голосування», № 139 від 25.01.2010 р. «Про текст виборчого бюлетеня для повторного голосування з виборів Президента України 7 лютого 2010 року», № 325 від 26.08.2010 р. «Про затвердження форми та кольору виборчих бюлетенів для голосування з виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад

та сільських, селищних, міських голів».

При цьому необхідно пам'ятати, що замовлення або виготовлення виборчих бюлетенів понад установлену рішенням відповідної виборчої комісії кількість становить склад адміністративного правопорушення (ст. 212-16 КпАП)<sup>57</sup>.

Прикладами незаконного виготовлення виборчих бюлетенів чи бюлетенів для голосування на референдумі можуть бути: виготовлення їх поліграфічними підприємствами, з якими уповноважені виборчі комісії чи комісії з референдуму не уклали відповідний договір; виготовлення бюлетенів невстановленої форми (якщо відсутні ознаки підробки, як це передбачено в ч. 2 ст. 158 КК) тощо.

*Відкріпне посвідчення* – це документ суворой звітності, який видається в установленому законом порядку особі, котра не раніше ніж за тридцять днів до дня виборів вибуває з населеного пункту, де вона включена до списку виборців на звичайній виборчій дільниці, або повертається з-за кордону в Україну, та який надає цій особі можливість проголосувати на іншій виборчій дільниці в порядку, визначеному законом. Слід зазначити, що останній раз відкріпні посвідчення використовувалися на парламентських виборах 2006 р. і з високою вірогідністю можна припустити, що в найближчому майбутньому вони використовуватися вже не будуть<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> У цьому випадку необхідно відзначити певну недосконалість кримінальної та адміністративної охорони порядку виготовлення й використання виборчих бюлетенів і бюлетенів для голосування на референдумі. По-перше, важко зрозуміти логіку вітчизняного законодавця, котрий вважає, що виготовлення виборчих бюлетенів понад встановлену рішенням відповідної виборчої комісії є лише суспільно шкідливим діянням і має тягти адміністративну відповідальність (ст. 212-16 КпАП), а всі інші види незаконного виготовлення виборчих бюлетенів він вважає суспільно небезпечними й передбачає за них кримінальну відповідальність (ч. 1 ст. 157 КК). По-друге, у ст. 212-16 КпАП встановлена адміністративна відповідальність тільки за виготовлення виборчих бюлетенів понад встановлену рішенням відповідної виборчої комісії, тоді як по суті аналогічне діяння – виготовлення бюлетенів для голосування на референдумі понад встановлену рішенням відповідної комісії з референдуму підпадає під дію ч. 1 ст. 158 КК. Отже, це питання потребує негайних законодавчих рішень.

<sup>58</sup> Наявність у ч. 1 ст. 158 КК згадки про відкріпні посвідчення є прикладом відставання кримінального законодавства від виборчого. Зокрема, в частині, яка визнає кримінально караним незаконне виготовлення або зберігання чи використання завідомо незаконно виготовлених бланків відкріпних посвідчень, ця норма КК України залишається «мертвою» вже протягом трьох виборчих кампаній: позачергових парламентських виборів 2007 року, президентських і місцевих виборів 2010 р., оскільки після початку діяльності Державного реєстру виборців згідно із Законом України від 22.02.2007 р. інститут відкріпних посвідчень фактично був скасований. Так, у 2009 р. відповідні положення Закону України «Про вибори Президента України» від 5.03.1999 р. були виключені (хоча в одному місці законодавець забув це зробити – у п. 12 статті 78 цього Закону, яка визначає



Під зберіганням завідомо незаконно виготовлених виборчих бюлетенів, бланків відкріпних посвідчень, бюлетенів для голосування на референдумі (ч. 1 ст. 158 КК) розуміється збереження указаних документів, які завідомо для винної особи були виготовлені незаконно, в будь-якому місті, у т. ч. у порядку, визначеному законом для зберігання таких документів, виготовлених законно.

**Використання завідомо незаконно виготовлених виборчих бюлетенів, бланків відкріпних посвідчень, бюлетенів для голосування на референдумі** (ч. 1 ст. 158 КК) означає використання названих документів, які завідомо для винної особи були виготовлені незаконно, за їх цільовим призначенням як в порядку, передбаченому законом для законно виготовлених документів, так і з порушенням такого порядку.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого в ч. 1 ст. 158 КК, загальний. Суб'єктивна сторона характеризується прямим умислом. *Предметом* даного злочину можуть бути виборчі бюлетені, бланки відкріпних посвідчень, бюлетені для голосування на референдумі. Склад злочину є **формальним**, тому для кваліфікації діянь за цією нормою не обов'язково необхідне настання суспільно-небезпечних наслідків, оскільки злочин вважається закінченим в момент вчинення відповідних діянь.

**Підробка виборчих документів, документів референдуму** (ч. 2 ст. 158 КК) охоплює:

1) незаконне виготовлення документів, які імітують справжні виборчі документи чи документи референдуму;

2) незаконне внесення до справжніх виборчих документів чи документів референдуму відомостей, які завідомо для винної особи не відповідають дійсності, у т. ч. способом, передбаченим законом для внесення змін до відповідних документів, пов'язаних із необхідністю виправлення допущених неточностей, помилок, опечаток тощо;

3) виправлення справжніх виборчих документів або документів референдуму будь-яким незаконним способом, наприклад, шляхом дописки, підчистки, виправлення, підробки підпису тощо.

Виготовлення предмета, який має лише

процедуру підрахунку голосів, сказано, що до пакету із надписом «Список виборців» запаковуються також відкріпні посвідчення, що є очевидною законодавчою помилкою). У новому Законі України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» від 10.07.2010 р. поняття «відкріпні посвідчення» вже не вживається, на відміну від попереднього Закону, де воно згадувалося двічі (хоча названі посвідчення на місцевих виборах і не застосовувалися). Так само не зустрічається це поняття і в тексті нового Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 17.11.2011 р.

дуже незначну подібність до справжнього виборчого документа чи документа референдуму, і використовується для введення в оману виборця чи іншого суб'єкта, передбаченого в ч. 1 ст. 157 КК, при наявності ознак перешкоджання кваліфікується за ч. 1 ст. 157 КК (прикладом перешкоджання здійсненню виборцем його виборчого права шляхом обману є видача особі замість справжнього виборчого бюлетеня листка паперу, який було роздруковано на звичайному принтері та який зовнішньо зовсім не схожий на виборчий бюлетень).

Не є підробкою виборчого документа, документа референдуму внесення в установленому законом порядку до такого документа правдивих відомостей або складання в установленому законом порядку нового документа з метою виправлення виявленої в ньому неточності, помилки, опечатки тощо. Наприклад, ст. 79 Закону про вибори Президента України, ст. 91 Закону про вибори народних депутатів, ст. 72 Закону про місцеві вибори передбачають порядок складання уточненого протоколу про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці.

Під *виборчими документами* (документами референдуму) маються на увазі документи, які:

1) складаються (виготовляються, створюються) в установленому виборчим законодавством або законодавством про референдуми порядку виборчими комісіями (комісіями з референдуму) або іншими суб'єктами (наприклад, поліграфічними підприємствами) за їх замовленням в процесі діяльності відповідних комісій щодо підготовки, організації та проведення виборів, а також підрахунку голосів, вставновлення підсумків голосування, результатів виборів (референдуму) і їх оприлюднення;

2) складаються (виготовляються, створюються) в установленому виборчим законодавством або законодавством про референдуми суб'єктами виборчого процесу (процесу референдуму) та подаються виборчим комісіям (комісіям з референдуму) або іншим визначеним законом суб'єктам у зв'язку з виборчим процесом чи процесом референдуму, в т.ч. з метою реалізації права щодо ініціювання референдуму<sup>59</sup>.

Форма окремих документів може визначатися безпосередньо в законі, як наприклад, прото-

<sup>59</sup> На жаль, чинне виборче законодавство й законодавство про референдуми не містять ані визначення понять «виборчий документ» і «документ референдуму», ані переліку таких документів, що, на думку деяких вчених, є серйозною проблемою, яка викликає багато питань у правозастосовчій практиці та не дозволяє активно застосовувати кримінально-правову норму, що розглядається. Див.: наприклад: Берднік І.В. Особливості предмета фальсифікації виборчих документів та документів референдуму // Держава і право : Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – 2010. – Вип. 47. – С. 532.

коду дільничної виборчої комісії про підрахунок голосів виборців (див., наприклад: ст. 79 Закону про вибори Президента України, ст. 91 Закону про вибори народних депутатів, ст. 72 Закону про місцеві вибори) або компетентною виборчою комісією (див., наприклад: постанова ЦВК № 375 від 29.09.2010 р. «Про форми виборчих документів дільничних виборчих комісій з виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів»).

Таким чином, підробка документів, які не передбачені чинним виборчим законодавством (законодавством про референдуми), в т.ч. постановами ЦВК, не містить складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 158 КК.

**Використання завідомо підроблених виборчих документів, документів референдуму** (ч. 2 ст. 158 КК) – використання названих документів, які завідомо для винної особи є сфальсифікованими, за їх цільовим призначенням як в порядку, передбаченому законом для справжніх документів, так і з порушенням такого порядку.

Прикладами використання завідомо підроблених виборчих документів є:

- здійснення голосування за допомогою завідомо підроблених виборчих бюлетенів або бюлетенів для голосування на референдумі (вкидання їх до скриньки для голосування у приміщенні для голосування чи за місцем перебування виборця);

- подання завідомо підроблених протоколів дільничних виборчих комісій про підрахунок голосів до окружної (територіальної) виборчої комісії для встановлення на їх підставі підсумків голосування в межах територіального виборчого округу чи встановлення результатів виборів;

- передання до окружної (територіальної) виборчої комісії завідомо підробленого акту невідповідності встановленої перерахуванням кількості бюлетенів та кількості, зазначеної у витягу з протоколу окружної виборчої комісії про передання бюлетенів, або занесення відомостей, що містяться в такому акті, до протоколу дільничної виборчої комісії про підрахунок голосів;

- тощо.

Громадянин А., будучи членом та секретарем територіальної виборчої комісії територіального виборчого округу (ТВК ТВО) № 100 в першому турі виборів Президента України 2004 р., 30.10.2004 р. після закриття засідання цієї виборчої комісії, вступивши у злочинну змову з громадянином Б., скоїв підробку виборчого документу – протоколу засідання ТВК ТВО № 100 від 30.10.2004 р. за № 16 шляхом внесення в текст змісту протоколу завідомо неправдиві відомості про те, що на засіданні ТВК нібито було прийнято рішення про дострокове припинення повнова-

жень членів дільничної виборчої комісії виборчої дільниці № 116, які були призначені від декількох кандидатів на пост Президента України, зазначивши в протоколі, що за таке рішення проголосувало 26 членів комісії, достовірно знаючи, що таке рішення на засіданні ТВК ТВО № 100 прийнято не було. Не зупиняючись на цьому, продовжуючи реалізовувати свій злочинний умисел, громадяни А. і Б. скоїли підробку іншого виборчого документа – постанови ТВК ТВО № 100 від 30.10.2004 р. за № 63-А, виготовивши та підписавши її, при цьому внесли до її тексту завідомо неправдиві відомості, про те, що на засіданні комісії прийнято рішення про дострокове припинення повноважень деяких членів дільничної виборчої комісії виборчої дільниці № 116. Після підробки даного виборчого документа, з метою його використання, громадяни А. і Б., діючи за попередньою змовою групою осіб, щоб реалізувати свій злочинний умисел, виготовили та підписали витяг з даної постанови, який 31 жовтня 2004 року тобто в день виборів Президента України, до початку голосування – до 8 год., направили в дільничну виборчу комісію виборчої дільниці № 116, чим скоїли використання завідомо підробленого виборчого документа. Таким чином, дії винних осіб були кваліфіковані судом за ч. 2 ст. 158 КК України<sup>60</sup>.

Склад злочину, передбаченого в ч. 2 ст. 158 КК, є **формальним** і вважається закінченим з моменту вчинення відповідних діянь. Але настання в результаті цих діянь певних суспільно небезпечних наслідків становить кваліфікований склад злочину, передбачений у ч. 3 ст. 158 КК (матеріальний склад злочину). Отже, діяння, передбачені в ч. 2 ст. 158, кваліфікуються за ч. 3 цієї статті, якщо вони:

- а) вплинули на результати голосування виборців на виборчій дільниці або у межах виборчого округу, або

- б) призвели до неможливості визначити волевиявлення виборців на виборчій дільниці чи у відповідних виборах (референдумі).

Такою, що вплинула на результати голосування виборців на виборчій дільниці або у межах виборчого округу<sup>61</sup>, слід визнавати будь-яку із зазначених дій, внаслідок вчинення якої відбулися зміни в результатах голосування вибор-

<sup>60</sup> Вирок Кіровського районного суду м. Кіровограда від 10 серпня 2007 р. у справі № 1-14/2007 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/2721134>. - Дата доступу: 12.11.2010.

<sup>61</sup> Чинний Закон про референдуми не містить поняття «виборчий округ», а замість поняття «виборча дільниця» вживається поняття «дільниця для голосування». Це вимагає відповідних законодавчих змін для узгодження термінології кримінального закону та законодавства про референдуми.

ців на виборчій дільниці або в межах виборчого округу. Результати голосування повинні відображати дійсне волевиявлення громадян і характеризуються такими даними: кількістю виборців, які взяли участь у голосуванні; кількістю голосів виборців, поданих за кандидатів, у т.ч. кандидатів у депутати, включених до виборчих списків партій (блоків); кількістю виборців, які не підтримали жодного кандидата, у т.ч. кандидатів, включених до виборчого списку партії чи блоку. Результати голосування фіксуються у протоколі про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці чи протоколі окружної (територіальної) виборчої комісії про підсумки голосування у територіальному виборчому окрузі<sup>62</sup>.

Діяння, передбачені в ч. 3 ст. 158 КК, слід вважати такими, що призвели до неможливості визначити волевиявлення виборців на виборчій дільниці чи у відповідних виборах (референдумі), якщо такий факт було встановлено судовим рішенням<sup>63</sup> та/або якщо в результаті вчинення указаних діянь голосування на виборчій дільниці або результати референдуму були визнані недійсними на підставі і в порядку, визначеному виборчим законодавством і законодавством про референдуми.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого в ч. 2 і ч. 3 ст. 158 КК, є спеціальним: його можуть вчинити 1) член виборчої комісії, 2) член комісії з референдуму, 3) кандидат (на пост Президента України; у народні депутати України; в депутати Верховної Ради АРК, місцевих рад; на посаду сільського, селищного, міського голови), 4) уповноваженим представником кандидата, 5) уповноваженою особою політичної партії<sup>64</sup> (блоку),

<sup>62</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 414.

<sup>63</sup> Наприклад, рішенням ВСУ від 3 грудня 2004 року по справі за скаргою довіреної особи кандидата на пост Президента України Ющенко В.А. в єдиному загальнодержавному виборчому окрузі по виборах Президента України Катеринчука Миколи Дмитровича на бездіяльність Центральної виборчої комісії, дії по встановленню результатів повторного голосування з виборів Президента України 24 листопада 2004 року та на рішення про оголошення Президентом України Віктора Федоровича Януковича було встановлено, що численні порушення, допущені під час проведення повторного голосування на президентських виборах, виключають можливість достовірно встановити результати дійсного волевиявлення виборців в єдиному загальнодержавному окрузі.

<sup>64</sup> Необхідно звернути увагу на певну термінологічну неузгодженість ч. 2 і ч. 3 ст. 158 КК та положень виборчого законодавства. Зокрема, в указаних кримінально-правових нормах суб'єктами злочину названі тільки *уповноваженим представником кандидата та уповноваженою особою політичної партії*, тоді як у виборчому законодавстві називаються й інші особи, котрі можуть представляти інтереси кандидатів і політичних партій (блоків), причому повноваження таких осіб чітко відрізняються один від одного. Так, Закон про вибори Президента розрізняє поняття

б) членом ініціативної групи референдуму. Підробку виборчих документів, документів референдуму та використання таких документів іншими особами слід кваліфікувати при наявності відповідних ознак за ч. 1 ст. 158, ст.ст. 358, 366 КК. Суб'єктивна сторона характеризується прямим умислом. *Предметом* цього злочину можуть бути будь-які виборчі документи або документи референдумі.

**Незаконна передача іншій особі виборчого бюлетеня виборцем**<sup>65</sup> (ч. 4 ст. 158 КК) полягає у відкритій чи таємній передачі виборцем виборчого бюлетеня, отриманого ним в установленому законом порядку на виборчій дільниці, будь-якій іншій особі незалежно від того, з якою метою це було зроблено, а також не зважаючи на те, заповнив виборець цей бюлетень або ні. Необхідність криміналізації цієї дії зумовлена тим, що незаконна передача іншій особі виборчого бюлетеня виборцем нерідко використовується для фальсифікації виборів (наприклад, виборець за винагороду передає певній особі пустий ви-

*«уповноважені представники кандидатів на пост Президента України»* (вони є самостійними суб'єктами виборчого процесу та представляють інтереси своїх кандидатів в ЦВК) та *«довірені особи кандидатів на пост Президента України»* (не є самостійними суб'єктами виборчого процесу; вони ведуть агітацію за обрання своїх кандидатів Президентом України, сприяють кандидатам у проведенні виборчого процесу, представляють їх інтереси у відносинах з виборчими комісіями, іншими державними органами та органами місцевого самоврядування, засобами масової інформації, об'єднаннями громадян, виборцями). У Законі про вибори народних депутатів згадуються *«представник партії в Центральній виборчій комісії»* (на відміну від президентських виборів він не є самостійним суб'єктом виборчого процесу), *«уповноважена особа партії»* (сприяє партії в її участі у виборчому процесі, в т.ч. у проведенні передвиборної агітації; представляє інтереси партії у відносинах з виборчими комісіями (крім Центральної виборчої комісії), органами виконавчої влади, судами, органами місцевого самоврядування, виборцями, іншими суб'єктами виборчого процесу на території відповідного виборчого округу; має права офіційного спостерігача від партії тощо) та *«довірена особа кандидата у депутати»* (сприяє кандидату в депутати у проведенні виборчого процесу; представляє інтереси кандидата в депутати у відносинах з виборчими комісіями, органами державної влади, органами Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування, засобами масової інформації, об'єднаннями громадян, виборцями тощо). Закон про місцеві вибори називає *«представників місцевої організації партії»* (представляє інтереси партії в територіальній виборчій комісії), *«уповноважених осіб місцевої організації партії»*, *«довіреніх осіб кандидатів у депутати в одномандатних мажоритарних виборчих округах, кандидатів на посаду сільського, селищного, міського голови»*. Отже, існування такої неузгодженої термінології може викликати істотні ускладнення в процесі кваліфікації діянь, передбачених в ч. 2 і ч. 3 ст. 158 КК, що зумовлює необхідність внесення до них відповідних законодавчих змін.

<sup>65</sup> В Законі про референдуми поняття «виборчий бюлетень» не вживається. Йому відповідає поняття «бюлетень для голосування». Оскільки застосування кримінального закону за аналогією неможливе, можна припустити, що передача громадянином свого бюлетеня для голосування на референдумі на сьогодні не є кримінально караним.



борчий бюлетень, ця особа заповнює його, ставлячи позначку напроти потрібного кандидата, потім інший виборець вкидає цей заповнений бюлетень у скриньку, а свій пустий бюлетень вносить указаний особі тощо).

Отримання виборчого бюлетеня від виборця при цьому не є злочином, якщо лише воно не поєднано із вчиненням діянь, передбачених іншими кримінально-правовими нормами (наприклад, ч. 1 і ч. 2 ст. 157 КК тощо).

Не утворює складу злочину згідно із ч. 4 ст. 158 КК законна передача виборцем виборчого бюлетеня іншій особі. Наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 76 Закону про вибори Президента виборець, який внаслідок фізичних вад не може самостійно заповнити виборчий бюлетень, має право з відома голови або іншого члена дільничної виборчої комісії скористатися допомогою іншого виборця, крім членів виборчої комісії, кандидатів на пост Президента України, їх довірених осіб, офіційних спостерігачів. Згідно з ч. 7 ст. 76 цього Закону виборець, який не може внаслідок фізичних вад самостійно опустити виборчий бюлетень до виборчої скриньки, має право з відома голови або іншого члена дільничної виборчої комісії доручити зробити це іншій особі у своїй присутності, крім членів виборчої комісії, кандидатів на пост Президента України, їх довірених осіб, офіційних спостерігачів. Крім того, на підставі ч. 9 ст. 76 даного Закону в разі якщо виборець, заповнюючи бюлетень, допустив помилку, він має право невідкладно звернутися з письмовою заявою до члена виборчої комісії, який видав йому виборчий бюлетень, з проханням видати йому інший виборчий бюлетень, а член виборчої комісії видає інший виборчий бюлетень тільки в обмін на зіпсований (тобто в цьому випадку виборець зобов'язаний передати члену виборчої комісії зіпсований бюлетень). Схожі положення містяться також і в ст. 85 Закону про вибори народних депутатів і ст. 69 Закону про місцеві вибори.

В окремих випадках передача виборцем свого виборчого бюлетеня іншій особі може не визнаватися злочином через малозначність діяння (ч. 2 ст. 11 КК). Наприклад, якщо виборець дав бюлетень своїй малолітній дитині, щоб вона вкинула його у скриньку, адже для дитини це може бути дуже цікаво.

Як зауважує П.П. Андрушко, надання виборцем лише згоди на незаконне одержання замість нього виборчого бюлетеня іншою особою складу цього злочину не утворює<sup>66</sup>.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого в ч. 4

<sup>66</sup> Андрушко П.П. Коментар до статті 158 Особливої частини Кримінального кодексу України // Законодавство України: науково-практичні коментарі. – 2006. – № 5. – С. 53.

ст. 158 КК, спеціальний – це виборець, тобто громадянин України, який має право голосу та включений до списку виборців на відповідній виборчій дільниці чи дільниці для голосування. **Суб'єктивна сторона** характеризується прямим умислом. *Предметом* злочину є виборчий бюлетень. Склад злочину є **формальним**.

**Викрадення виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму або скриньки з бюлетенями** (ч. 5 ст. 158 КК) полягає у таємному чи відкритому незаконному заволодінні цими документами чи предметами, внаслідок чого вони вилучаються у суб'єкта (суб'єктів), в якого (яких) вони правомірно знаходилися.

Як вважає Л.М. Кривоченко, об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 5 ст. 158 КК, охоплює «викрадення перерахованих документів»<sup>67</sup>. Проте більш вдалою є точка зору М.І. Мельника, котрий вважає, що таке викрадення може мати місце на різних етапах виборчого чи процесу референдуму та на різних стадіях використання зазначених документів і предметів. Так, наприклад, складом цього злочину охоплюються:

1) викрадення виборчих бюлетенів, бюлетенів для голосування на референдумі під час їх виготовлення підприємством-виготовлювачем; транспортування до виборчих комісій чи від виборчих комісій після проведення ними голосування; зберігання бюлетенів у приміщеннях виборчих комісій; знаходження їх у приміщенні для голосування під час проведення голосування; підрахунку голосів, а також зберігання зазначених документів у виборчих комісіях чи архівних установах після закінчення виборів чи референдуму;

2) викрадення виборчого бюлетеня чи бюлетеня для голосування на референдумі у виборця (громадянина, який бере участь у голосуванні на референдумі);

3) викрадення виборчого протоколу (протоколу виборчої комісії) чи протоколу комісії з референдуму на засіданні виборчої комісії чи комісії з референдуму відразу після його складання, або з приміщення такої комісії під час його зберігання, під час транспортування разом з бюлетенями для голосування або окремо до комісії вищого рівня для встановлення результатів виборів чи референдуму, під час зберігання в архівних установах;

4) тощо<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Кривоченко Л.М. Злочини проти виборчих прав громадян // Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / Ю.В. Баулін та ін.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-тє вид., перероб., доп. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 114.

<sup>68</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу

Якщо викрадення указаних документів або предметів поєднується із убивством, заподіянням тілесних ушкоджень або вчиненням інших злочинів, діяння винних осіб слід кваліфікувати також за відповідними статтями КК.

Під **приховуванням виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму або скриньки з бюлетенями** (ч. 5 ст. 158 КК) слід розуміти незаконне приховування, укриття цих документів і предметів від осіб, в яких вони за законом повинні знаходитися та/або які за законом мають право чи зобов'язані вчинити із ними певні дії. Головною ознакою приховування є унеможливлення використання названих документів і предметів у порядку, передбаченому виборчим законодавством або законодавством про референдуми. Тому склад даного злочину утворює як незаконне приховування виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму або скриньки з бюлетенями, вчинене особами, котрі заволоділи ними незаконним шляхом, так і особами, які отримали їх правомірно. Наприклад, за ч. 5 ст. 158 КК слід кваліфікувати дії членів виборчої комісії, котрі в порядку визначеному законом отримали переносну виборчу скриньку для голосування за межами приміщення для голосування, провели таке голосування, а потім приховали скриньку й не повернули її в установленому порядку дільничній виборчій комісії.

**Незаконне знищення скриньки з бюлетенями** (ч. 5 ст. 158 КК) означає повне протиправне руйнування стаціонарної чи переносної виборчої скриньки або скриньки для голосування на референдумі, що містила, відповідно, виборчі бюлетені чи бюлетені для голосування. При цьому неважливо, чи були знищені всі або хоча б частина бюлетенів, які знаходилися в цій скриньці.

**Незаконне псування скриньки з бюлетенями** (ч. 5 ст. 158 КК) – це протиправне пошкодження стаціонарної чи переносної виборчої скриньки або скриньки для голосування на референдумі, в т.ч. протиправне пошкодження пломб і печаток, якими вони були опломбовані та опечатані, а також виборчих бюлетенів (бюлетенів для голосування на референдумі), які в них містяться.

Суспільна небезпека незаконного знищення чи псування скриньки з бюлетенями зумовлена можливістю фальсифікації виборів (скажімо, шляхом вкидання піддроблених бюлетенів) або викривлення результатів дійсного волевиявлен-

ня громадян через визнання бюлетенів такими, що не підлягають урахуванню при встановленні загальної кількості виборців, які взяли участь у голосуванні, та при підрахунку голосів виборців. Тому знищення пустої скриньки не утворює складу злочину, передбаченого ч. 5 ст. 158 КК, але якщо це створило перешкоди діяльності виборчої комісії (комісії з референдуму) або вільному здійсненню громадянином свого виборчого права або права брати участь у референдумі, то указане діяння підпадає під ознаки злочину, передбаченого ч. 2 ст. 157 КК, в інших випадках за наявності відповідних підстав воно може бути кваліфіковане як відповідний злочин проти власності (статті 194, 198)<sup>69</sup>.

**Кваліфікуючі ознаки** викрадення чи приховування виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму або скриньки з бюлетенями або незаконне знищення чи псування скриньки з бюлетенями передбачені в ч. 6 ст. 158, а **особливо кваліфікуючі** – у ч. 7 цієї статті. Отже, зазначені діяння слід кваліфікувати за ч. 6 ст. 158 КК, якщо вони: а) вплинули на результати голосування виборців на виборчій дільниці або у межах виборчого округу, або б) призвели до неможливості визначити волевиявлення виборців на виборчій дільниці чи у відповідних виборах (референдумі). За ч. 7 ст. 158 КК їх необхідно кваліфікувати, якщо вони призвели до неможливості визначити волевиявлен-

<sup>69</sup> Досить цікавої точки зору дотримується П.П. Андрушко, котрий вважає, що знищення чи псування лише скриньки для бюлетенів чи лише бюлетенів, які знаходилися у скриньці, наприклад, шляхом вливання у скриньку фарби, складу злочину, передбаченого ч. 5 ст. 158 КК не утворює. На його думку, знищення чи псування лише бюлетенів слід кваліфікувати за статтею, яка передбачає відповідальність за незаконне знищення виборчої документації або документів референдуму (зараз це ст. 158-2 КК), а ті ж дії щодо скриньки – за ст. 194 (за наявності підстав). Крім того, як зазначає П.П. Андрушко, закінченого злочину не утворює також одночасне знищення скриньки і псування бюлетенів, що в ній знаходилися, і навпаки (Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 224.).

Проте з такою позицією важко погодитися, враховуючи наступне. По-перше, скринька з бюлетенями – це не два окремі предмети злочину, яким має бути завдана одночасна шкода, а єдиний предмет, який можна зіпсувати, в т.ч., шляхом пошкодження його змісту – бюлетенів. По-друге, пошкодження однієї лише скриньки, в якій містяться бюлетені, становить закінчений злочин, оскільки, як уже було зазначено вище, суспільна небезпека цього діяння полягає в тому, що це може призвести до визнання цих бюлетенів такими, що не підлягають урахуванню при підрахунку голосів. По-третє, псування та знищення будь-якого предмета матеріального світу – це завдання шкоди цьому предмету, його руйнування, що відрізняється лише своєю інтенсивністю, а тому одночасне знищення скриньки та псування бюлетенів, які в ній містилися (та навпаки), утворюють закінчений склад злочину (адже відповідне діяння досягнуло мінімального рівня руйнівного впливу на скриньку з бюлетенями).

ня виборців чи встановити результати референдуму та були вчинені членом виборчої комісії, комісії з референдуму.

*Предметом* злочину, передбаченого ч. 5 ст. 158, а так само кваліфікованого та особливо кваліфікованого складів даного злочину, закріплених у ч. 6 і ч. 7 ст. 158, можуть бути: а) виборчий бюлетень, б) бюлетень для голосування на референдумі, в) виборчий протокол, г) протокол комісії з референдуму, ґ) скринька з бюлетенями.

Під поняттям «*виборчий протокол*» необхідно розуміти не будь-який протокол виборчої комісії, а лише: протокол дільничної виборчої комісії про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці (в т.ч. з поміткою «Уточнений»), протокол окружної (територіальної) виборчої комісії про повторний підрахунок голосів виборців на відповідній виборчій дільниці, протокол окружної (територіальної) виборчої комісії про підсумки голосування в межах виборчого округу (в т.ч. з позначкою «Уточнений»), протокол окружної виборчої комісії про підсумки повторного голосування в межах відповідного територіального виборчого округу, протокол ЦВК про підсумки голосування в межах закордонного виборчого округу, протокол ЦВК про підсумки голосування в день виборів Президента України, протокол засідання ЦВК про офіційне оголошення ЦВК результатів виборів Президента України, протокол ЦВК про результати виборів депутатів, протокол про результати місцевих виборів<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> Оскільки у виборчому законодавстві поняття «виборчий протокол» не вживається, а натомість згадується велика кількість конкретних видів протоколів, які складаються виборчими комісіями, задля усунення будь-якої можливості неоднозначної інтерпретації даного поняття доцільно або дати його нормативне визначення у виборчих законах, або у ст. 158 КК перерахувати конкретні види протоколів виборчих комісій, викрадення чи приховування яких є кримінально-караним. На жаль, на сьогодні немає єдності щодо тлумачення понять «виборчий протокол» і «протокол комісії з референдуму» навіть серед вчених. Скажімо, П.П. Андрушко дотримується близької до висловленої нами точки зору (Андрушко П.П. Коментар до статті 158 Особливої частини Кримінального кодексу України // Законодавство України: науково-практичні коментарі. – 2006. – № 5. – С. 54.). Проте М.І. Мельник наполягає на іншому трактуванні указаних понять. Зокрема, він вважає, що виборчий протокол – це виборчий документ, яким здійснюється документування діяльності виборчої комісії та який встановлює підсумки певних дій, виконаних нею. Виборчим протоколом, зокрема, фіксуються дії виборчої комісії під час засідання (протокол засідання), документується прийом-передача однією комісією іншій виборчих бюлетенів, відображаються результати підрахунку голосів виборців на виборчій дільниці, встановлення результатів голосування в межах територіального виборчого округу, встановлення результатів виборів. Протокол комісії з референдуму, на його думку, – це документ, яким здійснюється документування діяльності такої комісії і яким встановлюються підсумки певних дій, виконаних нею. Законодавство про референдуми передбачає такі види цих протоколів: протокол засідання комісії, протокол ЦВК про загальні підсумки збирання підписів під вимогою

Так само під «*протоколом комісії з референдуму*» слід розуміти лише ті протоколи, в яких встановлено результати підрахунку голосів або результати референдуму.

Слід мати на увазі, що виборчі протоколи виготовляються в кількості примірників, визначеній відповідним виборчим законом. До того ж, виборчі закони передбачають можливість виготовлення копій цих протоколів, які передаються указаним в законі особам (наприклад, кандидатам, їх довіреним особам, офіційним спостерігачам та іншим). Кримінально караним є викрадення чи приховування хоча б одного примірника протоколу, але ті ж самі дії, вчинені щодо копії протоколу не тягнуть кримінальної відповідальності за цією нормою (хоча при наявності відповідних ознак такі дії можуть бути кваліфіковані за ч. 1 або ч. 2 ст. 157 КК).

**Підписання виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму до остаточного підрахунку голосів чи встановлення результатів голосування** (ч. 7 ст. 158 КК) означає порушення членом (членами) виборчої комісії чи комісії з референдуму встановленого порядку оформлення виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму, що створює умови для фальсифікації виборів. Мотивом такої поведінки може бути як бажання сфальсифікувати результати підрахунку голосів чи результатів голосування, так і бажання просто прискорити процес підрахунку голосів чи встановлення результатів голосування (наприклад, підрахунок голосів згідно з виборчим законодавством розпочинається після закінчення голосування і може продовжуватися до глибокої ночі, тому члени виборчої комісії, довіряючи один одному, можуть домовитися підписати протокол зранку перед початком голосування чи в будь-який інший час, щоб потім після підрахунку голосів не витратити час на підписання протоколу) тощо. Утім, незалежно від мотиву ці дії підпадають під ознаки ч. 7 ст. 158 КК, адже підписання виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму має засвідчувати правильність внесених до такого протоколу відомостей. Тому підписання протоколу є завершальною стадією його оформлення, якому передують усі інші дії щодо його оформлення. Після підписання протокол також засвідчується печаткою.

про проведення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою; протокол підрахунку голосів на дільниці голосування, протокол встановлення результатів голосування. Проте при роз'ясненні положень ч. 7 ст. 158 КК М.І. Мельник зводить це поняття лише до двох видів протоколів: протокол підрахунку голосів та протокол встановлення результатів голосування (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 404, с. 409.).



**Включення неврахованих виборчих бюлетенів чи бюлетенів для голосування на референдумі до числа бюлетенів, використаних при голосуванні** (ч. 7 ст. 158 КК) означає врахування при встановленні кількості виборців, котрі взяли участь у голосуванні, та при підрахунку голосів виборчих бюлетенів (бюлетенів для голосування на референдумі), які відповідно до законодавства, не підлягають врахуванню.

Підстави й порядок визнання бюлетенів такими, що не підлягають врахуванню при встановленні кількості виборців, котрі взяли участь у голосуванні, та при підрахунку голосів виборців, визначені відповідними виборчими законами (слід мати на увазі, що відповідні положення різних виборчих законів можуть мати певні відмінності один від одного). Серед таких підстав є, наприклад:

- відсутність у виборчій скриньці контрольного листа або, у випадках, передбачених законом, двох контрольних листів (ч. 20 ст. 78 Закону про вибори Президента; ч. 10 ст. 90 Закону про вибори народних депутатів; ч. 18 ст. 71 Закону про місцеві вибори);

- виявлення в переносній виборчій скриньці більше виборчих бюлетенів, ніж зазначено в контрольному листі (ч. 21 ст. 78 Закону про вибори Президента);

- невідповідність назви (номера) виборчого округу та (або) номеру виборчої дільниці, зазначених на виявлених у виборчих скриньках бюлетенях для голосування, дійсній назві (номеру) відповідного виборчого округу та (або) номеру виборчої дільниці, на якій проводиться підрахунок голосів (ч. 13 ст. 90 Закону про вибори народних депутатів; ч. 20 ст. 71 Закону про місцеві вибори);

- відсутність відтиску печатки відповідної дільничної виборчої комісії або наявність на бюлетені відтиску печатки іншої комісії чи будь-якої іншої печатки (ч. 13 ст. 90 Закону про вибори народних депутатів; ч. 20 ст. 71 Закону про місцеві вибори);

- тощо.

Крім того, дільнична виборча комісія шляхом голосування може прийняти рішення про неврахування виборчих бюлетенів:

- у разі виникнення сумнівів щодо достовірності контрольного листа, що знаходиться у виборчій скриньці, (ч. 22 ст. 78 Закону про вибори Президента; ч. 11 ст. 90 Закону про вибори народних депутатів; ч. 19 ст. 71 Закону про місцеві вибори)

- в інших сумнівних випадках (ч. 22 ст. 78 Закону про вибори Президента; ч. 11 ст. 90 Закону про вибори народних депутатів).

У процесі підрахунку голосів виборців ви-

борчі бюлетені, що не підлягають врахуванню при встановленні загальної кількості виборців, які взяли участь у голосуванні, та при підрахунку голосів виборців, запаковуються в пакет (пакети), на якому (яких) робиться напис «Виборчі бюлетені, що не підлягають врахуванню».

Виборчі бюлетені, що не підлягають врахуванню, слід відрізнити від невикористаних бюлетенів (бюлетені, не видані виборцям, а також зіпсовані виборцями бюлетені, замість яких ці виборці отримали нові), які в процесі підрахунку голосів запаковуються в пакет із написом «Невикористані виборчі бюлетені», а також від недійсних виборчих бюлетенів (бюлетені, в яких неможливо встановити зміст волевиявлення виборця тощо), які запаковуються в пакет із відповідним написом<sup>71</sup>.

**Підміна дійсних виборчих бюлетенів з позначками виборців чи громадян, які мають право брати участь у референдумі** (ч. 7 ст. 158 КК) означає заміну виявлених у скриньці для голосування виборчих бюлетенів чи бюлетенів для голосування на референдумі<sup>72</sup>, що за законом підлягають врахуванню при встановленні загальної кількості виборців, які взяли участь у голосуванні, та при підрахунку голосів, іншими бюлетенями, у т. ч. підробленими.

<sup>71</sup> М.І. Мельник включає до поняття «невраховані виборчі бюлетені чи бюлетені для голосування на референдумі», яке вживається в ч. 7 ст. 158 КК, також невикористані бюлетені (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 410.).

Але з такою позицією погодитися не можна, адже виборчі закони, як ми з'ясували вище, чітко розрізняють поняття «бюлетені, що не підлягають врахуванню...» та «невикористані бюлетені». Можливо така позиція М.І. Мельника зумовлена невдалим формулюванням кримінально-правової норми («включення неврахованих виборчих бюлетенів чи бюлетенів для голосування на референдумі до числа бюлетенів, використаних при голосуванні»), тоді як у виборчих законах мова йде про «бюлетені, що не підлягають врахуванню при встановленні загальної кількості виборців, які взяли участь у голосуванні, та при підрахунку голосів виборців». Це свідчить про необхідність узгодження термінології кримінального закону та виборчого законодавства. Крім того, слід відзначити те, що в Законі про референдуми взагалі відсутнє поняття неврахованих бюлетенів, як і порядку й підстав визнання їх такими. Тому на сьогоднішній день названа кримінально-правова норма в частині, що розглядається, взагалі не може бути застосована у випадку проведення референдуму.

<sup>72</sup> У ч.ч. 1, 5, 6 ст. 158 КК законодавець через кому називає предметом злочину «виборчі бюлетені» та «бюлетені для голосування на референдумі». Проте в ч. 7 цієї статті позиція законодавця є непослідовною: спочатку називає обидва види бюлетенів («включення неврахованих виборчих бюлетенів чи бюлетенів для голосування на референдумі до числа бюлетенів, використаних при голосуванні»), а потім згадує лише один із них – «виборчі бюлетені», хоча із контексту можна зрозуміти, що насправді маються на увазі також і бюлетені для голосування на референдумі («підміна дійсних виборчих бюлетенів з позначками виборців чи громадян, які мають право брати участь у референдумі»).

**Незаконне внесення до виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму змін після його заповнення** (ч. 7 ст. 158 КК) означає вчинення дій, що призводять до зміни змісту заповненого й засвідченого підписами членів виборчої дільниці виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму (виправлення тексту, дописування, перекреслення тощо).

Виборче законодавство містить чіткі правила внесення змін до виборчих протоколів. Наприклад, у ч.ч. 5, 6 ст. 79 Закону про вибори Президента, ч.ч. 7, 8 ст. 91 Закону про вибори народних депутатів, ч.ч. 6, 7 ст. 72 Закону про місцеві вибори міститься заборона заповнення протоколів про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці олівцем і внесення до них без відповідного рішення дільничної виборчої комісії будь-яких виправлень, а якщо після підписання протоколу про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці дільнична виборча комісія виявила в ньому неточності (описку чи помилку у цифрах), вона на тому ж засіданні розглядає питання про внесення змін до нього шляхом складення нового протоколу про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці з усуненням неточностей, на якому робиться позначка «Уточнений».

В окремих випадках незаконне внесення змін до виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму може бути визнане малозначним діянням (ч. 2 ст. 11 КК), наприклад, при виправленні помилки, допущеної в прізвищі члена комісії тощо.

Склади злочинів, передбачених у ч. 7 ст. 158 КК, є **матеріальними**, тому злочин вважається закінченим у момент настання наслідків у вигляді неможливості визначити волевиявлення виборців (як у межах виборчої дільниці та виборчого округу, так і в цілому на виборах) чи встановити результати референдуму (у т. ч. в межах дільниці для голосування). **Суб'єкт** злочину – спеціальний (член виборчої комісії, комісії з референдуму). **Суб'єктивна сторона** характеризується прямим умислом.

**Надання громадянину можливості проголосувати за іншу особу** (ч. 8 ст. 158 КК) означає вчинення членом виборчої комісії (комісії з референдуму) дій чи бездіяльності, внаслідок яких певна особа<sup>73</sup> отримує реальну мож-

<sup>73</sup> Оскільки в цьому реченні використовується не словосполучення «громадянин України», а термін «громадянин», то, застосовуючи поширювальне тлумачення, під ним слід розуміти будь-яку людину, включаючи іноземців і осіб без громадянства, а не лише громадян України, інакше результат тлумачення міг би бути позбавленим здорового глузду: кримінально караним було б тільки надання можливості проголосувати за іншу особу *громадянину України*, тоді як надання такої можливості *іноземцю* чи *особі без громадянства*, маючи таку ж суспільну небезпеку, не тягло б кримінальної відповідальності. Разом із тим, використання в цьому ви-

ливості проголосувати за іншу особу – виборця, включеного до списку виборців на відповідній виборчій дільниці. Цей злочин може полягати, наприклад, у видачі бюлетеня близькому родичу виборця або взагалі сторонній особі, в т.ч. такій, що не включена до списку виборців на цій виборчій дільниці, або навіть такій, що не має права голосу на відповідних виборах (неповнолітній особі, недієздатній особі, іноземцю, особі без громадянства). При цьому на кваліфікацію діяння за цією нормою не впливає, скажімо, те, що член виборчої комісії (комісії з референдуму) достовірно знає, що особа, котра хоче отримати бюлетень замість іншого виборця, діє за згодою останнього чи навіть за його дорученням.

**Надання громадянину можливості проголосувати більше ніж один раз у ході голосування** (ч. 8 ст. 158 КК) означає вчинення членом виборчої комісії (комісії з референдуму) дій чи бездіяльності, внаслідок яких виборець отримує реальну можливість проголосувати два чи більше разів на одних виборах, що порушує принцип рівного виборчого права. Це може полягати, зокрема, у видачі виборцю на одних виборах (одному референдумі) кількох виборчих бюлетенів (бюлетенів для голосування).

У той же час голосуванням більше одного разу не можна вважати голосування виборцем за кількома виборчими бюлетенями на кількох виборах, які проводяться в один день (для прикладу, якщо одночасно проводяться вибори сільського голови, депутатів сільської ради, депутатів районної ради, депутатів обласної ради, то виборець має проголосувати одразу за чотирма бюлетенями – по одному на кожні вибори).

**Надання виборчого бюлетеня чи бюлетеня для голосування на референдумі особі, яка не включена до списку виборців (громадян, які мають право брати участь у референдумі) на відповідній виборчій дільниці (дільниці з референдуму)**, (ч. 8 ст. 158 КК) означає незаконну видачу в ході голосування членом виборчої комісії (комісії з референдуму) бюлетеня особі, яку не було включено до списку виборців (громадян, які мають право брати участь у референдумі) або яку було виключено з такого списку.

Передбачені виборчим законодавством і Законом про референдуми порядок складання списку виборців (громадян, які мають право брати участь у референдумі, його уточнення й оскарження неправильностей, що в ньому містяться, створюють гарантії того, що вибори не будуть сфальсифіковані і кожний виборець проголосує тільки один раз. Саме тому включення

падку слова «громадянин» є не зовсім доречним, тому його доцільно замінити словом «особа» чи «людина».

громадянина до такого списку стає підставою реалізації права голосу на виборах чи референдумі. Якщо громадянин помилково не був включений до такого списку, то він може використати процедури оскарження, передбачені Законом про реєстр виборців, виборчим законодавством, Законом про референдуми та Кодексом адміністративного судочинства України<sup>74</sup>. Крім того, голова, заступник голови та секретар дільничної виборчої комісії в день голосування виправляють неточності й технічні описки в уточненому списку виборців – неправильне написання прізвища, власного імені (усіх власних імен), по батькові (за наявності), дати народження, номера будинку, квартири місця проживання – в разі якщо, незважаючи на такі технічні описки, є зрозумілим, що до списку виборців включено саме того виборця, який прибув на виборчу дільницю для голосування (ч. 8 ст. 35 Закону про вибори Президента, ч. 7 ст. 42 Закону про вибори народних депутатів, ч. 6 ст. 33 Закону про місцеві вибори). В усіх інших випадках видача бюлетеня особі, яку не було включено до списку (або було виключено з нього), становить склад злочину, передбаченого ч. 8 ст. 158 КК, навіть якщо член відповідної комісії достовірно знав, що названа особа дійсно проживає на території виборчої дільниці

<sup>74</sup> На жаль, протягом багатьох років законодавець не може вирішити колізії, що виникають між нормами виборчого та процесуального законодавства, зокрема, в частині оскарження неправильностей у списках виборців. Так, згідно з ч. 3 ст. 173 Кодексу адміністративного судочинства України позовну заяву про уточнення списку виборців подається може бути подано до адміністративного суду не пізніше як за два дні до дня голосування, тоді як відповідно до ч. 6 ст. 32 Закону про вибори Президента така позовна заява може бути подана до суду не пізніше ніж за одну годину до закінчення голосування. На президентських виборах 2010 р. суди вирішували цю колізію на користь останньої норми, розглядаючи скарги виборців і в день голосування.

Заради справедливості слід відзначити, що вітчизняний законодавець уже зробив певні кроки до подолання цих колізій. Так, у ч. 10 ст. 40, ч. 13 ст. 43 нового Закону про вибори народних депутатів 2011 р. зазначено, що адміністративний позов про уточнення списку виборців може бути подано до суду в порядку, встановленому Кодексом адміністративного судочинства України.

Але при цьому слід також пам'ятати досвід парламентських виборів 2007 р., під час яких були випадки, коли суди задовольняли позови громадян про неправильності в списках виборців, подані в день голосування, не дивлячись на те, що як ч. 3 ст. 173 Кодексу адміністративного судочинства України, так і ч. 7 ст. 43 чинного на той момент Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 25 березня 2004 року дозволяли подавати такий позов можна не пізніше, ніж за два дні до дня виборів. Ці судові рішення були обґрунтовані тим, що конституційна норма, яка гарантує право на вільні вибори, має пряму дію. У будь-якому разі, в умовах існування подібних колізій слід виходити із того, що судові рішення, які набрали чинності, повинні виконуватися. Тому не є злочином включення виборця на підставі чинного судового рішення до списку виборців в день голосування та видача йому виборчого бюлетеня, навіть якщо існують сумніви щодо законності цього рішення.

та не голосував на жодній іншій дільниці.

**Надання виборцю заповненого виборчого бюлетеня (бюлетеня для голосування на референдумі)** (ч. 8 ст. 158 КК) полягає у тому, що громадянин одержує від члена дільничної комісії бюлетень, в якому вже стоїть передбачена законом позначка, що нібито засвідчує волевиявлення цього виборця (наприклад, голос за певного кандидата, партію тощо). Це діяння є злочином і в тому випадку, якщо виборець все одно збирався голосувати так само, як указано в заповненому бюлетені.

Склади злочинів, передбачених у ч. 8 ст. 158 КК, є **формальними**, тому злочини вважаються закінченими в момент вчинення відповідних діянь, незалежно від того, скажімо, чи проголосував виборець більше одного разу, чи проголосувала особа, не включена до списку виборців тощо. **Суб'єкт** злочину – спеціальний (член виборчої комісії, комісії з референдуму). **Суб'єктивна сторона** характеризується прямим умислом.

**Надання неправдивих відомостей до органу Державного реєстру виборців** (ч. 9 ст. 158 КК) – це надання особою, яка за законом має право чи зобов'язана це робити, до органу Державного реєстру виборців передбачених законом відомостей, що завідомо для особи, котра їх подає, не відповідають дійсності.

*Державний реєстр виборців* (далі – Реєстр) – це автоматизована інформаційно-телекомунікаційна система, призначена для зберігання, обробки даних, які містять передбачені цим Законом відомості, та користування ними, створена для забезпечення державного обліку громадян України, які мають право голосу відповідно до статті 70 Конституції України (ст. 1 Закону про реєстр виборців). При цьому порушення встановлених законом порядку та строків подання відомостей про виборців до органу Державного реєстру виборців утворює склад адміністративного правопорушення (ст. 212-7 КпАП).

*До органів Реєстру належать:*

1) розпорядник Реєстру – ЦВК (розпорядник Реєстру не уповноважений вносити до нього записи, зміни до персональних даних чи знищувати записи Реєстру);

2) органи ведення Реєстру (забезпечують ведення Реєстру в порядку, встановленому Законом про реєстр виборців і розпорядником Реєстру):

- у районі, районі в місті Києві, місті Севастополі – відповідний структурний підрозділ апарату районної, районної у місті державної адміністрації;

- у місті обласного (республіканського в АРК) значення без районного поділу – відповідний виконавчий орган міської ради;



- у районі в місті обласного значення з районним поділом – відповідний виконавчий орган районної у місті ради або відповідний структурний підрозділ створеного у районі виконавчого органу міської ради;

3) регіональні органи адміністрування Реєстру (здійснюють організаційну підтримку, забезпечують взаємодію місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, закладів, установ та організацій стосовно створення та ведення Реєстру, контролюють виконання рішень розпорядника Реєстру; ці органи мають доступ лише до статистичних відомостей Реєстру):

- в АРК – відповідний структурний підрозділ апарату Ради міністрів АРК;

- в області, місті Києві, місті Севастополі – відповідний структурний підрозділ апарату обласної, міської державної адміністрації.

Функції органу ведення Реєстру та регіонального органу адміністрування Реєстру стосовно виборців, які проживають або перебувають за межами України, здійснює відповідний структурний підрозділ Міністерства закордонних справ України.

Складом даного злочину охоплюється надання лише *відомостей*, що за законом заносяться до Реєстру та зберігаються в його базі даних:

1) ідентифікаційні персональні дані виборця (прізвище; власне ім'я (усі власні імена); по батькові; дата народження; місце народження);

2) персональні дані, які визначають місце та умови голосування виборця (виборча адреса виборця; номер територіального або зазначення закордонного виборчого округу, до якого віднесений виборець; номер виборчої дільниці, до якої віднесений виборець; і за наявності підстав – відомості про постійну нездатність виборця пересуватися самостійно);

3) службові персональні дані (дата набуття виборцем громадянства України; для осіб, включених до Реєстру, громадянство України яких припинено – дата припинення громадянства України; для осіб, включених до Реєстру та визнаних судом недієздатними – дата визнання особи недієздатною; для осіб, включених до Реєстру, дієздатність яких поновлена – дата поновлення дієздатності особи; для померлих осіб, включених до Реєстру – дата смерті виборця або дата оголошення його померлим; дата скасування рішення суду про оголошення особи, включеної до Реєстру, померлою; службова відмітка про вибуття виборця із зареєстрованого місця проживання (без внесення змін до його виборчої адреси) із зазначенням номера і дати видання виборцю документа, що засвідчує таку зміну; службова відмітка про проходження виборцем

строкової військової служби; посилення на документи (із зазначенням їх реквізитів), які є у розпорядженні органу ведення Реєстру та стали підставою для внесення запису або персональних даних до бази даних Реєстру, зміни (уточнення) цих персональних даних або знищення запису).

Склад злочину, передбаченого в ч. 9 ст. 158 КК, є **формальним**, тому злочин вважається закінченим у момент надання таких відомостей до відповідного органу Реєстру, незалежно від того, чи внесли ці органи відповідні зміни до Реєстру. **Суб'єктивна сторона** характеризується прямим умислом. Особа, котра надає відповідні відомості, має усвідомлювати їх неправдивість.

**Суб'єктом** злочину може бути особа, яка за законом може подавати відповідні відомості до Реєстру. При цьому вчинення злочину службовою особою з використанням службового становища утворює **кваліфікований склад злочину** за ч. 10 ст. 158 КК. Так, згідно із Законом про реєстр виборців зобов'язані подавати відомості до Реєстру:

1) керівник відповідного районного (міського, районного у місті) органу Міністерства внутрішніх справ України, який подає відомості про:

- громадян України, зареєстрованих за місцем проживання у відповідній адміністративно-територіальній одиниці, яким протягом наступного місяця виповниться 18 років;

- осіб, які протягом попереднього місяця набули громадянства України та отримали тимчасове посвідчення громадянина України або паспорт громадянина України;

- виборців, які протягом попереднього місяця отримали паспорт громадянина України у зв'язку із зміною прізвища, імені, по батькові, дати або місця народження;

- виборців, які протягом попереднього місяця зареєстрували своє місце проживання у відповідній адміністративно-територіальній одиниці;

- виборців, які протягом попереднього місяця зняті з реєстрації за місцем проживання у відповідній адміністративно-територіальній одиниці;

- осіб, громадянство України яких припинено протягом попереднього місяця.

2) Керівник відділу державної реєстрації актів цивільного стану Міністерства юстиції України, який подає відомості про виборців, смерть яких зареєстровано протягом попереднього місяця, до органу ведення Реєстру, повноваження якого поширюються на територію, де було зареєстровано останнє місце проживання виборців, крім відомостей про виборців, останнє місце проживання яких зареєстровано за межами ра-

йону, міста, в якому розташовано відділ державної реєстрації актів цивільного стану. Відомості про таких виборців подаються керівником відділу державної реєстрації актів цивільного стану органу ведення Реєстру за територіальним розташуванням відділу.

3) Командир військової частини (формування), дислокованої в межах відповідної адміністративно-територіальної одиниці, котрий подає відомості про:

- виборців – військовослужбовців строкової служби, які протягом попереднього місяця прибули для проходження служби у цій військовій частині (формуванні);

- виборців – військовослужбовців строкової служби, які протягом попереднього місяця вибули з території дислокації цієї військової частини (формування).

4) Уповноважена особа відповідного районного (районного у місті, міського, міськрайонного) суду, що подає відомості про:

- виборців, які протягом попереднього місяця були визнані недієздатними;

- осіб, щодо яких протягом попереднього місяця було скасовано рішення про визнання їх недієздатними.

5) Керівник установи виконання покарань, який подає відомості про:

- виборців, які протягом попереднього місяця прибули для відбування покарання до цієї установи;

- виборців, які відбували покарання і протягом попереднього місяця вибули з цієї установи;

- громадян України, які відбувають покарання та яким протягом наступного місяця виповниться 18 років.

6) Керівник спеціалізованого закладу, що відповідно до закону здійснює облік бездомних громадян, котрий подає відомості про виборців, які протягом попереднього місяця:

- зареєстровані за юридичною адресою закладу;

- зняті з реєстрації за юридичною адресою закладу.

7) Керівник закордонної дипломатичної установи України, котрий подає органу ведення Реєстру в Міністерстві закордонних справ України відомості про:

- громадян України, яким протягом наступного місяця виповниться 18 років;

- осіб, які протягом попереднього місяця набули громадянства України та отримали тимчасове посвідчення громадянина України або паспорт громадянина України;

- осіб, громадянство України яких припинено протягом попереднього місяця;

- громадян України - виборців, які протя-

гом попереднього місяця стали на консульський облік на території відповідного консульського округу;

- громадян України - виборців, які протягом попереднього місяця зняті з консульського обліку на території відповідного консульського округу;

- громадян України, які протягом попереднього місяця змінили прізвище, ім'я, по батькові, дату або місце народження;

- померлих виборців, стосовно яких протягом попереднього місяця на відповідній території компетентним органом відповідної держави видано свідоцтво про смерть або інший документ.

8) Уповноважена особа Міністерства оборони України подає органу ведення Реєстру в Міністерстві закордонних справ України відомості про:

- виборців, які протягом попереднього місяця прибули для проходження служби у військових частинах (формуваннях) України, що дислокуються за межами України на відповідній території;

- виборців, які протягом попереднього місяця вибули з військових частин (формувань) України, що дислокуються за межами України на відповідній території.

9) Керівник відповідного районного (районного у місті, міського) органу охорони здоров'я, установи соціального захисту, сільський, селищний, міський голова, котрі подають відомості про виборців, щодо яких протягом попереднього місяця встановлено постійну нездатність пересуватися самостійно.

10) Сільський, селищний, міський голова або інша посадова особа, яка відповідно до закону здійснює його повноваження, котрі подають органу ведення Реєстру відомості про найменування нових та перейменування вулиць (проспектів, бульварів, площ, провулків, кварталів, кутків тощо), присвоєння номерів новим будинкам і зміну нумерації існуючих будинків у відповідному населеному пункті.

**Розпорядження щодо внесення завідомо неправдивих відомостей до бази даних Державного реєстру виборців** (ч. 10 ст. 158 КК) означає надання службовою особою органу Державного реєстру виборців указівки працівникам цього органу про внесення до бази даних Реєстру завідомо для цієї особи неправдивих відомостей, у т. ч. шляхом видання керівником органу ведення Реєстру незаконного наказу про внесення запису до бази даних Реєстру. При цьому не важливо, знали працівники про неправдивість таких відомостей чи ні.

Склад злочину, передбаченого ч. 10 ст. 158 КК, є **формальним**. Злочин вважається за-

кінченим у момент вчинення указаних дій. **Суб'єктивна сторона** характеризується прямим умислом. Особа, котра видає розпорядження про певних відомостей до бази даних Реєстру, має усвідомлювати їх неправдивість. **Суб'єкт** злочину спеціальний – це службова особа органу Державного реєстру виборців.

**Внесення неправдивих відомостей до бази даних Реєстру** (ч. 11 ст. 158 КК) означає безпосереднє внесення працівником органу ведення Реєстру до бази даних Реєстру інформації про персональні дані виборця, яка завідомо для винної особи не відповідає дійсності. При цьому відповідний працівник може діяти як із власної ініціативи, так і за незаконним розпорядженням відповідної службової особи органу Реєстру. **Суб'єкт** злочину спеціальний – це працівник органу ведення реєстру. **Суб'єктивна сторона** характеризується прямим умислом.

**Несанкціоновані дії з інформацією, що міститься у базі даних Реєстру**, (ч. 11 ст. 158 КК) – це будь-які незаконні дії щодо відомостей, які містяться у базі даних Реєстру (внесення нових записів, зміна персональних даних виборця, знищення запису чи його частини, перенесення інформації з однієї частини бази Реєстру до іншої, перехоплення інформації, копіювання бази даних Реєстру тощо). Оскільки дотримання визначеного законом порядку роботи Реєстру становить одну із гарантій проведення чесних і рівних виборів (голосування на референдумі), під ознаки цієї форми об'єктивної сторони підпадає навіть внесення правдивих відомостей до Реєстру, здійснене з порушенням установленого законом порядку та без визначених законом підстав (хоча в таких випадках кожного разу слід з'ясовувати, чи не були указані дії малозначними в розумінні ч. 2 ст. 11 КК).

**Інше несанкціоноване втручання в роботу Реєстру** (ч. 11 ст. 158 КК) полягає у вчиненні будь-яких інших незаконних дій (крім несанкціонованих дій з інформацією, що міститься у базі даних Реєстру), які порушують нормальну роботу Реєстру (незаконний перегляд відомостей Реєстру, створення апаратних чи програмних перешкод у роботі Реєстру, блокування роботи Реєстру тощо).

Ч. 11 ст. 158 КК слід розглядати як *спеціальну* по відношенню до ст. 361 «Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку» та ст. 362 «Несанкціоновані дії з інформацією, яка оброблюється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї».

Якщо несанкціоновані дії з інформацією, що міститься у базі даних Реєстру, або інше несанкціоноване втручання у роботу Реєстру було поєднано із створенням з метою використання, розповсюдження або збуту, а також розповсюдженням або збутом шкідливих програмних чи технічних засобів, призначених для несанкціонованого втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку, то вони потребують додаткової кваліфікації за ст. 361-1 КК.

Якщо дії, передбачені ч. 11 ст. 158 КК, які були поєднані з несанкціонованим збутом або розповсюдженням інформації про виборців, що міститься у базі даних Реєстру, то їх слід кваліфікувати за сукупністю зі ст. 361-2 КК, адже відповідно до Закону України «Про інформацію» інформація про фізичну особу є конфіденційною, тобто інформацією з обмеженим доступом.

Несанкціоновані дії з інформацією, що міститься у базі даних Державного реєстру виборців, чи інше несанкціоноване втручання у роботу Державного реєстру виборців, може бути здійснене як службовою особою, яка має право доступу до цієї інформації, так і іншою особою шляхом несанкціонованого доступу до бази даних Державного реєстру виборців. Таким чином, **суб'єкт** злочину є загальним. **Суб'єктивна сторона** характеризується прямим умислом.

Склади злочинів, що містяться в ч. 11 ст. 158 КК, є **формальними**. Відповідні злочини є закінченими з моменту вчинення заборонених дій.

У ч. 12 ст. 158 КК передбачені **кваліфікуючі (особливо кваліфікуючі) ознаки** діянь, передбачених ч.ч. 9-11 цієї статті. Зокрема, за цією частиною слід кваліфікувати указані діяння, якщо вони: 1) вплинули на результати голосування виборців на виборчій дільниці або у межах виборчого округу, або 2) призвели до неможливості визначити волевиявлення виборців на виборчій дільниці чи у відповідних виборах, а також 3) вчинені за попередньою змовою групою осіб.

Слід зазначити, що порушення встановленого законом порядку ведення Державного реєстру виборців, якщо воно не має ознак злочину, складає адміністративне правопорушення й тягне відповідальність за ст. 212-7 КпАП.

Необережне скоєння членом виборчої комісії чи іншою службовою особою названих у ст. 158 КК діянь за наявності відповідних ознак слід кваліфікувати за ст. 367 КК.

**Голосування виборцем, який бере участь у виборах або референдумі на виборчій дільниці більше ніж один раз** (ст. 158-1 КК).

**Суспільна небезпека** цього злочину поля-



гає у тому, що він посягає на засади демократії, адже створює нерівні можливості для громадян брати участь в управлінні державними справами. Голосування окремими громадянами більше одного разу може викривити не тільки результати голосування на виборчій дільниці (дільниці для голосування на референдумі), але й підсумки виборів (референдуму) в цілому<sup>75</sup>.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є ріне право громадян голосувати на виборах або референдумі, а також встановлений чинним законодавством порядок проведення голосування.

**Об'єктивна сторона** злочину виражається в голосуванні особою, яка має право голосу на відповідних виборах чи референдумі, більше одного разу (звичайно, не є злочином голосування виборцем по одному разу на різних виборах і референдумах, що відбуваються одночасно, а так само голосування виборцем двічі – по одному разу за партію і за конкретного кандидата на парламентських виборах, які відбуваються за змішаною виборчою системою). Голосування більше ніж один раз означає, що особа два рази чи більше реалізовує право голосу на виборах чи референдумі. Особа вважається такою, що проголосувала, якщо вона вкинула виборчий бюлетень чи бюлетень для голосування у скриньку. Тому злочин необхідно вважати **закінченим** з моменту, коли виборець опустив до виборчої скриньки (скриньки для голосування) як мінімум другий отриманий і заповнений ним бюлетень.

*Наприклад, громадянин А., беручи участь у виборах Президента України 17 січня 2010 року, з метою незаконного збільшення кількості голосів за одного з кандидатів у Президенти України, близько 8 год. 10 хв. у приміщенні по вул. Вокзальній, буд. 1, м. Умань, отримав бюлетень, як виборець, що проживає на цій виборчій дільниці, про що зробив відмітку в списку виборців навпроти рядка № 751, проголосував за списком виборчої дільниці № 30 територіального виборчого округу № 203 та опустив даний бюлетень у виборчу скриньку. У цей же день, близько 18 год. 30 хв. у приміщенні по вул. Вокзальна, буд. 1, м. Умань, повторно отримав бюлетень, як виборець, включений до уточненого списку виборців на звичайній виборчій дільниці № 30 територіального виборчого округу № 203, оскільки він є членом цієї виборчої комісії, про що зробив відмітку у відомості про виборців, включених до уточненого списку виборців, проголосував і опустив виборчий бюлетень в скриньку. Таким*

<sup>75</sup> Наприклад, на виборах міського голови міста Луганська в 2010 р. до списків виборців було включено 370 925 осіб, але при цьому С.І. Кравченко, котрого було обрано міським головою, обігнав свого найближчого суперника лише на 21 голос. Отже, якщо б лише 22 виборці проголосували за цього суперника двічі, то результати виборів були б зовсім іншими.

*чином, суд визнав громадянина А. винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 158-1 КК України<sup>76</sup>.*

**Суб'єкт** злочину є спеціальним – це громадянин України, який має право голосу та бере участь у виборах чи референдумі. Право голосу мають всі дієздатні громадяни України, яким на день виборів виповнилося 18 років. Лише на місцевих виборах існують додаткові обмеження: військовослужбовці строкової служби, громадяни України, що проживають за кордоном, а також громадяни України, яких було визнано судом недієздатними або які за вироком суду перебувають у місцях позбавлення волі, вважаються такими, що не належать до жодної територіальної громади та не мають права голосу на місцевих виборах.

**Кваліфікований склад** злочину (ч. 2 ст. 158-1 КК) утворює те саме діяння, вчинене за змовою з членом виборчої комісії або комісії з референдуму. Змова має місце, якщо виборець заздалегідь чи безпосередньо перед незаконним голосуванням втруте (втруте тощо) домовився з одним або кількома членами вказаних комісій про видачу йому додаткових бюлетенів або про створення інших можливостей для голосування ним більше ніж один раз тощо (при цьому діяння члена (членів) виборчої комісії або комісії з референдуму підлягають кваліфікації за ч. 8 ст. 158 КК).

Аналізуючи положення ст. 158-1 КК, слід звернути увагу на те, що ця норма, як і попередні, страждає певною недосконалістю. Зокрема, М.І. Мельник звернув увагу на те, що в ч. 1 ст. 158-1 КК передбачена відповідальність за голосування більше ніж один раз виборцем, тоді як згідно із законодавством про референдум участь у референдумі бере не виборець, а громадянин, який має право на участь у референдумі. І хоча за змістом поняття «виборець» і «громадянин, який має право на участь у референдумі» збігаються, але у чинному законодавстві про вибори та референдуми вони використовуються для позначення суб'єктів різних процесів – відповідно виборчого та референдумного. Це дало М.І. Мельнику підстави зробити категоричний висновок, що буквально тлумачення диспозиції ч. 1 ст. 158-1 КК не дозволяє її застосування щодо неодноразового голосування особою на референдумі<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Вирок Уманського міськрайонного суду Черкаської області від 19 лютого 2010 р. у справі № 1-141/2010 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8096751>. – Дата доступу: 02.04.2011.

<sup>77</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 416.

Ми не можемо погодитися із таким категоричним висновком, адже в ч. 1 ст. 158 КК мова йде про виборця, який бере участь у виборах або референдумі, хоч, дійсно, в цьому випадку має місце термінологічна неузгодженість між положеннями кримінального закону та закону про референдуми, яку необхідно вирішувати.

Крім того, М.І. Мельник цілком правильно звернув увагу на недоречність указівки в цій статті на місце вчинення злочину – «на виборчій дільниці». Зокрема, він зауважив, що виборче законодавство виділяє три види виборчих дільниць: звичайну, спеціальну й закордонну. Під звичайною виборчою дільницею розуміється частина території територіального виборчого округу, де проживають (як виняток, перебувають) виборці, що призначається для організації і проведення голосування та підрахунку голосів виборців. Спеціальні виборчі дільниці утворюються у певних місцях тимчасового перебування виборців з обмеженими можливостями пересування, зокрема, у стаціонарних лікувальних закладах, на суднах, в установах кримінально-виконавчої системи. Закордонні виборчі дільниці утворюються при дипломатичних та інших офіційних представництвах і консульських установах України за кордоном, у військових частинах (формуваннях), дислокованих за межами України. З огляду на це, підкреслює М.І. Мельник, вказівка закону на виборчу дільницю як на місце вчинення цього злочину не є юридично коректною. Згідно з виборчим законодавством голосування на виборах може проводитися у двох місцях: по-перше, у приміщенні для голосування, тобто, у спеціально відведеному та обладнаному приміщенні, в якому обладнуються кабінети (кімнати) для таємного голосування та визначаються місця видачі виборчих бюлетенів і встановлення виборчих скриньок; по-друге, за межами приміщення для голосування, яке у передбачених законом випадках організовується для виборців, які за станом здоров'я не можуть прийти до приміщення для голосування (так зване голосування на дому). Поняття «виборча дільниця» у чинному законодавстві вживається лише стосовно виборів, а стосовно референдуму використовується поняття «дільниця для голосування», що також робить проблематичним застосування ст. 158-1 при незаконному неодноразовому голосуванні особи на референдумі<sup>78</sup>.

Доповнюючи до сказаного зауважимо, що слова «на виборчій дільниці» в тексті ч. 1 ст. 158-1 КК взагалі є зайвими, оскільки, з одного боку, голосування на виборах чи референдумі в будь-якому разі відбувається на території якоїсь виборчої дільниці, а з іншого боку, вживання в тек-

сті закону цього терміну в однині може привести правозастосовника до неправильного висновку, що кримінально каранім є голосування більше одного разу на одній і тій же виборчій дільниці, тоді як голосування по одному разу на кількох різних дільницях не є злочином. Ще одним недоліком є також і те, що в тексті ч. 1 ст. 158-1 КК кома має стояти не після слів «більше ніж один раз», а після слів «який бере участь у виборах або референдумі».

Ураховуючи висловлені зауваження, ч. 1 ст. 158-1 КК доцільно викласти в такій редакції: «Незаконне голосування особою, яка має право голосу, більше одного разу на одних і тих же виборах чи референдумі, - карається...»<sup>79</sup>.

#### **Незаконне знищення виборчої документації або документів референдуму (ст. 158-2 КК).**

**Суспільна небезпека** цього злочину полягає в тому, що знищення такої документації після завершення виборчого процесу чи процесу референдуму може створити передумови для приховування фактів фальсифікації виборів чи референдуму. У пояснювальній записці до проекту закону, який було внесено до Верховної Ради України 7 грудня 2004 року та який доповнив чинний КК цією статтею, сказано: «Зважаючи на суспільно небезпечний характер дій, що посягають на політичні права громадян України обирати та бути обраними, мати об'єктивну, чесну та неупереджену інформацію стосовно усіх стадій виборчого процесу, виходячи з негативної практики виборчої кампанії по виборам Президента України у жовтні та листопаді 2004 року, з метою забезпечення розслідування усіх обставин, що спричинили спотворення результатів народного волевиявлення і відміну Верховним Судом України результатів голосування, виникає необхідність ввести кримінальну відповідальність за... знищення виборчої документації поза встановленим законом строком»<sup>80</sup>.

**Безпосереднім об'єктом** цього злочину є визначений законом порядок зберігання виборчої документації та документів референдуму, а також порядок поведіння із ними.

**Об'єктивну сторону** цього злочину склада-

<sup>79</sup> Законним у даному випадку слід вважати, наприклад, голосування виборцем двічі – по одному разу за партію і за конкретного кандидата на парламентських виборах, які відбуваються за змішаною виборчою системою.

<sup>80</sup> Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за внесення змін, підміну або знищення виборчої документації» [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc34?id=&pf3511=19486&pf35401=59476](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=19486&pf35401=59476). – Дата доступу: 03.02.2011.

<sup>78</sup> Там само. – С. 416-417.

ють дві форми:

1) незаконне знищення виборчої документації або документів референдуму поза встановленим законом строком зберігання у державних архівних установах та в ЦВК після проведення виборів або референдуму;

2) пошкодження виборчої документації або документів референдуму.

**Незаконне знищення виборчої документації або документів референдуму поза встановленим законом строком зберігання у державних архівних установах та в Центральній виборчій комісії України після проведення виборів або референдуму** означає вчинення протиправних дій (підпалення, подрібнювання, обливання кислотою, заливтя водою тощо), внаслідок чого такі документи, які за законом ще підлягають зберігання, перестають фізично існувати або втрачають можливість бути носієм зафіксованої на них інформації та не можуть бути відновлені.

**Пошкодження виборчої документації або документів референдуму** – це заподіяння шкоди таким документам, внаслідок якої використання їх за цільовим призначенням ускладнено або унеможливлено. У залежності від обставин таке пошкодження може бути визнане мало значним діянням (ч. 2 ст. 11 КК).

*Предметом* злочину є виборча документація та документи референдуму, що зберігаються в державних архівних установах і в ЦВК.

Конкретний перелік документів, які передаються до державних архівних установ визначається виборчим законодавством, а також постановами ЦВК № 885 від 10 березня 2006 року «Про Порядок передавання виборчої та іншої документації виборчих комісій та комісій із всеукраїнського та місцевих референдумів на зберігання до архівних установ»<sup>81</sup> і № 487 від 25 жовтня 2010 року «Про Порядок передачі виборчої та іншої документації територіальних виборчих комісій з виборів депутатів Верховної Ради АРК, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів на зберігання до державних архівних установ».

Разом із тим слід звернути увагу на те, що названі нормативно-правові акти встановлюють різні дещо відмінні правила, які визначають переліки документів, що передаються до архівних

<sup>81</sup> Постановою ЦВК № 487 від 25.10.2010 р. визнано таким, що втратив чинність, Порядок передавання виборчої та іншої документації виборчих комісій та комісій із всеукраїнського та місцевих референдумів на зберігання до архівних установ, затверджений постановою Центральної виборчої комісії від 10 березня 2006 року № 885, у частині, що стосується передачі виборчої та іншої документації територіальних виборчих комісій з виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів на зберігання до архівних установ.

установ, і строки їх зберігання.

Згідно із Законом про вибори Президента (ст. 88) протягом *трьох років* з дня офіційного оприлюднення результатів виборів Президента України у місцевих державних архівних установах зберігаються: протоколи виборчих комісій про підрахунок голосів виборців на виборчих дільницях, про підсумки голосування в територіальних виборчих округах, виборчі бюлетені, контрольні талони виборчих бюлетенів, списки виборців, акти, заяви, скарги про порушення вимог даного Закону при проведенні голосування і підрахунку голосів виборців, інші протоколи та рішення виборчих комісій.

Відповідно до Закону про місце вибори (ст. 92) протягом *одного року* з дня офіційного оприлюднення результатів місцевих виборів у місцевих державних архівних установах зберігаються: протоколи про підрахунок голосів виборців на виборчих дільницях, про підсумки голосування у виборчих округах та про результати місцевих виборів, виборчі бюлетені, контрольні талони виборчих бюлетенів, списки виборців, акти, заяви, скарги про порушення вимог даного Закону при проведенні голосування і підрахунку голосів виборців, інші протоколи та рішення виборчих комісій.

Закон про референдуми не містить норм, які визначають перелік і строки зберігання документів референдуму в архівних установах.

На відміну від вищесказаного, постановами ЦВК № 885 від 10.03.2006 р. і № 487 від 25.10.2010 р. передбачено, що після офіційного опублікування підсумків голосування та результатів виборів, результатів референдуму територіальна, окружна виборча комісія, комісія АРК, обласна, міська, міст Києва та Севастополя, районна у містах, районна, селищна, сільська комісія з референдуму передають на зберігання відповідно до Державного архіву в АРК, відповідних місцевих державних архівних установ такі документи, що належать до Національного архівного фонду:

- протоколи засідань територіальної, окружної виборчої комісії, комісії АРК, обласної, міської міст Києва та Севастополя, комісій з референдуму з додатками, передбаченими відповідним законом;

- рішення (постанови, протокольні рішення) територіальної, окружної виборчої комісії та документи, на підставі яких прийнято рішення;

- рішення територіальної, окружної виборчої комісії, іншого відповідного органу про утворення дільничних виборчих комісій, дільничних комісій з референдуму;

- протоколи територіальних виборчих комісій про підсумки голосування у виборчому окрузі



та про результати місцевих виборів;

- протокол окружної виборчої комісії про підсумки голосування в багатомандатному загальнодержавному виборчому окрузі з виборів народних депутатів України;

- протоколи дільничних виборчих комісій про підрахунок голосів виборців на виборчих дільницях;

- протоколи дільничних комісій із всеукраїнського та місцевих референдумів про підсумки голосування;

- фінансові документи комісії (кошториси, штатний розпис, плани асигнувань, фінансові звіти);

- акти про знищення (акти про вилучення для знищення) документів, що не підлягають зберіганню в архівній установі;

- інші документи відповідно до законів України про вибори, референдуми, а також типової номенклатури справ комісії.

При цьому документи Національного архівного фонду України відповідно до Закону України «Про Національний архівний фонд та архівні установи» від 24 грудня 1993 року, зберігаються постійно.

Низка документів, відповідно до постанов ЦВК № 885 від 10.03.2006 р. і № 487 від 25.10.2010 р., передається до місцевих державних архівних установ або місцевих архівних установ, створених місцевими органами виконавчої влади чи органами місцевого самоврядування<sup>82</sup>, для тимчасового зберігання:

- списки виборців для проведення голосування;

- списки виборців для повторного голосування;

- списки громадян України, які мають право брати участь у референдумі;

- виборчі бюлетені разом з контрольними талонами;

- відкріпні посвідчення та документи з їх вимоги та обліку;

- акти, заяви, скарги про порушення вимог відповідного закону при проведенні голосування

<sup>82</sup> У постанові ЦВК № 487 від 25.10.2010 р. мова йде про передачу виборчої документації та документів референдуму, що підлягають тимчасовому зберіганню, лише до місцевих державних архівних установ, але в постанові ЦВК № 885 від 10.03.2006 р. передбачено також можливість її передавання і до місцевих архівних установ, створених місцевими органами виконавчої влади чи органами місцевого самоврядування. При цьому в ч. 1 ст. 158-2 КК згадуються лише державні архівні установи. Це створює певну диспропорцію кримінально-правового захисту відповідних відносин. Так, наприклад, якщо в одних регіонах України певні виборчі документи будуть передані до державних архівних установ, а в інших регіонах ті ж самі документи – до архівних установ, створених органами місцевого самоврядування, то в першому випадку знищення названих документів підпадатиме під дію ч. 1 ст. 158-2 КК, а в другому – ні. Це зумовлює потребу внесення відповідних змін до чинного КК.

і підрахунку голосів;

- первинні бухгалтерські документи;

- документи з особового складу;

- інші документи відповідно до законів України про вибори, референдуми, а також типової номенклатури справ комісії.

Таким чином, порівняння положень виборчих законів і постанов ЦВК № 885 від 10.03.2006 р. та № 487 від 25.10.2010 р. дає можливість знайти кілька документів, які згідно з виборчими законами мають визначений термін зберігання, але в той же час указаними постановами ЦВК віднесені до документів Національного архівного фонду України, які повинні зберігатися постійно<sup>83</sup>. Тому виникає питання: як кваліфікувати, наприклад, знищення протоколів територіальних виборчих комісій про підсумки голосування у виборчому окрузі та про результати місцевих виборів після завершення визначеного Законом про місцеві вибори річного терміну їх зберігання? Вважаємо, що такі дії не утворюють склад злочину, оскільки закон має вищу силу, ніж постанова ЦВК, і при визначенні строків зберігання указаних документів слід виходити із відповідних норм виборчого законодавства.

Необхідно підкреслити, що на сьогоднішній день не утворює складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 158-2 КК, також знищення підписних листів референдуму до закінчення двохмісячного строку їх зберігання, адже вони передаються на зберігання не до архівних установ (як це зазначено в кримінальному законі), а голові відповідної місцевої ради (ст. 20 Закону про референдуми).

Наявність указаних вище неузгодженостей між різними нормативно-правовими актами, що визначають порядок і строки зберігання виборчої документації та документів референдуму, потенційно може створити труднощі в процесі їх застосування, а також застосування ст. 158-2 КК, яка має бланкетний характер. Тому доцільно виробити уніфікований підхід до визначення переліку документів, що належать до Національного архівного фонду та підлягають постійному

<sup>83</sup> Лише новий Закон про вибори народних депутатів 2011 р. (ст. 115) відносить протоколи про підрахунок голосів виборців на виборчих дільницях і про підсумки голосування в межах виборчих округів до документації, що підлягає внесенню до Національного архівного фонду. У той же час, згідно з цією статтею, виборчі бюлетені, контрольні талони виборчих бюлетенів, попередні та уточнені списки виборців, акти, заяви, скарги про порушення вимог цього Закону при проведенні голосування і підрахунку голосів виборців, протоколи та рішення виборчих комісій зберігаються у місцевих архівних установах, створених органами влади АРК, місцевими органами виконавчої влади чи органами місцевого самоврядування відповідно до Закону України «Про Національний архівний фонд та архівні установи», протягом п'яти років з дня офіційного оприлюднення результатів виборів депутатів, після чого знищуються в установленому порядку.

зберіганню, а також переліку документів, які необхідно зберігати тимчасово, і встановити єдині строки зберігання останніх.

Крім того, не можна назвати досконалою й саму норму, закріплену в ч. 1 ст. 158-2 КК. Зокрема, її текст не дає можливості чітко й однозначно розтлумачити час вчинення злочину. Зокрема, на нашу думку, кримінально караним є знищення чи пошкодження названої документації лише після закінчення виборчого процесу або процесу референдуму й до закінчення строків їх зберігання (аналогічну точку зору висловлює М.І. Мельник<sup>84</sup>).

Проте, на думку П.П. Андрушка, враховуючи семантичне (семасіологічне) значення слова «поза», логіко-граматичне тлумачення тексту ч. 1 ст. 158-2 КК дає підстави для висновку, що це слово вжите законодавцем для вказівки не лише і не стільки на місце вчинення діяння, а, головним чином, на час його вчинення – «до закінчення визначеного законом строку» зберігання документів після проведення відповідних виборів, а також на предмет злочину – «не будь-які виборчі документи чи документи референдуму, а лише ті з них, які після проведення виборів або референдуму *підлягають зберіганню* (а не «зберігаються») в державних архівних установах чи в Центральній виборчій комісії України».

Таким чином, П.П. Андрушко поширює дію цієї статті також і на знищення й пошкодження названої документації, що мали місце до закінчення відповідних виборів або референдуму. У той же час правознавець визнає також існування інших можливих варіантів тлумачення цієї норми в цілому та слова «поза» зокрема. Так, згідно з одним із варіантів тлумачення цієї норми кримінальну відповідальність за названою статтею тягнуть: 1) знищення лише тієї документації, що зберігається в державних архівних установах або в ЦВК після проведення виборів або референдуму; 2) умисне чи необережне пошкодження будь-якої виборчої документації. Згідно з іншим – кримінальна відповідальність настає як за знищення, так і за пошкодження документації лише в державних архівних установах і в ЦВК після проведення виборів або референдумів. Відповідно до третього варіанту тлумачення, під фразою «поза встановленим законом строком зберігання» взагалі слід розуміти «після закінчення строку зберігання»<sup>85</sup>.

Отже, така неоднозначність формулювань

<sup>84</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 419-420.

<sup>85</sup> Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 224, 281-282, 285-287.

ч. 1 ст. 158-2 КК указує на необхідність її викладення в новій редакції.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. **Суб'єкт** злочину – загальний.

Злочин вважається закінченим в момент знищення чи пошкодження хоча б одного виборчого документа чи документа референдуму.

**Кваліфікований склад** злочину (ч. 2 ст. 158-2 КК) утворюють дії, передбачені ч. 1 цієї статті, вчинені: 1) за попередньою змовою групою осіб; 2) членом виборчої комісії або іншою службовою особою.

Склад злочину, передбачений у ст. 158-2, є **спеціальним** по відношенню до ст. 298-1, що передбачає кримінальну відповідальність за знищення та пошкодження документів чи унікальних документів Національного архівного фонду, і ст. 357, яка визнає кримінально караним знищення чи пошкодження офіційних документів. Враховуючи це, якщо знищення чи пошкодження виборчої документації чи документів референдуму не має всіх ознак, передбачених у ст. 158-2, то ці дії за наявності відповідних підстав слід кваліфікувати за статтями 298-1 або 357 КК.

**Порушення таємниці голосування** (ст. 159 КК).

**Суспільна небезпека** злочину полягає у порушенні встановлених ст. 71 Конституції України та чинним виборчим законодавством засад виборчого процесу до яких, зокрема, відноситься таємниця голосування. Тим самим створюються перешкоди для вільного волевиявлення виборців під час голосування, а також стає можливим застосування до них заходів впливу з метою спонукання до голосування за певних суб'єктів виборчого процесу.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є встановлений згідно з чинним законодавством України порядок здійснення громадянами їх права на тайне голосування. Тайне голосування є гарантією абсолютно вільного волевиявлення громадянина.

**Потерпілим** від злочину є громадянин, який бере участь у виборах або референдумі та чий законні права на вільне і таємне волевиявлення порушуються діями винної особи.

**Об'єктивна сторона** злочину знаходить свій вияв у діях або бездіяльності, якими порушується право громадянина на таємне голосування шляхом розголошення змісту його волевиявлення.

При цьому, як зауважує П.П. Андрушко, об'єктивна сторона злочину може охоплювати:

1) не вчинення дій по забезпеченню зберігання в таємниці волевиявлення громадянина-

виборця під час голосування на виборах або волевиявлення громадянина під час голосування на референдумі, внаслідок чого відомості про його волевиявлення стали відомі іншим особам (розголошені);

2) створення умов (обстановки) під час проведення голосування, які надають можливість іншим особам ознайомитись із змістом волевиявлення громадянина, наприклад, надання іншим особам можливості незаконно використати спеціальні технічні засоби негласного отримання інформації у приміщеннях для проведення голосування для ознайомлення зі змістом волевиявлення громадянина, який взяв участь у виборах або референдумі;

3) доведення до відома інших осіб змісту волевиявлення громадянина під час голосування на виборах чи референдумі особою, якій такі відомості стали відомі у зв'язку з її професійною чи службовою діяльністю чи з підстав, передбачених виборчим законодавством, наприклад, у випадку заповнення громадянином бюлетеня іншого виборця із фізичними вадами або при проведенні екзитполу – опитування виборців на виході з виборчої дільниці щодо їх волевиявлення під час голосування<sup>86</sup>.

На нашу думку, для кваліфікації не має значення, яким чином винна особа, котра довела до відома інших людей інформацію про зміст волевиявлення громадянина, отримала цю інформацію – законно (наприклад, ця особа могла заповнити бюлетень в установленому законом порядку за проханням виборця, який має фізичні вади; або виборець сам розповів особі, як він проголосував, але не надавши згоди на поширення цієї інформації) чи незаконно (наприклад, шляхом підглядання, відеоспостереження тощо).

Водночас, оскільки громадянин має право (а не зобов'язаний) зберігати таємницю свого волевиявлення на виборах чи референдумі, він, як власник цієї інформації, може вільно нею розпоряджатися, в т.ч. шляхом її розголошення. З огляду на це, якщо, наприклад, виборець сам добровільно публічно (тобто в присутності багатьох осіб або в інший спосіб, який указує на бажання особи публічно поширити цю інформацію) розголосив зміст свого волевиявлення, то дії інших осіб, котрі лише поширюють цю інформацію (яка вже не є таємницею), не містять складу злочину. Крім того, не є злочином і розголошення змісту волевиявлення громадянина, вчинене в інший спосіб, але за згодою виборця.

На думку А.М. Кривоченко, обов'язковою

ознакою об'єктивної сторони даного злочину є час його вчинення – це час проведення виборів або референдуму, тому злочин вважається закінченим з моменту порушення таємниці голосування під час проведення виборів або референдуму щодо особи, яка брала в них участь<sup>87</sup>. Але з такою позицією важко погодитися, оскільки розголошення таємниці волевиявлення громадянина може мати для нього негативні наслідки й після того, як вибори чи референдум закінчилися. Враховуючи це, слід погодитися із позицією М.І. Мельника, котрий вважає, що ст. 159 КК не встановлює як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони аналізованого злочину час його вчинення – порушення таємниці голосування шляхом розголошення змісту волевиявлення громадянина може бути вчинене у будь-який момент після здійснення ним голосування, тобто як у день голосування, так і пізніше<sup>88</sup>.

Склад злочину, визначений у ст. 159 КК за своєю конструкцією є формальним. Злочин вважається закінченим з моменту розголошення таємниці волевиявлення виборця, незалежно від того, чи мало це будь-які наслідки для виборця. Зміст волевиявлення громадянина слід вважати розголошеним, якщо внаслідок діянь винної особи інформацією про зміст волевиявлення виборця без його згоди отримала хоча б одна інша людина. При цьому спосіб поширення такої інформації може бути різним: передача інформації в усній чи письмовій формі, а також мімікою чи жестами, показ відео- чи фотоматеріалів тощо.

З **суб'єктивної сторони** злочин може бути вчинений лише з прямим умислом. Мотиви й цілі, що переслідуює винна особа на кваліфікацію не впливають.

**Суб'єкт** злочину є загальним – особа, що досягла шістнадцятирічного віку. Але вчинення злочину членом виборчої комісії або комісії з референдуму чи іншою службовою особою з використанням свого службового становища є кваліфікуючою ознакою згідно з ч. 2 ст. 159 КК.

Інше порушення таємниці голосування в певних випадках за наявності відповідних підстав можливо кваліфікувати як перешкоджання здійсненню виборчого права за ст. 157 КК. Таке застосування кримінального закону має бути, скажімо, у випадку, коли особа шляхом підкупу схиляє виборця проголосувати за певного кандидата й на підтвердження «угоди» вимагає пред'явлення виборцем фотографії заповненого

<sup>87</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / Ю.В. Баулін та ін.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-тє вид., перероб., доп. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 117.

<sup>88</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 423.

<sup>86</sup> Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 292.



виборчого бюлетеня на екрані мобільного телефону.

**Порушення порядку фінансування виборчої кампанії кандидата, політичної партії (блоку)** (ст. 159-1 КК).

**Суспільна небезпека** злочину полягає у порушенні встановленого законом порядку проведення виборчої кампанії та в порушенні рівних умов участі кандидатів і партій у виборах шляхом незаконного залучення додаткових коштів, які в подальшому можуть використовуватися як для проведення передвиборної агітації, оплати праці спостерігачів тощо, так і для вчинення незаконних дій – підкупу виборців, членів виборчих комісій тощо.

Доповнення КК цією нормою було цілком обґрунтованим кроком і відповідало принципам криміналізації відповідних дій і бездіяльності. Зокрема, діяння, передбачені цією нормою, є суспільно небезпечними і досить поширеними; їх заборона принесе суспільству значну користь і тому цілком відповідає принципу кримінально-політичної адекватності криміналізації<sup>89</sup>.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є визначений виборчим законодавством порядок фінансування виборчої кампанії кандидата чи політичної партії (блоку). На відміну від ст.ст. 157-159 КК, ст. 159-1 КК стосується лише виборів (президентських, парламентських, місцевих) і не може застосовуватися до правовідносин, що виникають у зв'язку із процесом референдуму.

Слід зазначити, що виборче законодавство прямо вказує, що заборона використання для фінансування передвиборної агітації інших коштів, крім коштів Державного бюджету України (на місцевих виборах – місцевих бюджетів) та коштів виборчих фондів кандидатів, партій є однією з гарантій рівності прав і можливостей кандидатів, партій – суб'єктів виборчого процесу брати участь у виборчому процесі (ст. 3 Закону про вибори Президента, ст. 3 Закону про вибори народних депутатів, ст.ст. 4, 47 Закону про місцеві вибори).

Відповідно до ст. 41 Закону про вибори Президента й ст. 48 Закону про вибори народних депутатів виборчий фонд кандидата на пост Президента України та партії, кандидати у депутати від якої зареєстровані в загальнодержавному окрузі, має один накопичувальний рахунок, на який надходять кошти для фінансування передвиборної агітації, а також поточні рахунки,

з яких здійснюється фінансування витрат на виборчу кампанію. На виборчі поточні рахунки кошти надходять виключно з накопичувального рахунку виборчого фонду. На відміну від цього, виборчий фонд кандидата у народні депутати в одномандатному окрузі має один поточний рахунок, на який надходять кошти для фінансування передвиборної агітації. Кандидат на пост Президента України або партія, кандидати у депутати від якої зареєстровані в загальнодержавному окрузі, відкривають один накопичувальний рахунок виборчого фонду в установі банку України у місті Києві і не більше одного поточного рахунку в установі банку на території відповідного виборчого округу. Кандидат у депутати в одномандатному окрузі відкриває поточний рахунок виборчого фонду в установі банку України, яку визначає на свій розсуд, за місцезнаходженням окружної виборчої комісії. Витрачання коштів з поточного рахунку виборчого фонду здійснюється виключно у безготівковій формі. Витрачання коштів з поточних рахунків виборчого фонду припиняється о 15 год. останнього дня перед днем виборів (або днем повторного голосування) на президентських виборах та о 18 год. останнього дня перед днем голосування на парламентських виборах. У разі призначення повторного голосування на виборах Президента України або повторного голосування в одномандатному окрузі на виборах народних депутатів використання коштів виборчих фондів кандидатів, включених до виборчих бюлетенів для повторного голосування, поновлюється з дня прийняття відповідного рішення.

Ст. 43 Закону про вибори Президента і ст. 50 Закону про вибори народних депутатів встановлюють, що виборчий фонд, відповідно, кандидата на пост Президента України або партії чи кандидата у депутати в одномандатному окрузі формується за рахунок власних коштів кандидата на пост Президента України, коштів партії (блоку політичних партій), які висунули кандидата на пост Президента України, партії – суб'єкта виборчого процесу, кандидата в народні депутати в одномандатному окрузі, а також добровільних внесків фізичних осіб.

Добровільний внесок фізичної особи до виборчого фонду одного кандидата на пост Президента України не може перевищувати чотирьохсот мінімальних розмірів заробітної плати. Не підлягають обмеженням за сумою і кількістю перерахувань власні кошти кандидата на пост Президента України, партії (блоку) – суб'єкта виборчого процесу, а також власні кошти партії (партій, що входять до виборчого блоку), які висунули кандидата на пост Президента України, що перераховуються на накопичувальний рахунок.

<sup>89</sup> Стурова Т.С. Соціальна обумовленість криміналізації порушення порядку фінансування виборчої кампанії кандидата, політичної партії (блоку) // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали Міжнарод. наук.-практ. конф., 20-21 травня 2011 р., м. Луганськ. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 475-479.

На виборах народних депутатів добровільний внесок до виборчого фонду однієї партії не може перевищувати чотирьохсот розмірів мінімальних заробітних плат, кандидата у депутати в одномандатному окрузі - двадцяти розмірів мінімальних заробітних плат. Власні кошти партії, кандидата у депутати в одномандатному окрузі, які перераховуються на відповідний рахунок, не підлягають обмеженням за сумою і кількістю перерахувань.

Забороняється робити добровільні внески до виборчого фонду: 1) іноземцям та особам без громадянства; 2) анонімним жертводавцям. Розпорядник відповідного рахунку виборчого фонду зобов'язаний відмовитися від внеску фізичної особи, яка відповідно до названих Законів не має права робити такого внеску, якщо розпоряднику про це відомо. На підставі звернення розпорядника відповідного рахунку про відмову від внеску з цієї причини установа банку, в якій відкрито рахунок виборчого фонду, перераховує такий внесок до Державного бюджету України. Якщо розпоряднику накопичувального рахунку стало відомо про те, що фізична особа, яка зробила внесок, не мала на це права, він зобов'язаний протягом трьох днів від дня, коли йому стало про це відомо, відмовитися від цього внеску, перерахувавши відповідні кошти до Державного бюджету України.

Згідно з положеннями ст. 62 Закону про місцеві вибори місцева організація партії, кандидати в депутати від якої зареєстровані в багатомандатних виборчих округах, кандидат у депутати в одномандатному, одномандатному мажоритарному виборчому окрузі, кандидат на посаду сільського, селищного, міського голови можуть відкрити рахунок власного виборчого фонду не пізніше як за 18 днів до дня місцевих виборів. Рахунок виборчого фонду відкривається в установі банку України, яка визначається територіальною виборчою комісією, за місцезнаходженням відповідної виборчої комісії. Місцева організація партії, кандидат у депутати, кандидат на посаду сільського, селищного, міського голови мають право відкрити лише один рахунок, виключно в національній валюті. Використання коштів з рахунку виборчого фонду здійснюється у безготівковій формі. Використання коштів з рахунку виборчого фонду припиняється за день до дня місцевих виборів.

Ст. 64 цього Закону передбачає, що виборчий фонд місцевої організації партії, кандидати в депутати від якої зареєстровані в багатомандатних виборчих округах, формується за рахунок її власних коштів, а також добровільних внесків фізичних осіб. Виборчий фонд кандидата у депутати в одномандатному, одномандатному мажоритарному виборчому окрузі, кандидата на посаду сільсько-

го, селищного, міського голови, висунутого місцевою організацією партії, формується за рахунок їх власних коштів, добровільних внесків фізичних осіб, а також за рахунок коштів відповідної місцевої організації партії. Виборчий фонд кандидата у депутати в одномандатному виборчому окрузі, кандидата на посаду сільського, селищного голови, висунутого шляхом самовисунання, формується за рахунок їх власних коштів та добровільних внесків фізичних осіб. Власні кошти місцевої організації партії, кандидата в депутати, кандидата на посаду сільського, селищного, міського голови, які перераховуються на рахунок виборчого фонду, не підлягають обмеженням за сумою і кількістю перерахувань. Розмір добровільного внеску однієї фізичної особи до одного виборчого фонду не може перевищувати десяти мінімальних заробітних плат. Забороняється робити добровільні внески до виборчого фонду: 1) іноземцям, особам, які мають подвійне громадянство, та особам без громадянства; 2) анонімним жертводавцям. У разі надходження від фізичної особи добровільного внеску у розмірі, що перевищує десять мінімальних заробітних плат, сума, на яку внесок перевищує встановлений розмір внеску, на підставі відповідної заяви та платіжного документа, поданих розпорядником виборчого фонду, повертається установою банку, в якій відкрито рахунок виборчого фонду, фізичній особі, а в разі неможливості такого повернення зараховується до бюджету АРК чи відповідного місцевого бюджету. Розпорядник виборчого фонду зобов'язаний відмовитися від внеску фізичної особи, яка відповідно до цього Закону не має права робити такий внесок. На підставі заяви розпорядника виборчого фонду про відмову від внеску з цієї причини установа банку, в якій відкрито рахунок виборчого фонду, перераховує такий внесок до бюджету АРК чи відповідного місцевого бюджету за рахунок коштів цього внеску.

#### **Об'єктивну сторону злочину утворюють:**

1) надання фінансової (матеріальної) підтримки у великому розмірі для здійснення виборчої кампанії кандидату, політичній партії (блоку)<sup>90</sup>, з

<sup>90</sup> Назва і диспозиція ст. 159-1 КК містить указівку на суб'єкта виборчого процесу – виборчий блок партій, що не узгоджується з положеннями чинного виборчого законодавства. Цей суб'єкт виборчого процесу був передбачений раніше діючим законодавством, але на сьогоднішній день він не згадується ані в новому Законі про місцеві вибори (від 10.07.2010 р.), ані в новому Законі про вибори народних депутатів (від 17.11.2012 р.). Крім того, після прийняття останнього слова «блок» та «виборчий блок політичних партій» (у всіх відмінках) були виключені з тексту Закону про ЦВК. Лише в Законі про вибори Президента залишилась указівка, що партії (блоки), які висунули кандидатів на пост Президента України, є суб'єктами виборчого процесу, але на цих виборах вони не здійснюють власної виборчої кампанії (мова йдеться про виборчу кампанію кандидата на пост Президента). Таким чином, використання слова «блок» у тексті ст. 159-1 КК на сьогодні є зайвим.

порушенням встановленого законом порядку;

2) умисне використання у великому розмірі фінансової (матеріальної) підтримки у здійсненні виборчої кампанії кандидата, політичної партії (блоку) з порушенням встановленого законом порядку.

**Надання фінансової (матеріальної) підтримки у великому розмірі для здійснення виборчої кампанії кандидату, політичній партії (блоку), з порушенням встановленого законом порядку** (ч. 1 ст. 159-1 КК) може бути вчинене лише способами, передбаченими в ч. 1 ст. 159-1 КК, а саме шляхом:

а) передачі грошових коштів або матеріальних цінностей на безоплатній основі чи за необґрунтовано заниженими розцінками;

б) виготовлення або поширення агітаційних матеріалів, не оплачених з виборчого фонду чи оплачених з виборчого фонду за необґрунтовано заниженими розцінками;

в) оплати виготовлення чи поширення таких матеріалів<sup>91</sup>.

Виборче законодавство не містить нормативного визначення поняття «**виборча кампанія**», але його можна розуміти як систему заходів, головним чином, агітаційного характеру, що проводяться кандидатами й політичними партіями з метою забезпечення максимальної підтримки виборців і перемоги на виборах. Законна виборча кампанія здійснюється в межах виборчого процесу та в спосіб, визначений відповідним виборчим законом. Разом із тим це не виключає можливості застосування кандидатами чи політичними партіями (блоками) незаконних (чи навіть злочинних) засобів досягнення перемоги на виборах, які можуть виходити за часові межі офіційного виборчого процесу та/або полягати у вчиненні не передбачених чи прямо заборонених законом діянь.

Ураховуючи це, можна погодитися із М.І. Мельником, що об'єктивну сторону порушення порядку фінансування виборчої кампанії можуть утворювати дії щодо надання фінансової (матеріальної) підтримки політичній партії (блоку) як в межах виборчого процесу, так і поза

<sup>91</sup> Деякі науковці дорікають законодавцю, що він необґрунтовано навів вичерпний перелік способів вчинення злочину, який, як засвідчує практика, не охоплює всі можливі випадки. Так, наприклад, фінансова (матеріальна) допомога може бути здійснена шляхом надання безоплатно чи за необґрунтовано заниженими розцінками приміщень для проведення заходів в межах виборчої кампанії, готельних і транспортних послуг учасникам масових заходів на підтримку кандидата, партії (блоку) тощо (Болдарь Г.С., Стурова Т.С. Проблеми кримінальної відповідальності за порушення порядку фінансування виборчої кампанії кандидата, політичній партії (блоку) // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2010. – Спец. вип. № 3 (Ч. 2). – С. 21).

цими межами (наприклад, коли така підтримка на порушення визначеного законом порядку фінансування діяльності політичних партій надається політичній партії для здійснення виборчої кампанії ще до початку виборчого процесу). Іншими словами, для наявності складу злочину, передбаченого ст. 159-1, момент надання вказаної підтримки не є важливим, головне – це її незаконний характер та спрямованість на здійснення відповідним суб'єктом виборчої кампанії<sup>92</sup>.

При цьому фінансову (матеріальну) підтримку для здійснення виборчої кампанії слід відрізняти від надання указаним вище суб'єктам фінансової допомоги для інших цілей (наприклад, у вигляді добровільних пожертвувань громадян для лікування кандидата чи для забезпечення поточної діяльності партії в період між виборами, або у вигляді членських внесків членів партії тощо).

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про політичні партії в Україні» від 5 квітня 2001 року, «*політична партія* – це зареєстроване згідно з законом добровільне об'єднання громадян – прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, що має своєю метою сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, бере участь у виборах та інших політичних заходах». Але в ч. 1 ст. 159-1 КК під політичною партією розуміється тільки партія (на місцевих виборах – місцева організація партії), яка є суб'єктом відповідного виборчого процесу, тобто висунула в установленому законом порядку кандидата на пост Президента України чи кандидатів у депутати. Тому надання фінансової допомоги під час виборчого процесу партії, що не є суб'єктом цього процесу, не утворює складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 159-1 КК.

Під *кандидатами* у ч. 1 ст. 159-1 КК розуміються особи, котрі в установленому відповідним виборчим законом порядку були зареєстровані кандидатами на пост Президента України, кандидатами у народні депутати України, кандидатами у депутати Верховної Ради АРК, сільських, селищних, міських, районних у містах, районних, обласних, Київської та Севастопольської міських рад або кандидатами на посаду сільського, селищного, міського голови. Таким чином, поняття «кандидати» у даному випадку включає кандидатів, що балотуються як по одномандатних виборчих округах (мажоритарна виборча система), так і багатомандатних виборчих округах (пропорційна виборча система).

#### **Передача грошових коштів або матері-**

<sup>92</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 425.



**альних цінностей на безоплатній основі чи за необґрунтовано заниженими розцінками** означає незаконне надання кандидату чи партії грошових коштів в готівковій чи безготівковій формі поза виборчим фондом або будь-якого іншого майна (цінних металів, цінних паперів, автомобілів тощо) без будь-якої оплати з боку кандидата, партії чи за оплату, яка значно нижче його звичайної вартості (у кожному конкретному випадку це підлягає встановленню окремо з огляду на відповідні факти, у т. ч. враховуючи те, чи відповідає вартість фактично отриманого майна роздрібній або оптовій ціні аналогічного товару в цей же період часу в даному регіоні)<sup>93</sup>.

**Виготовлення агітаційних матеріалів, не оплачених з виборчого фонду чи оплачених з виборчого фонду за необґрунтовано заниженими розцінками**, полягає у наданні послуг щодо створення агітаційних матеріалів, які: 1) не були оплачені взагалі; 2) були оплачені, але не з виборчого фонду; 3) були оплачені з такого фонду, але за цінами, значно нижчими від звичайної вартості таких послуг.

*Агітаційними матеріалами* можуть бути: листівки, плакати, брошури, носії зовнішньої реклами, аудіовізуальні твори, фонограми, відеофільми, комп'ютерні програми тощо<sup>94</sup>. Іншими словами, агітаційними є матеріали (речі та продукти інтелектуальної діяльності), що виступають носіями політичної реклами, містять символіку, назву партії або ім'я кандидата чи іншим чином популяризують кандидата або політичну партію під час виборчої кампанії.

**Поширення агітаційних матеріалів, не оплачених з виборчого фонду чи оплачених з виборчого фонду за необґрунтовано заниженими розцінками**, полягає: 1) у розповсюдженні агітаційних матеріалів, виготовлення яких не було оплачено з виборчого фонду чи було оплачено з виборчого фонду за необґрунтовано заниженими розцінками (у даному випадку винна особа має усвідомлювати незаконність походження цих матеріалів); 2) у наданні послуг щодо

<sup>93</sup> Т.С. Стурова вказує на те, що формулювання «передача матеріальних цінностей за необґрунтовано заниженими розцінками» не можна вважати правильним з точки зору юридичної техніки, адже якщо матеріальні цінності надаються у володіння за будь-якими розцінками, навіть необґрунтовано заниженими, то це, за своїм змістом, є не «передача», а продаж (Стурова Т.С. Проблеми юридичної техніки на прикладі статті 159-1 КК України // Законодавство кримінально-правового напрямку: стратегія, тактика, техніка. Шості юридичні читання: Матеріали наук. конф. (Одеський національний університет імені І.І. Мечникова, 24 квітня 2009 р.). – Одеса: Астропринт, 2009. – С. 72).

<sup>94</sup> Болдарь Г.Є. Порушення порядку фінансування виборчої кампанії кандидата, політичної партії (блоку): проблема складу злочину // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2009. – № 3 (Ч. 1). – С. 92.

поширення виготовлених законним шляхом агітаційних матеріалів, якщо такі послуги не були оплачені взагалі, або були оплачені, але не з виборчого фонду, або були оплачені з такого фонду, але за цінами, які було значно нижче звичайної вартості таких послуг (наприклад, трансляція на телебаченні політичної реклами за необґрунтовано заниженими цінами).

*Поширення агітаційних матеріалів* – це розповсюдження серед виборців будь-яким способом (роздавання, вкидання у поштові скриньки тощо) матеріальних носіїв з матеріалами передвиборної агітації чи доведення змісту політичної реклами та іншої передвиборної агітації до відома виборців через телекомунікаційні мережі (по радіо чи телебаченню, через Інтернет тощо)<sup>95</sup>.

Слід брати до уваги, що виготовлення та поширення агітаційних матеріалів є самостійними формами об'єктивної сторони, а тому можуть бути вчинені різними особами.

*Оплата виготовлення чи поширення агітаційних матеріалів* означає здійснення платежу в безготівковій формі, передачу готівки чи іншого майна як оплати за виготовлення чи поширення агітаційних матеріалів, крім оплати, що здійснюється в установленому законом порядку.

**Використання фінансової (матеріальної) підтримки у здійсненні виборчої кампанії кандидата, політичної партії (блоку) з порушенням встановленого законом порядку** (ч. 1 ст. 159-1 КК) передбачає:

1) використання для здійснення виборчої кампанії кандидата, політичної партії незаконно отриманої фінансової (матеріальної) підтримки, включаючи:

- оплату будь-яких товарів чи послуг, пов'язаних із проведенням виборчої кампанії, за рахунок незаконно наданих кандидату чи партії коштів чи матеріальних цінностей;

- користування незаконно наданими кандидату чи партії матеріальними цінностями, а так само незаконно виготовленими агітаційними матеріалами за їх цільовим призначенням;

2) використання для здійснення виборчої кампанії кандидата, політичної партії (блоку) законно наданої фінансової допомоги, але незаконним способом (наприклад, оплата товарів і послуг за рахунок виборчого фонду, але в готівковій формі).

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочинів, передбачених у ч. 1 і ч. 2 ст. 159-1 КК є надання та використання незаконної фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення виборчої кампанії кандидата, політичної партії (блоку)

<sup>95</sup> Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 306.

у великому розмірі, який згідно з приміткою до цієї статті КК визнається у розмірі суми грошей, вартості майна чи вигод майнового характеру, що перевищують чотириста мінімальних розмірів заробітної плати. Розмір мінімальної заробітної плати визначається Законом про Державний бюджет України на відповідний рік. Так, наприклад, ст. 13 Закону України «Про державний бюджет України на 2012 рік» від 22 грудня 2011 року визначає, що в 2012 р. мінімальна заробітна плата у місячному розмірі становитиме: з 1 січня – 1073 грн, з 1 квітня – 1094 грн, з 1 липня – 1102 грн, з 1 жовтня – 1118 грн, з 1 грудня – 1134 грн.

При визначенні розміру незаконної фінансової допомоги, наданої у формі передачі матеріальних цінностей за необґрунтовано заниженими розцінками, а так само у формі виготовлення або поширення агітаційних матеріалів, оплачених з виборчого фонду за необґрунтовано заниженими розцінками, слід виходити з різниці звичайної вартості таких цінностей чи послуг і фактично сплаченої за них суми грошових коштів.

Злочин вважається **закінченим** з моменту вчинення хоча б однієї з описаних у диспозиціях частин 1 та 2 ст. 159-1 КК дій.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Надання фінансової (матеріальної) підтримки має здійснюватися зі спеціальною метою – надання допомоги для здійснення кандидатом або політичною партією виборчої кампанії.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого ч. 1 ст. 159-1 КК, є загальним, а передбаченого ч. 2 ст. 159-1 КК – спеціальним, а саме: кандидат (у т.ч. кандидат у багатомандатному виборчому окрузі, тобто кандидат, включений до списку партії – суб'єкта виборчого процесу), уповноважений представник кандидата, довірена особа кандидата, уповноважена особа<sup>96</sup>.

**Кваліфікований склад злочину** передбачено в ч. 3 ст. 159-1 КК – це дії, передбачені ч. 1 і ч. 2 цієї статті, вчинені за попередньою змовою групою осіб. При цьому не утворює кваліфікованого складу злочину вчинення за попередньою домовленістю однією особою діянь, передбачених у ч. 1 ст. 159-1 КК, а іншою особою – в ч. 2 цієї статті, хоча ці діяння на практиці часто (але не завжди) слідує один за одним: спочатку незаконна фінансова допомога надається, а потім використовується.

Слід зазначити, що порушення порядку надання фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення виборчої кампанії, якщо у зазначе-

них діях відсутній склад злочину, є адміністративним правопорушенням і тягне адміністративну відповідальність за ст. 212-15 КпАП.

**Порушення законодавства про референдум** (ст. 160 КК).

**Суспільна небезпека** цього злочину криється у порушенні встановленого чинним законодавством України порядку реалізації права громадян на вирішення найважливіших питань життя суспільства шляхом референдуму, порушенні порядку його проведення, можливості впливу на результати голосування і на вирішення питань, які виносяться на референдум іноді навіть усупереч волевиявленню більшості громадян.

Як уже зазначалося, в момент прийняття КК в 2001 році склади злочинів, пов'язаних із виборчим процесом, були передбачені в ст.ст. 157-159 КК, тоді як суспільно небезпечні діяння, пов'язані з процесом референдуму, були виділені в окрему норму – ст. 160, не дивлячись на те, що ці норми встановлювали кримінальну відповідальність за схожі в цілому діяння. Пізніше законодавець вніс низку змін і доповнень до розділу V Особливої частини КК, передбачивши в ст. 157-159 КК кримінальну відповідальність як за виборчі злочини, так і за аналогічні діяння, пов'язані з референдумом, забувши при цьому скасувати ст. 160 КК. Звідси виникла ситуація, коли за одні й ті ж самі діяння чинний КК встановлює відповідальність одразу в кількох нормах (іншими словами, мова йде про виникнення колізії кількох кримінально-правових норм)<sup>97</sup>. Враховуючи сказане,

<sup>97</sup> М.І. Мельник з цього приводу зазначив наступне: «Положення цієї статті конкурують з відповідними положеннями статей 157, 158 та 159. Її збереження у КК після прийняття нової редакції цих статей є помилкою, яка сталася в результаті безсистемних змін кримінального закону у цій частині. Наявність такої конкуренції ускладнює застосування положень кримінального закону, які визначені статтями 157-160. Така ситуація вимагає невідкладного законодавчого узгодження положень цих статей (передбачення відповідальності за злочини, пов'язані з порушеннями референдумного законодавства, лише статтею 160 або виключення цієї статті із КК). До таких законодавчих змін ця конкуренція на практиці має вирішуватися за правилами вирішення конкуренції кримінально-правових норм з урахуванням при цьому положень ст. 5 про зворотну силу кримінального закону, який частково пом'якшує кримінальну відповідальність, а частково її посилює» (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 428).

Отже, за справедливим зауваженням П.П. Андрушка і С.Я. Лихової, ст. 160 слід взагалі виключити з Кримінального кодексу України (Андрушко П.П. Коментар до статей 157, 158-1, 159 Особливої частини Кримінального кодексу України // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2006. – № 4. – С. 68; Лихова С. Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-

<sup>96</sup> У ч. 2 ст. 159-1 КК не згадуються «представник партії у Центральній виборчій комісії» і «представник місцевої організації партії», які передбачені, відповідно, Законом про вибори народних депутатів і Законом про місцеві вибори.

при характеристиці складу злочину, передбаченого в ст. 160 КК особливу увагу слід звернути на співвідношення цієї норми зі ст.ст. 157, 158, 159 КК.

**Безпосереднім об'єктом** злочину у різних його формах є установлений чинним законодавством порядок здійснення громадянами України права на участь у всеукраїнському та місцевих референдумах, а також на ведення агітації до дня проведення референдуму (ч. 1 ст. 160 КК); порядок голосування та порядок проведення й підведення результатів референдуму (ч. 3 ст. 160 КК).

Додатковим та факультативним об'єктами можуть бути життя та здоров'я людини, власність, порядок діяльності державних або самоврядних органів, порядок використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації тощо.

З **об'єктивної сторони** цей злочин може бути вчинений у формах:

1) перешкоджання насильством, обманом, погрозою, підкупом або іншим чином вільному здійсненню громадянином права брати або не брати участь у референдумі, веденню агітації до дня проведення референдуму;

2) підроблення документів референдуму;

3) приписування голосів;

4) неправильного підрахунку голосів;

5) порушення таємниці голосування.

Перша указана в ч. 1 ст. 160 КК форма об'єктивної сторони злочину, а саме *перешкоджання вільному здійсненню громадянином права брати або не брати участь у референдумі* за своїм характером є схожою (хоча і не ідентичною) з діяннями, передбаченими в ч. 1 і ч. 2 ст. 157 КК. Вона полягає в застосуванні заходів протиправного впливу на громадян з метою не допустити їх до участі у референдумі, змусити їх брати участь у референдумі або примусити громадян до певного волевиявлення відносно питань, що винесені на референдум тощо. При цьому перешкоджання може бути вчинене шляхом: а) застосування насильства, б) обману, в) погроз, г) підкупу, ґ) іншим способом.

Порівняння положень ч. 1 ст. 160 і ч. 1 ст. 157 КК дає підстави зробити висновок, що обидві ці норми встановлюють кримінальну відповідальність за перешкоджання вільному здійсненню громадянином права брати участь у референдумі, поєднане з підкупом або обманом. Оскільки, за загальним правилом, при колізії кримінально-правових норм у межах Особливої частини КК має застосовуватися норма, яка найбільш «сприятлива» для особи, що перебуває під слідством чи су-

дом під час кваліфікації відповідних діянь<sup>98</sup>, при виборі норми, що підлягає застосуванню, слід виходити з того, яка з них встановлює менш суворе покарання. У даному випадку відповідні діяння слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 157 КК, оскільки найвища межа основного покарання в цій нормі менша, ніж у ч. 1 ст. 160 КК.

Перешкоджання вільному здійсненню громадянином права брати участь у референдумі, поєднане з насильством чи погрозою одночасно передбачене і ч. 1 ст. 160, і ч. 2 ст. 157 КК. Враховуючи те, що санкція ч. 1 ст. 160 менша, ніж санкція ч. 2 ст. 157 (при рівній верхній межі основного покарання, остання названа норма містить ще й додаткове покарання), відповідні діяння слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 160 КК. При цьому слід також брати до уваги те, що в диспозиції ч. 2 ст. 157 мова йде про «погрозу застосування насильства або знищення чи пошкодження майна», тоді як ч. 1 ст. 160 КК не конкретизує вид погрози (це може бути, наприклад, і погроза звільнення з роботи, і погроза оприлюднення певної конфіденційної інформації про громадянина тощо).

*Примушування* як спосіб перешкоджання вільному здійсненню громадянином права брати участь у референдумі передбачене лише в ч. 1 ст. 157, а тому такі дії слід кваліфікувати саме за цією статтею, оскільки вона є спеціальною по відношенню до ч. 1 ст. 160. Так само за цією статтею необхідно кваліфікувати перешкоджання будь-яким незаконним способом здійсненню права вести агітацію до дня проведення референдуму. Проте перешкоджання вільному здійсненню громадянином права брати участь у референдумі поєднане із *знищенням чи пошкодженням майна* необхідно кваліфікувати за ч. 2 ст. 157, адже в ч. 1 ст. 160 такої форми об'єктивної сторони спеціально не передбачено, а тому в цій частині норму, передбачену ч. 2 ст. 157 КК слід розглядати як спеціальну по відношенню до ч. 1 ст. 160 КК. У той же час, на відміну від ст. 157 КК, перелік способів вчинення перешкоджання вільному здійсненню громадянином права брати участь у референдумі, закріплений у ст. 160 КК, не є вичерпним. Отже, такі незаконні діяння, вчинені *іншим чином* (наприклад, шляхом блокування входу в приміщення для голосування тощо), слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 160 КК, крім випадків, коли спосіб перешкоджання сам по собі утворює об'єктивну сторону іншого злочину, передбаченого спеціальною нормою (наприклад, перешкоджання вільному здійсненню громадянином пра-

правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 320).

<sup>98</sup> Навроцький В. Про суперечності між окремими статтями Кримінального Кодексу України та шляхи їх подолання [Електронний ресурс] // Юриспруденція on-line. – Режим доступу: <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=&d=297>. – Дата доступу: 15.01.2004.



ва брати участь у референдумі шляхом викрадення чи приховування бюлетеня для голосування на референдумі підпадає під ознаки злочину, передбаченого ч. 4 ст. 158 КК).

Важливою відмінністю ст. 160 від ст. 157 КК є те, що перша криміналізує також перешкодження насильством, обманом, погрозою, підкупом або іншим чином вільному здійсненню громадянином права не брати участь у референдумі. Тому спонукання чи примушування указаними незаконними способами громадянина голосувати на референдумі, у т. ч. без указівки на те, як саме слід голосувати, або взяти в ньому участь як член ініціативної групи референдуму тощо охоплюється ч. 1 ст. 160 КК.

З **суб'єктивної сторони** злочин, передбачений ч. 1 ст. 160 КК, може бути скоєний лише з прямим умислом. **Суб'єкт** злочину – загальний.

**Кваліфікований склад** злочину (ч. 2 ст. 160 КК) утворюють діяння, передбачені ч. 1 ст. 160 КК, вчинені членом комісії з проведення референдуму або іншою службовою особою, або за попередньою змовою групою осіб. Враховуючи те, що санкція ч. 2 ст. 160 є менш суворою, ніж санкція ч. 3 ст. 157, яка встановлює аналогічні кваліфікуючі ознаки щодо діянь, передбачених у ч. 1 і ч. 2 ст. 157, перешкодження насильством, обманом, погрозою, підкупом або іншим чином вільному здійсненню громадянином права брати або не брати участь у референдумі, вести агітацію до дня проведення референдуму, вчинені членом комісії з проведення референдуму або іншою службовою особою, за загальним правилом, необхідно кваліфікувати за ч. 2 ст. 160, крім випадків перешкодження, вчиненого у формах, передбачених спеціальними по відношенню до ст. 160 КК нормах (див. вище).

**Підроблення документів референдуму** (ч. 3 ст. 160) охоплює як випадки незаконного виготовлення у повному обсязі відповідного документу референдуму, так і часткову його зміну (зокрема, шляхом внесення до нього завідомо недостовірних відомостей, виправлення, дописування, затирання тощо). Проте оскільки кримінальну відповідальність за це діяння встановлює також ч. 2 ст. 158 КК, санкція якої є меншою, ніж у ч. 3 ст. 160, то підробку документів референдуму слід кваліфікувати не за ч. 3 ст. 160 КК, а за ч. 2 ст. 158 КК. У той же час за ч. 3 ст. 158 КК відповідні суспільно небезпечні діяння необхідно кваліфікувати при наявності передбачених у ній кваліфікуючих ознак, оскільки ст. 160 не містить кваліфікованого складу даного злочину.

**Приписування голосів** (ч. 3 ст. 160) є одним з видів підроблення документів референдуму, але, можливо, з огляду на те, що цей вид є одним з найбільш суспільно небезпечних, законодавець

виділив його як самостійну форму скоєння злочину. Зміст злочинних діянь, що охоплюються цією формою, полягає у внесенні до протоколів відповідних комісій з референдуму, які складаються в порядку, визначеному ст.ст. 40, 41 Закону про референдуми, завідомо неправдивих відомостей про кількість громадян, котрі голосували «за» чи «проти» поставленого на референдум питання.

**Завідомо неправильний підрахунок голосів** (ч. 3 ст. 160) полягає у умисному порушенні встановленого законом порядку підрахунку голосів, перекрученні шляхом завищення або заниження кількості фактично поданих голосів «за» чи «проти» винесеного на референдум проекту закону чи рішення, кількості громадян, які одержали бюлетені, або кількості бюлетенів, визнаних недійсними. Цією формою злочину охоплюються дії члена комісії з референдуму, який, наприклад, під час підрахунку голосів шляхом додаткових позначок на бюлетенях зробив їх недійсним, зробив на бюлетенях відповідні позначки за те чи інше питання, використав за призначенням бюлетені, що фактично залишилися за результатами референдуму невикористаними, тощо.

Оскільки скоєння злочину у формі приписування голосів і завідомо неправильного підрахунку голосів передбачене лише в ч. 3 ст. 160, то відповідні дії слід кваліфікувати саме за цією статтею. У цьому контексті слід відзначити, що кримінальна відповідальність за включення неврахованих бюлетенів для голосування на референдумі до числа бюлетенів, використаних при голосуванні, або підміна дійсних виборчих бюлетенів з позначками громадян, які мають право брати участь у референдумі, або незаконне внесення до протоколу комісії з референдуму змін після його заповнення, що призвело до неможливості визначити волевиявлення виборців чи встановити результати референдуму, вчинені членом комісії з референдуму, передбачена ч. 7 ст. 158 КК.

Як і в ст. 159 КК, у ч. 3 ст. 160 КК встановлюється кримінальна відповідальність за *порушення таємниці голосування*, але ці норми мають певні відмінності між собою. Зокрема, якщо ч. 3 ст. 160 КК встановлює загальну заборону порушення таємниці голосування, то ст. 159 криміналізує лише порушення таємниці голосування під час проведення референдуму, що виявилось у розголошенні змісту волевиявлення громадянина, який взяв участь у референдумі. Враховуючи те, що санкція ст. 159 є м'якшою, порушення таємниці голосування під час проведення референдуму, що виявилось в розголошенні змісту волевиявлення громадянина, який взяв участь у референдумі, слід кваліфікувати за цією статтею, тоді як інші форми порушення таємниці голосування

слід кваліфікувати за ч. 3 ст. 160 КК.

У диспозиції ч. 3 ст. 160 КК не визначені різновиди злочинного порушення таємниці голосування, проте умовно їх можна класифікувати на дві групи:

1) Застосування заходів впливу безпосередньо до громадян, які беруть участь у референдумі, як правило, з метою ознайомлення, контролю чи примушування їх до певного волевиявлення. Зазначені дії можуть знаходити свій прояв у висуненні вимог щодо пред'явлення громадянами заповнених бюлетенів перед опусканням їх до скриньок; у вимогах щодо повідомлення про зміст волевиявлення громадянин; видача виборцям помічених бюлетенів для голосування з метою встановлення хто з них який бюлетень заповнював; перебування у кабінах чи кімнатах для голосування сторонніх осіб тощо.

2) Створення перешкод для таємного волевиявлення громадян. Такі діяння винних можуть полягати, зокрема, у незабезпеченні достатньої кількості кабін або кімнат для таємного голосування, що суттєво ускладнює або робить неможливим забезпечення таємниці голосування; штучному створенні черг, що примушує виборців голосувати поза кабінами для голосування; обладнанні кабін для таємного голосування таким чином, що створюється реальна можливість для сторонніх осіб спостерігати за результатами заповнення виборчих бюлетенів; встановленні у місцях для голосування спеціальної апаратури, котра надає змогу контролювати волевиявлення виборців під час заповнення ними виборчих бюлетенів тощо. При цьому порушення таємниці голосування, що супроводжувалося використанням спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації потребує кваліфікації за сукупності ст.ст. 160 та 359 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину, передбаченого ч. 3 ст. 160 КК, характеризується прямим умислом.

**Суб'єкт** злочину у всіх передбачених ч. 3 ст. 160 КК формах – спеціальний (член комісії з проведення референдуму або інша службова особа). Ця ознака складу злочину може бути важливим критерієм розмежування діянь, заборонених ч. 3 ст. 160, і діянь, передбачених відповідними частинами ст. 158 і ст. 159, які визначають інше коло суб'єктів злочину. Наприклад, підроблення документів референдуму за ч. 3 ст. 160 може бути вчинене членом комісії з проведення референдуму або іншою службовою особою, у той час як суб'єктами аналогічного злочину згідно з ч. 2 ст. 158 є член комісії з референдуму та член ініціативної групи референдуму. Інший приклад: суб'єкт порушення таємниці голосування відповідно до ч. 3 ст. 160 КК – спеціальний (член комі-

сії з проведення референдуму або інша службова особа), а згідно з ч. 1 ст. 159 – загальний.

Злочин у всіх формах, передбачених у ст. 160 КК, за своєю конструкцією побудований **формальним** тому визнається закінченим з моменту скоєння суспільно небезпечних діянь.

### 7.3. Злочини проти інших політичних прав людини та рівноправності громадян

Як уже зазначалося, в розділі V Особливої частини КК містяться й інші склади злочинів проти політичних прав і свобод громадян – це ст. 170 «Перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій» та ст. 171 «Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів». Слід зауважити, що деякі автори відносять ці суспільно небезпечні посягання до злочинів проти трудових<sup>99</sup> або соціально-економічних прав людини<sup>100</sup>. Проте з таким підходом важко погодитися, адже названі злочини спрямовані, головним чином, не проти права на працю, а проти, відповідно, свободи асоціацій і свободи вираження поглядів, які, згідно із загально прийнятою в конституційному та міжнародному праві класифікацією прав і свобод людини, відносяться до політичних прав<sup>101</sup>. З огляду на сказане, викликає здивування їх розташування в межах розділу V Особливої частини КК – більш логічним було б розмістити їх поряд зі ст.ст. 157-160 КК.

Проте після статей, які встановлюють кримінальну відповідальність за суспільно небезпечні діяння, що посягають на виборчі та референ-

<sup>99</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – С. 105-106; Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / 3-тє вид., перероб. і доп.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 108-109;

<sup>100</sup> Кримінальне право України. Загальна та Особлива частини: Навчальний посібник / За заг. ред. В.М. Стратонова. – К.: Істина, 2007. – С. 224-226; Агафонов А.В. Ответственность за преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина: учебно-практическое пособие. – Красноярск: Сибирский институт бизнеса, управления и психологии МОН России, 2005. – С. 35.

<sup>101</sup> Я. Лихова правильно вказує на те, що в КК є ще одна норма, що охороняє політичні права громадян – це ст. 340 КК «Незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій», яка міститься в розділі XV «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян», висловлюючи думку, що вона повинна знаходитися п'ятому розділі Особливої частини КК (Лихова С. Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 18.).

думні права громадян, законодавець розмістив норму, яка передбачає кримінальну відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань (ст. 161 КК). Ця норма, насправді, рівною мірою стосується не тільки політичних, але й інших прав і свобод людини та громадянина<sup>102</sup>. Враховуючи це, її слід було розмістити на самому початку розділу V Особливої частини КК.

**Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань (ст. 161 КК).**

**Суспільна небезпека** злочину полягає у тому, що його скоєння може призвести до виникнення чи посилення соціальних конфліктів чи протистояння на ґрунті расової, національної, релігійної чи іншої нетерпимості, а також до порушення прав і свобод людей через їх дискримінацію за тими чи іншими ознаками.

Питання про визначення об'єкта цього злочину є дискусійним. Виходячи із назви розділу та статті, більшість вчених вважають, що **основним безпосереднім об'єктом злочину** є «рівність громадян у їх конституційних правах та рівність їх перед законом як принцип конституційно-правового статусу людини і громадянина»<sup>103</sup>, «закріплений в Конституції України принцип рівності прав і свобод перед законом і судом та в громадянському суспільстві людини, особи і громадянина незалежно від статі, раси, національності, мови, походження, місця проживання, ставлення до релігії, політич-

них і інших переконань»<sup>104</sup>, «право громадян на рівноправність»<sup>105</sup> тощо. Крім того, іноді додають, що факультативним додатковим об'єктом можуть бути честь і гідність особи, її життя, здоров'я, власність, встановлений порядок виконання службовими особами своїх повноважень<sup>106</sup>.

Проте в науковій літературі висловлюються також інші думки. Зокрема, С.Я. Лихова наполягає на тому, що ця норма спрямована на захист праввідносин, суб'єктами яких є не окремі громадяни, а групи осіб, яких об'єднують спільні ознаки: раса, колір шкіри, національність, релігійні та інші переконання тощо. Дії винної особи в даному випадку спрямовуються не на образ чи обмеження прав окремої особи, людини і громадянина, а на інтереси всього суспільства. Таким чином, шкода в цьому випадку завдається тим відносинам, що складають міжнародний правопорядок (відображений у вигляді гарантованої ст. 24 Конституції України рівності громадян перед законом) у частині захисту від заподіяння шкоди людству у вигляді розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, приниження національної честі та гідності, образи почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, а також прямого чи непрямого обмеження прав громадян або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадянам за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мови тощо. Додатковим безпосереднім об'єктом злочину, на думку С.Я. Лихової, слід вважати трудові, політичні, будь-які інші праввідносини, суб'єктами яких є громадяни, які постраждали в результаті вчинення даного злочину. У зв'язку із цим, на її думку, необхідно виключити ст. 161 КК із розділу V «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» Особливої частини КК та доповнити відповідною нормою розділ XX «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку»<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 2-ге вид., перероб. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2002. – С. 331.

<sup>105</sup> Уголовный кодекс Украины: Научно-практический комментарий. – 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Е.А. Стрельцов. – Х.: Одиссей, 2006. – С. 323.

<sup>106</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 417.

<sup>107</sup> Лихова С. Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 104-108. Аналогічну точку зору висловили й правозахисники, які досліджували стан злочинності на ґрунті ненависті в Україні (Злочини на ґрунті ненависті в Україні. – Х.: Права людини,

<sup>102</sup> Деякі автори відносять цю статтю саме до норм, які забезпечують кримінально-правову охорону політичних прав і свобод громадян (Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / За ред. Є.А. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 69-70; Серебренникова А.В. Уголовно-правовое обеспечение конституционных прав и свобод человека и гражданина по законодательству Российской Федерации и Германии: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 10). Водночас інші правознавці вважають, що діяння, передбачені ст. 161 КК, відносяться до злочинів проти особистих (громадянських) прав і свобод людини (Зінченко О.І. Кримінально-правова охорона виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина. Аналіз законодавства і судової практики: Монографія. – Х.: видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – С. 21-26; Кримінальне право України. Загальна та Особлива частини: Навчальний посібник / За заг. ред. В.М. Стратонова. – К.: Істина, 2007. – С. 224-226). Найбільш вдалою є точка зору М.І. Мельника та П.П. Андрушка, які виділяють діяння, передбачені ст. 161 КК, в окрему групу злочинів (Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клімченка. – К.: Юридична думка, 2004. – С. 105-106; Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 171-173).

<sup>103</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 417.



І.О. Зінченко не погодилася із таким баченням об'єкта названого злочину, підкресливши, що за своєю природою злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку – це діяння, які світове співтовариство визнає особливо небезпечними для всього людства, тому що вони здатні знищити саме людство, тоді як злочин, передбачений ст. 161 КК, порушує інтереси не людства або держави в цілому, а права конкретної людини (громадянина), інколи, можливо, групи громадян (але це завжди конкретне коло визначених осіб – потерпілих, а не безпека існування національних, етнічних, расових чи релігійних груп, як це має місце, наприклад, при геноциді). До того ж, вважає вчений, навряд чи посягання на права і свободи окремих громадян (за винятком представників іноземних держав, осіб, які мають міжнародний захист, державних і громадських діячів, щодо захисту яких у КК існують спеціальні норми), може призвести до міжнародних ускладнень і становити небезпеку для міжнародного правопорядку. Тому з урахуванням основного безпосереднього об'єкта цього злочину місце ст. 161 КК в системі Особливої частини КК визначено правильно<sup>108</sup>.

Проте і ця аргументація не є незаперечною. Її теоретична слабкість зумовлена тим, що диспозиція ч. 1 ст. 161 КК охоплює не тільки «пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками», як, наприклад, в аналогічній нормі КК Росії (ст. 136 «Порушення рівності прав і свобод людини та громадянина» глави 19 «Злочини проти конституційних прав і свобод людини та громадянина» розділу VII «Злочини проти особистості» КК РФ), а й «умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності, або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями». Схожа норма в КК РФ винесена в окрему статтю, що знаходиться в іншій главі (ст. 282 «Розпалювання ненависті або ворожнечі, а рівно приниження людської гідності» КК РФ глави 29 «Злочини проти основ конституційного устрою та безпеки держави» розділу X «Злочини проти

2012. – С. 54).

<sup>108</sup> Зінченко І.О. Деякі проблеми кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 161 КК України // Проблеми законності. – 2009. – № 106. – С. 149; Зінченко І.О. Уточнення змісту об'єкта злочину, передбаченого ст. 161 КК України, як умова ефективності її застосування // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні. – Х.: Право, 2008. – С. 56.

державної влади» КК РФ<sup>109</sup>).

З огляду на це, науковий інтерес викликає позиція В.М. Панькевича, котрий вважає, що родовий об'єкт злочину, передбаченого ст. 161 КК, складають два види суспільних відносин: перші спрямовані на забезпечення засад національної безпеки, другі – на забезпечення правового статусу громадян. З огляду на це, він робить висновок, що кримінально-правовий захист рівноправності громадян за чинним кримінальним законодавством здійснюється також ч.ч. 2 і 3 ст. 110 КК і ст. 442 КК, і що ці норми співвідносяться зі ст. 161 КК як спеціальні й загальна<sup>110</sup>.

*Потерпілим* від злочину може бути як громадянин України, так і громадянин чи підданий іншої держави, або особа без громадянства.

У цьому контексті слід зазначити, що в тексті ч. 1 ст. 161 КК двічі вживається слово «громадян» замість слова «людей», що є очевидною помилкою, пов'язаною з порушенням вимог законодавчої техніки (зокрема, якщо тлумачити цю норму буквально, то це означатиме, що діяння, передбачені нею, є злочинними, якщо вони вчинені лише стосовно громадян, тоді як аналогічні дії щодо іноземців не є кримінально-караними). На цю обставину звертали увагу судді ВСУ, надаючи свої зауваження щодо двох законопроектів про внесення змін до КК<sup>111</sup>. При цьому ВСУ відзначив як позитив те, що в одному з проектів пропонувалося вживати саме слово «людей» замість «громадян». На жаль, голосуючи за цей законопроект, парламент підтримав іншу пропо-

<sup>109</sup> Цей злочин в Росії відноситься до злочинів екстремістської спрямованості (див., наприклад: Мильников Б.А. Противодействие преступлениям экстремистской направленности: криминологический и уголовно-правовой аспекты: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – С. 9). До того ж, у КК РФ існують також інші норми, які встановлюють відповідальність за окремі схожі діяння, наприклад, ст. 280 «Публічні заклики до екстремістської діяльності», які у певних випадках дуже складно відмежувати від ст. 282 КК РФ (Шнайдер Л.Г. Преступления по мотиву национальной, расовой, религиозной ненависти или вражды либо кровной мести в уголовном праве Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 10).

<sup>110</sup> Панькевич В.М. Кримінальна відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 4, 9; див., також: Зінченко І.О. Деякі проблеми кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 161 КК України // Проблеми законності. – 2009. – № 106. – С. 149; Зінченко І.О. Уточнення змісту об'єкта злочину, передбаченого ст. 161 КК України, як умова ефективності її застосування // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні. – Х.: Право, 2008. – С. 57.

<sup>111</sup> У Верховному Суді України розглянуто проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» - [Електронний ресурс] // Сайт Верховного Суду України. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adfd2+d0e52f68d76c22556c080037bac9/f6f6ff6e93fea93cc225744b00477265?OpenDocument>.

зицію, яку озвучив народний депутат Ю.А. Кармазін, завіривши народних депутатів, що вжите в ст. 161 КК слово «громадян» розуміється в тому сенсі, що потерпілими від цього злочину можуть бути як громадяни України, так і іноземці або особи без громадянства<sup>112</sup>. У будь-якому разі ця кримінально-правова норма може слугувати прикладом, коли слід застосовувати поширювальне тлумачення, використовуючи цільовий і історичний методи тлумачення та розуміючи під словом «громадян» усіх людей<sup>113</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину має такі форми:

1) дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності; або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями;

2) пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

Під діями, спрямованими на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності, а також образою почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями слід розуміти будь-які активні дії винної особи, здійснені для того, щоб поширити в суспільстві чи його окремих груп поглядів, ідеології, що ґрунтуються на сильно виражених, агресивних почуттях ворожості, ненависті до людей за ознаками національності, раси або релігії, та/або викликають зневагу до таких людей, їх національної культури, віри тощо. Форми розпалювання такої ворожнечі, приниження національної честі й гідності та релігійних почуттів людей можуть бути різними. Наприклад, цей злочин може бути вчинений шляхом розповсюдження друкованої інформації, усних закликів або виражених іншим чином ідей, що принижують гідність людей через їх національність, расу чи релігію та/або спонукають до ескалації насильства чи дискримінації тощо. Крім того, формулювання «дії, спрямовані на розпалювання ... ворожнечі та ненависті»

<sup>112</sup> Порівняльна таблиця до проекту Закону України Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо відповідальності за злочини з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості), підготовлена до другого читання 23.06.2009 [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc34?pd=&pf3511=32154&pf35401=144796](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?pd=&pf3511=32154&pf35401=144796).

<sup>113</sup> Слід зазначити, що це не єдиний випадок вживання в КК слова «громадянин» у широкому розумінні, яке тотожне слову «людина».

указує на те, що цей злочин може бути вчинений не тільки «розповсюдження» певної інформації чи ідей, але й шляхом вчинення будь-яких інших дій, що можуть мати наслідком розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті<sup>114</sup>.

Під *прямим чи непрямим обмеженням прав або встановленням прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками* слід розуміти незаконні та явно необґрунтовані об'єктивними причинами діяння, які перешкоджають рівній реалізації прав і свобод людей незалежно від їх раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мови тощо.

Перелік ознак, за якими кримінальний закон забороняє дискримінацію, не є вичерпним. Проте слід мати на увазі, що правова рівність не є явищем абсолютним, вона розуміється сьогодні не як «фактична рівність», а як «рівність можливостей»<sup>115</sup>, а тому обмеження прав і свобод певної людини не є дискримінацією, якщо воно є законним, зумовлено об'єктивними причинами (має легітимну мету) та є пропорційним меті, для якої таке обмеження застосовується<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> Останнім часом в правозахисній літературі такі дії стали називати терміном «мова ворожнечі», який є більш м'яким варіантом англійського «hate speech» – букв. «мова ненависті». За визначенням Міжнародної Амністії «мова ворожнечі» – це будь-який вираз або дія, що розпалює міжнаціональну, расову або релігійну ненависть і прямо або непрямо закликає до насильства, відмежування та нетолерантності. До мови ворожнечі зараховують образливі висловлювання та назви на адресу певного народу, нації, релігійної, мовної або іншої соціальної групи (Шіффер Ш., Кацберг Т., Россманн С. Злочини на ґрунті ненависті в Україні. – Берлін: Європейський діалог, 2010. – С. 30. [Електронний ресурс] // European Exchange. – Режим доступу: [http://www.european-exchange.org/fileadmin/user\\_upload/Hate\\_Crime\\_EVZ/Studie\\_Hate\\_Crime\\_UA.pdf](http://www.european-exchange.org/fileadmin/user_upload/Hate_Crime_EVZ/Studie_Hate_Crime_UA.pdf)).

Разом із тим, слід зазначити, що на думку окремих правозахисників сьогодні необхідно декриміналізувати, тобто вилучити з КК відповідальність за «умисні дії, спрямовані на приниження національної честі та гідності або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями», оскільки застосування кримінального покарання за образу, приниження честі і гідності не є пропорційними покаранням й порушуватиме свободу вираження поглядів відповідно до практики Європейського суду з прав людини (Злочини на ґрунті ненависті в Україні. – Х.: Права людини, 2012. – С. 54).

<sup>115</sup> Див., наприклад: Семенова І.С. Принципи рівності перед законом в уголовном праве Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – С. 10.

<sup>116</sup> У 7-й Загальнополітичній рекомендації Європейської комісії проти расизму та нетерпимості зазначено, що термін «пряма расова дискримінація» означає будь-яке неоднакове відношення з таких підстав, як раса, колір шкіри, мова, релігія, громадянство та національне або етнічне походжен-

Так, наприклад, не є злочином законна відмова особі, що має судимість за умисний злочин, яку не було знято чи погашено, у прийнятті на державну службу. Не є злочином, наприклад, і відмова незрячій особі видати посвідчення на право управління транспортним засобом, оскільки вона зумовлена об'єктивними причинами. Не є злочином також відмова в прийомі на роботу на посаду перекладача особі, котра не знає відповідної мови, тощо<sup>117</sup>.

**Кваліфікуючі ознаки злочину** передбачені в ч.ч. 2 і 3 ст. 161 КК:

- дії, передбачені в ч. 1 цієї статті, поєднані з насильством, обманом чи погрозами, а також вчинені службовою особою, тягнуть кримінальну відповідальність за ч. 2 ст. 161 КК;

- дії, передбачені ч.ч. 1 або 2 цієї статті, які були вчинені організованою групою осіб або спричинили тяжкі наслідки, тягнуть кримінальну відповідальність за ч. 3 ст. 161 КК.

На думку М.І. Хавронюка та М.І. Мельника, під поняттям «*насильство*» в ч. 2 ст. 161 КК слід розуміти лише фізичне насильство (нанесення удару, заподіяння побоїв, легкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження, а також інші насильницькі дії, пов'язані, наприклад, з фізичним примушуванням жінки до вчинення абортів або з незаконним позбавленням волі), у той час

як психічне насильство (яке може проявлятися в залякуванні заподіянням фізичної, матеріальної чи іншої шкоди: вчинення вбивства чи ставового злочину, заподіяння тілесних ушкоджень, знищення чи пошкодження особистого майна, розголошення відомостей, які ганьблять потерпілого, тощо) охоплюється змістом «*погроз*»<sup>118</sup>. Фізичне насильство та погрози можуть супроводжуватися різними вимогами протиправного характеру, як наприклад, залишити Україну, покинути певну роботу чи припинити якусь діяльність тощо.

Обман полягає у введенні потерпілого в оману шляхом повідомлення неправдивої інформації, неповідомлення певних відомостей або вчинення інших діянь, які завідомо спрямовані на створення в потерпілого неправильного сприйняття дійсності.

Поняттям «*тяжкі наслідки*» в ч. 3 ст. 161 КК охоплюються: вбивство через необережність, необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, доведення до самогубства, істотна матеріальна шкода тощо<sup>119</sup>.

**Суб'єкт** злочину – загальний. Вчинення злочину службовою особою, як уже було зазначено, утворює кваліфікований склад злочину.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом<sup>120</sup>.

ня, що не має об'єктивного і розумного виправдання. При цьому неоднакове відношення позбавлене об'єктивного і розумного виправдання, якщо воно не переслідує легітимну мету або якщо відсутня розумна співмірність між засобами, які застосовуються, та поставленою метою. «*Непряма расова дискримінація*» має місце тоді, коли абсолютно нейтральний фактор, наприклад, норма, критерій або порядок, не може бути легко дотриманий особами, які належать до групи, яка визначається ознаками раси, кольору шкіри, мови, релігії, громадянства і національного або етнічного походження, або коли цей фактор ставить дану категорію осіб у невигідне становище, крім випадків, коли він має *об'єктивне і розумне виправдання*. Останнє можливе, якщо воно переслідує легітимну мету та якщо існує розумна пропорційність між засобами, які використовуються, й поставленою метою (ECRI General Policy Recommendation N°7 on national legislation to combat racism and racial discrimination [Electronic Source] // Council of Europe. – Mode of access: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation\\_N7/Recommendation\\_7\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/Recommendation_7_en.asp)).

<sup>117</sup> У правозахисній літературі пропонується ч. 1 ст. 161 КК викласти в такій редакції: «систематичні умисні дії, спрямовані на пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками». Це пояснюється тим, що подібні статті в недемократичних країнах традиційно використовуються з репресивною метою. З огляду на сказане, на думку авторів порпозиції, усунення прямого умислу та не внесення ознаки систематичності вчинення таких дій до складу злочину у ч. 1 ст. 161 КК може призвести до негативних наслідків, шкода від яких буде значно більшою від можливого позитиву (Злочини на ґрунті ненависті в Україні. – Х.: Права людини, 2012. – С. 54).

як психічне насильство (яке може проявлятися в залякуванні заподіянням фізичної, матеріальної чи іншої шкоди: вчинення вбивства чи ставового злочину, заподіяння тілесних ушкоджень, знищення чи пошкодження особистого майна, розголошення відомостей, які ганьблять потерпілого, тощо) охоплюється змістом «*погроз*»<sup>118</sup>. Фізичне насильство та погрози можуть супроводжуватися різними вимогами протиправного характеру, як наприклад, залишити Україну, покинути певну роботу чи припинити якусь діяльність тощо.

Обман полягає у введенні потерпілого в оману шляхом повідомлення неправдивої інформації, неповідомлення певних відомостей або вчинення інших діянь, які завідомо спрямовані на створення в потерпілого неправильного сприйняття дійсності.

Поняттям «*тяжкі наслідки*» в ч. 3 ст. 161 КК охоплюються: вбивство через необережність, необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, доведення до самогубства, істотна матеріальна шкода тощо<sup>119</sup>.

**Суб'єкт** злочину – загальний. Вчинення злочину службовою особою, як уже було зазначено, утворює кваліфікований склад злочину.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 419.

<sup>119</sup> Зінченко І.О. Деякі проблеми кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 161 КК України // Проблеми законності. – 2009. – № 106. – С. 156.

<sup>120</sup> Необхідно відзначити, що наявність чи відсутність умислу є важливим критерієм відмежування кримінально каранних діянь від діянь, що не є злочинами. Так, нашому суспільству, на жаль, притаманні певні стереотипи та усталені мовні обороти, внаслідок яких люди нерідко вчиняють дії, що формально підпадають під ознаки об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 161 КК, але при цьому не усвідомлюють протиправність і суспільну небезпеку своїх дій, тобто не мають умислу на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності тощо. Навіть працівники правоохоронних органів допускають такі помилки. Для прикладу, вітчизняні правоохоронники виявили на офіційних міліцейських сайтах цілу низку публікацій з ознаками «мови ворожнечі» (Батчаєв В. «Мова ворожнечі» на офіційних сайтах міліції – заохочування суспільства до дискримінації чи правова безграмотність? [Електронний ресурс] // Xenodocuments. – Режим доступу: <http://www.xenodocuments.org.ua/article/1990>), а в деяких випадках вони говорять і про застосування працівниками міліції «*етнічного профайлінгу*», під яким розуміється будь-яка дія, вчинена представником влади відносно особи, або групи осіб з метою забезпечення безпеки або громадського порядку, яка базується на її фактичному або уявному членстві в групі, визначеній за расовою ознакою, кольором шкіри, етнічним чи національним походженням, або релігією без фактичних підстав чи обґрунтованої підозри, що призвело до нерівного поводження з цією особою або групою (Забезпечення захисту прав і свобод людини шляхом реалізації громадянами права на звернення до органів МВС України: сучасний стан



Злочин, передбачений ст. 170 КК, за конструцією складу є формальним. Моментом його закінчення є скоєння суспільно небезпечних дій.

9 грудня 2005р. кілька громадян за попередньою змовою створили Донецьку обласну громадську організацію «Донецька республіка» з метою розповсюдження на території України матеріалів з публічними закликами до насильницької зміни конституційного ладу України, захоплення державної влади на окремих її територіях шляхом посягання на суверенітет України, її державний устрій, цілісність та недоторканість території України, функціонування органів державної влади та місцевого самоврядування, а саме – на відокремлення насильницьким шляхом від України (шляхом проведення загальної мобілізації, військових дій та акцій громадянської непокорі, а також створення всупереч Конституції України інших органів державної влади та місцевого самоврядування замість існуючих), зміну меж території та державного кордону України, відокремлення ряду областей України і створення так званої «Донецької Федеративної Республіки», що було поєднано з розпалюванням національної та релігійної ворожнечі й ненависті. Потім один із членів організації з використанням комп'ютерної техніки склав тексти цілої низки відповідних друківаних агітаційних матеріалів, після чого він разом з іншими членами організації здійснили тиражування таких агітаційних матеріалів у типографіях у м. Донецька. З 13 листопада 2006р. по 13 грудня 2006р. ці особи щодня у м. Донецьку розповсюджували серед громадян зазначені вище друківані агітаційні матеріали. Дії зазначених осіб були кваліфіковані за ст.ст. 109 ч. 2 (для однієї з осіб - ч.3), 110 ч. 2, 161 ч. 1 КК України<sup>121</sup>.

Інший приклад. Вироком Апеляційного суду м. Києва від 21 грудня 2009 року дві особи були засуджені за ч. 3 ст. 161 та п. 12 ч. 2 ст. 115 КК України за приниження національної честі та гідності, поєднане з насильством щодо громадянина шляхи покращення якості / Одеська правозахисна група «Верітас». – Х.: Права людини, 2010. – С. 52-53). Звичайно, етнічний профайлінг та використання мови ворожнечі є негативними явищами, які слід викоринювати, втім далеко не завжди відповідні суб'єкти діють з умислом на скоєння злочину, передбаченого ст. 161 КК.

<sup>121</sup> На жаль, авторам цього підручника невідоме остаточне рішення у справі. Останнім за датою документом, який вдалося знайти, є ухвала ВСУ від 21 жовтня 2010 року (режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/11970886>), згідно з якою залишено в силі постанову судді Апеляційного суду Донецької області про направлення кримінальної справи на додаткове розслідування для проведення комплексної авторознавчої експертизи матеріалів, на підставі яких порушено кримінальну справу, а також вирішення питання про притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб, причетних до вчинення даних злочинів.

нина Йорданії, та його умисне вбивство, вчинених за попередньою змовою групою осіб за таких обставин. 19 червня 2008 року в нічний час засуджені, будучи у стані алкогольного сп'яніння в м. Києві помітили раніше незнайомого їм громадянина Йорданії, який разом з іншою особою сиділи на лавці. Маючи умисел на приниження його національної честі та гідності, вони, діючи спільно та узгоджено, підійшли до нього і брутально стали висловлювати своє негативне ставлення та неприязнь до нього як до особи арабської національності, ображати його за колір шкіри, заявляючи при цьому, що він не має права підтримувати стосунки, спілкуватись і сидіти з українськими дівчатами, а потім вирішили застосувати до нього фізичне насильство та вбити його. Далі, реалізуючи цей спільний умисел, засуджені завдали йому численні удари руками й ногами в різні частини тіла, в т.ч. щонайменше 15 ударів у голову, внаслідок чого потерпілому було заподіяно тілесні ушкодження, від яких останній невдовзі помер на місці події<sup>122</sup>.

Слід зауважити, що судова практика за ст. 161 КК є не досить поширеною. Так, згідно з офіційною статистикою за цією статтею судами було розглянуто: у 2006 р. – 5 справ (2 – з постановлення вироку, 2 – із закриттям провадження у справі, 1 – з поверненням на додаткове розслідування), у 2007 р. – жодної справи, у 2008 р. – 1 (із закриттям провадження у справі), у 2009 р. – 1 (з постановлення вироку), у 2010 р. – жодної справи (хоча одна справа надійшла до суду, але її розгляд не завершився в цьому періоді)<sup>123</sup>.

Можливо, таку невелику кількість судових справ можна пояснити недосконалістю кримінально-правових засобів протидії дискримінації, у т.ч. ст. 161 КК, на що звертають як науковці, так і судді, адвокати та правозахисники<sup>124</sup>.

<sup>122</sup> Ухвала Верховного Суду України від 11 травня 2010 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10120879>.

<sup>123</sup> Інформація про стан розгляду кримінальних справ за статтею 161 Кримінального кодексу України [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал судової влади України. – Режим доступу: [http://www.court.gov.ua/userfiles/11111\(1\).xls](http://www.court.gov.ua/userfiles/11111(1).xls).

<sup>124</sup> Слід зазначити, що деякі правники взагалі висловлюють сумніви щодо доцільності існування статті 161 КК, принаймні в чинній редакції. Так, наприклад, на сайті адвоката О.П. Кучерявого зазначено таке: «по цій статті можна «посадити» будь кого і практично не за що... Під ці ознаки можна підвести все що завгодно. Слід бути готовими до кримінальної відповідальності за вживання проти когось конкретно, або проти груп людей таких слів, як «хохли», «москалі», «кацапи» тощо... У сусідній Росії такі прецеденти вже були. Наприклад, у Новосибірську Тараса Зеленька... новосибірця, українця по національності, у липні 2007 р., ... засудили лише за те, що він на інтернет-форумах називав деяких форумчан «москалями» і «кацапами...» (Боротьба з расизмом чи черговий законодавчий маразм? [Електронний ресурс] // Сайт «Адвокат Кучеря-

Перш за все, експерти відзначають невідповідність назви статті її змісту, де мова йде також про заборону дій, спрямованих на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті тощо<sup>125</sup>.

Втім, головна проблема полягає у складності відмежування цієї норми від інших складів злочинів. Так, згідно із ч. 2 ст. 110 КК кримінально караніми є умисні дії, вчинені з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України, а також публічні заклики чи розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій, поєднані з розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі. Ст. 442 КК передбачає кримінальну відповідальність за геноцид, тобто діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу. Цікаво, що 5 листопада 2009 року був прийнятий Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості», який не лише вирішив проблему, а ще більше ускладнив застосування цих норм<sup>126</sup>. Зокрема,

вий Олег Петрович». – Режим доступу: <http://ukr-advokat.org.ua/боротьба-з-расизмом-чи-черговий-закон/>.

На сайті Української Гельсінської спілки з прав людини також було висловлене занепокоєння, але у зв'язку із наявністю кримінальної відповідальності за дискримінацію за мовною ознакою: це, на думку автору тексту, може призвести до політичних «маніпуляцій сумнозвісним мовним питанням» (Законопроект Тараса Чорновола передбачає кримінальну відповідальність за дискримінацію за мовною ознакою. Деяким виданням загрожує переслідування [Електронний ресурс] // Сайт «Українська Гельсінська спілка з прав людини». – Режим доступу: <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1242646069>).

<sup>125</sup> У Верховному Суді України розглянуто проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» [Електронний ресурс] // Сайт Верховного Суду України. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/f6f6ff6e93fea93cc225744b00477265?OpenDocument>.

<sup>126</sup> Про це у Верховному Суді України говорили ще на стадії обговорення законопроекту (У Верховному Суді України розглянуто проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» [Електронний ресурс] // Сайт Верховного Суду України. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/f6f6ff6e93fea93cc225744b00477265?OpenDocument>). З цієї ж причини законопроект отримав негативний висновок і від Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України (Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо відповідальності за злочини з мотивів расової, національної

цим законом до статей 115 «Умисне вбивство», 121 «Умисне тяжке тілесне ушкодження», 122 «Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження», 126 «Побої і мордування», 127 «Катування», 129 «Погроза вбивством» КК було додано нову кваліфікуючу ознаку – вчинення відповідних дій з *мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості*<sup>127</sup>; стаття 300 була викладена в редакції, що передбачає кримінальну відповідальність за ввезення в Україну творів, кіно- та відеопродукції, що пропагують культ насильства і жорстокості, *расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію*, з метою збуту чи розповсюдження або їх виготовлення, зберігання, перевезення чи інше переміщення з тією самою метою або їх збуту чи розповсюдження, а також примушування до участі в їх створенні.

Враховуючи наявність такої великої кількості конкуруючих норм, кваліфікація відповідних діянь є дуже складною, тому в юридичній літературі можна зустріти певні розбіжності авторських думок з цього приводу<sup>128</sup>.

Вважаємо, що умисні дії, вчинені з метою зміни меж території або державного кордону України з порушенням порядку, встановленого Конституцією України, а також публічні заклики чи розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій, які поєднані тільки з «розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі», підпадають під ознаки ч. 2 ст. 110 КК і не потребують додаткової кваліфікації за ч. 1 ст. 161, якщо не було вчинено інших дій, передбачених останньою нормою. Разом із тим ч. 2 ст. 110 КК не охоплює дій, передбачених ч.ч. 2 і 3 ст. 161 КК, а тому вони мають бути кваліфіковані за сукупністю.

Статті 161 і 442 КК, не дивлячись на їх певну зовнішню схожість, передбачають різні форми об'єктивної сторони, а тому залежно від ситуації цілком можлива кваліфікація за їх сукупністю. Статті 161 та 300 КК співвідносяться як загальна

чи релігійної нетерпимості)» (реєстр. № 2281-1 від 28.03.2008 р.) [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc34?id=&pf3511=32154&pf35401=126084](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=32154&pf35401=126084)).

<sup>127</sup> Навіть якщо не брати до уваги положення ст. 161 КК, вважаємо, що включення цієї кваліфікуючої ознаки до ст.ст. 115, 121, 122, 126, 127, 129 було явно зайвим, оскільки однією з обставин, що обтяжують покарання, є «вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату» (п. 3 ч. 1 ст. 67 КК).

<sup>128</sup> Див., наприклад: Зінченко І.О. Деякі проблеми кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 161 КК України // Проблеми законності. – 2009. – № 106. – С. 148-157; Савченко А.В. Вплив мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості на кваліфікацію злочинів // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 1. – С. 174-177; Панькевич В.М. Кримінальна відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 23 с.

та спеціальна, а тому ввезення в Україну творів, кіно- та відеопродукції, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, з метою збуту чи розповсюдження або їх виготовлення, зберігання, перевезення чи інше переміщення з тією самою метою або їх збут чи розповсюдження, а також примушування до участі в їх створенні слід кваліфікувати тільки за ст. 300 КК, крім випадків, коли ці дії були поєднані із вчиненням інших діянь, заборонених ст. 161 КК.

При визначенні співвідношення ст. 161 із статтями 115, 121, 122, 126, 127, 129 КК слід брати до уваги те, що формулювання «з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості», яким були доповнені останні, відноситься до ознак суб'єктивної сторони, тоді як «умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті» (ч. 1 ст. 161) – до форм об'єктивної сторони злочину. З огляду на це, кваліфікація за сукупністю названих злочинів у цілому можлива. Проте оскільки ч. 2 ст. 161 КК містить посилання на насильство та погрози як на кваліфікуючі ознаки, то, враховуючи тяжкість санкцій відповідних норм, можна зробити висновок, що ч. 2 ст. 161 КК охоплює умисні тілесні ушкодження аж до середньої тяжкості включно, а тому відповідні діяння не потребують додаткової кваліфікації за ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 126 або ч. 2 ст. 129 КК тощо. У той же час вчинення злочинів, передбачених статтями 115, 121, 127 КК, поєднаних із діями, передбаченими ст. 161 КК, потребують кваліфікації за сукупністю цих статей.

### **Перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій** (ст. 170 КК).

Відповідно до ст. 36 Конституції України громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення й захисту своїх прав і свобод, задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей.

Під *професійними спілками* розуміються добровільні неприбуткові громадські організації, що об'єднують громадян, пов'язаних спільними інтересами за родом їх професійної (трудової) діяльності (навчання) (ст. 1 Закону України від 15 вересня 1999 року «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»). *Політична партія* – це зареєстроване згідно з законом добровільне об'єднання громадян – прихильників певної за-

гальнонаціональної програми суспільного розвитку, що має своєю метою сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, бере участь у виборах та інших політичних заходах (ст. 2 Закону України від 5 квітня 2001 року «Про політичні партії в Україні»; схоже визначення міститься й у ст. 2 Закону України від 16 червня 1992 року «Про об'єднання громадян»). Членами політичних партій можуть бути лише громадяни України. Обмеження щодо членства у політичних партіях встановлюються виключно Конституцією і законами України. *Громадською організацією* є об'єднання громадян для задоволення та захисту своїх законних соціальних, економічних, творчих, вікових, національно-культурних, спортивних та інших спільних інтересів<sup>129</sup> (ст. 3 Закону України «Про об'єднання громадян»).

Як зазначено в ст. 1 цього Закону, об'єднання громадян, незалежно від назви (рух, конгрес, асоціація, фонд, спілка тощо) відповідно до цього Закону визнається політичною партією або громадською організацією.

*Органами* зазначених об'єднань громадян є органи управління, які передбачені їх статутними документами, наприклад, загальні збори, конференції, з'їзди, виконавчі органи (центральні комітети, комітети, пленуми, президії тощо).

Діяльність об'єднань громадян повинна відповідати вимогам чинного законодавства і здійснюється на засадах: свободи вступу і виходу з об'єднання; рівності об'єднань громадян перед законом; самостійності господарської діяльності, яка полягає у наділенні об'єднань громадян їх правом на власне рухоме і нерухоме майно, кошти, обладнання, транспорт, інші засоби, набуття яких не забороняється законами України; позбавлення права власності на майно виключно за рішенням суду та лише у випадках, перед-

<sup>129</sup> Це поняття є дещо вужчим від загальноприйнятого в світовій практиці, оскільки передбачає, що громадська організація створюється для задоволення інтересів лише своїх членів. Проте на сьогодні в Україні практика застосування цього Закону пішла шляхом його розширеного тлумачення – зараз реєструються багато організацій, які визначають своїм завданням не тільки захист інтересів своїх членів, але й захист прав і свобод інших людей, сприяння вирішенню певних соціальних проблем, охорону навколишнього природного середовища тощо. Недолік цієї законодавчої дефініції пропонується вирішити у проекті Закону «Про громадські організації», де під названим поняттям розуміється «добровільне об'єднання осіб для спільного задоволення законних інтересів, здійснення та захисту прав і свобод». Як зазначено в пояснювальній записці до законопроекту, зняття обмежень щодо захисту виключно членів дозволить громадським організаціям ефективніше здійснювати екологічну, просвітню діяльність, надання правової допомоги та інші суспільно-корисні види діяльності (Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про громадські організації» [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc34?id=&pf3511=38911&pf35401=176368](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=38911&pf35401=176368)).



бачених законом; обов'язковості державної реєстрації; заборони втручання з боку органів державної влади і місцевого самоврядування або посадових осіб у створення і внутрішню діяльність об'єднань громадян чи їх органів, за винятком випадків, передбачених законом; заборони обмеження прав і свобод або надання державою будь-яких пільг і переваг у зв'язку із належністю чи неналежністю до певного об'єднання громадян; заборони утворення і діяльності об'єднань громадян, якщо їх програмні цілі і дії спрямовані на зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, підрив безпеки держави, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, розпалювання міжетнічної, расової чи релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, посягання на здоров'я населення тощо; діяльність об'єднання громадян може бути заборонена лише за рішенням суду.

**Суспільна небезпека** аналізованого злочину полягає у порушенні конституційних засад, на яких будується діяльність політичних партій та громадських організацій, а також порушенні прав громадян, які входять до зазначених об'єднань. Злочином порушуються основоположні принципи функціонування механізму захисту громадянами своїх прав, свобод і законних інтересів у економічній, політичній, соціальній та культурній сферах життя суспільства<sup>130</sup>.

<sup>130</sup> Слід зазначити, що деякі вчені указують на необхідність декриміналізації діяння, передбаченого ст. 170 КК. Так, М.І. Хавронюк вважає, що ст. 170 містить надто загальний склад злочину. З метою вдосконалення цієї норми, як один із варіантів, цей автор пропонує включити до складу передбаченого нею злочину певні криміноутворюючі ознаки (вони можуть стосуватися певних наслідків діяння, способу його вчинення тощо). Доки цього не буде зроблено, до осіб, які вчинили цей злочин, доцільно, на його думку, застосовувати положення ч. 2 ст. 11 або ст. ст. 47-48 КК. Другим варіантом вирішення долі цієї статті правознавець називає виключення її із КК. С.Я. Лихова також говорить про необхідність декриміналізувати вказане діяння, передбачивши за нього адміністративну відповідальність. При цьому вона згадує і міжнародний досвід: у КК Республіки Білорусь в ст. 194 передбачена відповідальність за подібне діяння, але за умови, що воно потягло істотне порушення прав і законних інтересів громадян, а в КК РФ відповідальність за таке діяння взагалі не передбачена (Хавронюк М. Термінологічні вади нового Кримінального кодексу України // Підприємство, господарство і право. – 2002. – № 6. – С. 77-81; Лихова С. Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 154-156.).

На відміну від цієї позиції, В.С. Гуславський, аналізуючи названу статтю, навпаки, з огляду на «загальносвітові тенденції зрівняння прав сторін трудових відносин», говорить про необхідність «передбачити кримінальний захист також об'єднань роботодавців». Така необхідність, на думку автора, існує тому, що диспозиція ст. 170 є бланкетною, а сьогодні вже прийнятий Закон України «Про організації роботодавців»; до того ж, «в умовах політичної та економічної кризи в країні, для забезпечення стабільності трудових відносин, а

**Основним безпосереднім об'єктом** злочину є свобода асоціацій та встановлений чинним законодавством порядок діяльності професійних спілок, політичних партій й громадських організацій у різних сферах життя суспільства.

З **об'єктивної сторони** злочин може бути скоєний як шляхом дії, так і бездіяльності, що перешкоджають законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій або їх органів.

*Перешкоджання* законній діяльності об'єднань громадян або їх органів полягає у обмеженні можливості чи створенні неможливості реалізації ними своїх прав.

За змістом ст. 170 КК кримінально караним є перешкоджання саме законній діяльності об'єднань громадян. При цьому *законною* слід вважати діяльність, яка здійснюється відповідно до Конституції, міжнародних договорів і законів України. Крім того, слід мати на увазі, що згідно із Законом України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» прецеденти названого міжнародного органу також є джерелом права України. Враховуючи це, правовою підставою діяльності професійних спілок і громадських організацій можуть слугувати й рішення Європейського суду з прав людини<sup>131</sup>.

Не вважається злочиним вчинення *законних дій*<sup>132</sup>, у т.ч. перешкоджання *незаконній* діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій або їх органів, тобто такій, яка здійснюється з порушенням вимог чинного законодавства. Наприклад, не містять

також для уникнення зловживань при тлумаченні у правозастосовній практиці така додаткова вказівка не заважатиме» (Гуславський В.С. Кримінальна відповідальність в сфері праці: проблеми теорії і практики // Південноукраїнський юридичний часопис. – 2008. – № 4. – С. 58).

<sup>131</sup> На сьогоднішній день вже існує рішення Європейського суду з прав людини, яким визнано порушення Україною ст. 11 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод у частині необґрунтованого обмеження свободи асоціацій через відмову в реєстрації громадської організації, - це справа «Корецький та інші проти України» (рішення від 3 квітня 2008 р.). Хоча джерелом права є також і ті прецеденти Європейського суду з прав людини, які ухвалені у справах проти інших держав.

<sup>132</sup> Наприклад, слід визнати правильною та обґрунтованою постанову Київського районного суду м. Донецька, якою було скасовано постанову прокурора Київського району м. Донецька про порушення кримінальної справи за ст. 170 КК за фактом перешкоджання законній діяльності ГО «Спілка будівельників Донбасу» працівниками КП «Управління генерального плану м. Донецька» шляхом подання позову до Господарського суду Донецької області, оскільки звернення до суду є правом, гарантованим законодавством України (Ухвала Апеляційного суду Донецької області від 21 січня 2010 року [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/7654732>).

складу злочину, передбаченого ст. 170 КК, дії з притягнення до юридичної відповідальності членів політичної партії, які створили воєнізовані формування або здійснюють заходи, що за своїм характером є проявом розпалювання міжетнічної, расової, національної чи релігійної ворожнечі тощо.

При цьому слід враховувати, що перешкодження незаконній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій або їх органів виключає склад злочину лише за умови, коли особа, яка здійснює заходи з перешкодження, впевнена, що її діями створюється перешкода саме незаконній діяльності об'єднання громадян. Подальше визнання судом діяльності відповідного об'єднання громадян законним (тобто діяльності, яка помилково вважалася незаконною) не є підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності згідно зі ст. 170 КК.

Для визнання перешкодження законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій або їх органів злочином не обов'язково, щоб особа скоювала відповідні діяння систематично. Зазначені діяння можуть мати характер і одноразового акту. Наприклад, здійснення заходів з протидії проведенню страйку в певному органі державної влади чи місцевого самоврядування.

Перешкодження законній діяльності професійних спілок або їх органів може знаходити свій вияв у порушенні гарантій, які встановлені законом для працівників, обраних до профспілкових органів; створенні перешкод для об'єднання профспілок у асоціації; незаконному втручанні в організацію та порядок проведення зборів (конференцій) та інших заходів, які проводяться профспілками; примусовому розпуску, припиненні, а також забороні у позасудовому порядку діяльності професійних спілок; незаконному позбавленні профспілок належного їм майна; ненаданні або позбавленні професійних спілок приміщень, потрібних для розташування їх органів; безпідставному застосуванні адміністрацією підприємства, установи та організації заходів дисциплінарного впливу до працівників, які є членами профспілки (профорганізатора, профгрупорга, керівника профспілки тощо); встановленні переваг працівникам, які не є членами, або вийшли з профспілок; примушуванні працівників до вступу до профспілок з метою дискредитації останніх; використанні «адміністративного ресурсу» при обранні складу керівних органів профспілки; перешкодженні утворенню професійної спілки на підприємстві, на якому вона відсутня; безпідставних систематичних перевірок господарської діяльності професійних спілок з

боку контролюючих та правоохоронних органів; відключенні об'єктів, які належать чи у яких розташовуються органи професійних спілок від систем центрального опалювання, водопостачання, енергопостачання та інших систем тощо.

Скажімо, у судовій і слідчій практиці відомі такі випадки, коли ставилися питання про притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 170 КК:

- *голови правління відкритого акціонерного товариства, котрий не визнавав профспілковий комітет як громадську організацію, позбавив голову профспілкового комітету кабінету, службового телефону, можливості відвідувати виробничі приміщення, заборонив бухгалтерії стягувати внески з заробітної плати працівників товариства та перераховувати їх профспілковій організації, позбавив профспілкову організацію можливості здійснювати статутну діяльність*<sup>133</sup>;

- *охоронців, котрі не пропустили на підприємство групу членів профкому цього підприємства, які прибули для вивчення та вирішення питання щодо зміни істотних умов праці інженера технічного відділу управління комбінату – члена профспілкової організації підприємства, не дивлячись на те, що згідно з положеннями ст. 40 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» члени виборних органів профспілок, об'єднань профспілок, а також повноважні представники цих органів мають право безперешкодно відвідувати та оглядати місця роботи на підприємстві, в установі, організації, де працюють члени профспілок*<sup>134</sup>.

Перешкодження законній діяльності політичних партій (їх органів) може полягати у примусу, зокрема, за допомогою владних повноважень, до виходу з лав певної партії; втручанні органів державної влади або окремих посадових осіб у внутріпартійну діяльність; позасудовій забороні діяльності політичних партій; позбавленні опозиційних політичних партій або створенні їм перешкод у доступі до ЗМІ; безпідставному позбавленні політичних партій належного їм рухомого та нерухомого майна; незаконному притягненні їх керівників до кримінальної відповідальності з метою дезорганізації діяльності партії тощо.

<sup>133</sup> Ухвала Апеляційного суду Херсонської області від 11 березня 2008 року [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/3217705> (остаточне рішення у цій справі авторам підручника не відоме).

<sup>134</sup> Постанова Тернівського районного суду м. Кривий Ріг від 13 липня 2009 року [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/4956940> (остаточне рішення у цій справі авторам підручника не відоме).

До кримінально-караних випадків *перешкоджання законній діяльності громадських організацій або їх органів* слід відносити діяння, тотожні проявам перешкоджання діяльності професійних спілок та політичних партій тільки з урахуванням специфіки цього об'єднання громадян. На нашу думку, цей склад злочину охоплює також перешкоджання законній діяльності громадських організацій шляхом завідомо незаконної відмови в державній реєстрації чи створення інших перешкод для цього.

У випадку, якщо спосіб перешкоджання сам по собі є злочинним, тобто перешкоджання супроводжувалося заподіянням тяжких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, побоїв за кваліфікованих ознак, службовим підробленням, безпідставною невивплатою заробітної плати, завідомо незаконними затриманням, приводом або арештом, притягненням завідомо невинного до кримінальної відповідальності, захопленням громадських будівель чи споруд, незаконним перешкоджанням організації або проведенню зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій і т. ін., за наявності усіх необхідних ознак скоєне винним діяння слід кваліфікувати за сукупністю ст. 170 та, відповідно, ст. ст. 121, 122, ч. 2 ст. 126, 366, 175, 371, 372, 341, 340 КК тощо.

За умови, якщо перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій або їх органів було вчинене шляхом застосування насильства або погрози вбивством, заподіяння шкоди здоров'ю, знищенням або пошкодженням майна, а також викраденням або позбавленням волі щодо державних чи громадських діячів (зокрема керівника політичної партії), а також відносно їх близьких родичів у зв'язку з їх державною чи громадською діяльністю скоєне винним підлягає кваліфікації за сукупністю ст. 170 та ст. 346 КК. А у випадку посягання на життя зазначених державних або громадських діячів – за ст. ст. 170 й 112 КК.

Злочин, передбачений ст. 170 КК, за конструкцією складу є формальним. Моментом його закінчення визнається скоєння суспільно небезпечних діянь.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Змістом умислу є усвідомлення винним суспільно небезпечного характеру діяння, яке він скоює, і бажання досягнення мети – обмежити можливість чи створити неможливість реалізації об'єднанням громадян (або їх органами) належних йому прав.

За відсутності зазначеної спеціальної мети не має підстав для кваліфікації діянь винного за ст. 170 КК. Це може бути, наприклад: позбав-

лення осередку політичної партії приміщення у зв'язку із систематичною несплатою коштів на його утримання; безпідставне звільнення з роботи керівника профспілкового органу через особисті неприязні мотиви; притягнення до кримінальної відповідальності громадського діяча унаслідок оприлюднення останнім відомостей, що компрометують винну особу тощо. Такі дії винного можуть містити склад іншого злочину, зокрема, грубого порушення законодавства про працю (ст. 172 КК), притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності (ст. 372 КК) або взагалі утворювати склад адміністративного чи дисциплінарного правопорушення.

**Суб'єкт** злочину – загальний: фізична осудна особа, яка досягла шістнадцятирічного віку<sup>135</sup>. Іноді перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій або їх органів вчинюється службовими особами. За певних обставин кваліфікація їх дій можлива за ст. 364 або ст. 365 КК.

#### **Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів** (ст. 171 КК).

Конституція України гарантує кожному право на свободу слова та вираження своїх поглядів та переконань (ст. 34). Надаючи тлумачення ст. 10 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, яка захищає свободу вираження поглядів, Європейський суд з прав людини відзначає: «Преса відіграє дуже важливу роль у демократичному суспільстві. Хоча вона не може переходити певних меж, зокрема щодо репутації та прав інших, проте її обов'язком є поширювати в спосіб, сумісний з її обов'язками та відповідальністю, інформацію та ідеї з усіх питань, що становлять громадський інтерес... У преси є завдання їх поширювати, а у громадськості право їх отримувати. Якби було інакше,

<sup>135</sup> С.Я. Лихова вважає, що конструктивним недоліком цієї статті є те, що із її тексту не випливає, що суб'єктом злочину може бути службова особа, яка використовує владу або службове становище, хоча в санкції цієї статті як додаткове обов'язкове покарання передбачене позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Вона зазначає, що в КК 1960 р. була встановлена кримінальна відповідальність за порушення законодавства про об'єднання громадян (ст. 187-8 КК 1960 р.) і містилася ця стаття в главі IX Особливої частини «Злочини проти порядку управління». Суб'єктом цього злочину вважалася особа, яка керує або бере участь у незаконному об'єднанні громадян. Таким чином, вона робить висновок, що ст. 170 КК 2001 р. охороняє правовідносини, змістом яких є «реалізація конституційного права громадян на об'єднання від незаконних посягань з боку службових осіб, які, використовуючи свою владу або службові повноваження, перешкоджають діяльності вказаних громадських об'єднань» (Лихова С. Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 155).



преса не могла б виконувати свою роль «вартівного собаки демократії»...»<sup>136</sup>.

**Суспільна небезпека** перешкоджання законній професійній діяльності журналістів полягає у порушенні конституційного права громадян на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Злочином порушуються основоположні принципи інформаційних відносин, а саме: гарантованості права на інформацію; відкритості, доступності інформації та свободи її обміну; об'єктивності інформації; повноти та точності, законності одержання, використання, поширення та зберігання інформації. Стає можливим застосування цензури щодо інформації (тобто контролю за її ідеологічним змістом), що призводить до надання громадськості необ'єктивної інформації стосовно подій і фактів, які мали місце в дійсності. За скоєння злочину обмежується право громадян України, юридичних осіб і державних органів на оперативне одержання через ЗМІ публічно поширюваної інформації про діяльність державних органів і організацій, об'єднань громадян та їх посадових осіб, а також інших відомостей, необхідних для реалізації ними своїх прав, свобод і законних інтересів, здійснення їх завдань і функцій.

**Основним безпосереднім об'єктом** злочину є свобода вираження поглядів і порядок професійної діяльності журналістів<sup>137</sup>.

<sup>136</sup> Ukrainian Media Group v. Ukraine [Electronic Source] // European Court of Human Rights Portal. Mode of access: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=722307&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>.

<sup>137</sup> С.Я. Лихова звернула увагу на те, що Конституція України гарантує свободу вираження поглядів кожному, тоді як ст. 171 КК встановлює кримінальну відповідальність лише за порушення прав журналістів. При цьому вона переконана, що ст. 171 КК взагалі є прикладом надмірної криміналізації, адже диспозиція ст. 171 КК формально охоплює діяння, за які кримінальна відповідальність або не має бути передбачена взагалі (наприклад, цькування) або вже передбачена іншими статтями КК: «Діяння, кримінальна відповідальність за яке передбачена в ч. 2 ст. 171 КК України, полягає в альтернативних діях, одні з яких посягають на особу журналіста (наприклад, погрози, залякування, цькування, погроза вбивством тощо). Окремі з них входять в об'єктивну сторону складів злочинів проти життя і здоров'я. За такі діяння, як, наприклад, цькування, залякування – кримінальна відповідальність іншими статтями КК України не передбачена. Що стосується таких діянь як звільнення з роботи, позбавлення винагород тощо, то вони тягнуть за собою відповідальність за порушення трудових прав, а саме за ст. 172 КК України... Тобто самостійних ознак діяння, яке полягає в перешкодженні законній діяльності журналістів і за які слід було встановити кримінальну відповідальність, практично немає» (Лихова С. Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 113-115). Через кілька місяців після прийняття КК 2001 р. П.С. Берзін також висловлював сумніви щодо «належного функціонування» чинної редакції ст. 171 КК (Берзін П.С. Защита «истребителей танков» или

*Потерпілими* від перешкоджання законній професійній діяльності журналістів можуть бути професійні журналісти, тобто творчі працівники, які на професійній основі збирають, одержують, створюють і займаються підготовкою інформації для ЗМІ, виконують редакційно-посадові службові обов'язки у ЗМІ та діють на підставі трудових (у штаті чи на позаштатних засадах у відповідності з професійними найменуваннями посад журналіста, що визначаються відповідно державного класифікатору професій України) чи інших договірних відносин з його редакцією, або займаються такою діяльністю за її уповноваженням.

Потерпілими можуть бути особи, котрі є журналістами друкованих ЗМІ, телерадіожурналістами або журналістами інформаційного агентства<sup>138</sup>. Законодавче визначення цих понять міститься в ст. 25 Закону України «Про друковані засоби масової інформації», ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», ст. 21 Закону України «Про інформаційні агентства», ст. 1 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів».

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 171 КК, може вчинятися не тільки безпосередньо щодо журналістів, а й стосовно ЗМІ, що врешті-решт обмежує можливість чи створює неможливість виконання професійних обов'язків журналістами, які працюють у зазначеному ЗМІ (наприклад, незаконне позбавлення телеорганізації права користування певними частотами, призначеними для мовлення; незаконне анулювання свідоцтва про державну реєстрацію друкованого ЗМІ тощо).

Переслідування журналіста за виконання професійних обов'язків або за критику (ч. 2 ст. 171 КК) може бути вчинено лише щодо журналіста як фізичної особи.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у суспільно небезпечних діяннях (діях або бездіяльності), якими обмежується можливість або вза-

юридические «гарантии» независимой деятельности ответственных журналистов // Юридическая практика. – 2001. – № 46. – 14 ноября. – С. 9-10).

<sup>138</sup> Журналісти Інтернет-видань можуть бути потерпілими від цього злочину, якщо це видання здійснюється друкованим ЗМІ, телерадіоорганізацією або інформаційним агентством. Хоча це питання потребує подальшого дослідження, адже веб-журналістика стає все більш і більш популярним і вагомим напрямом журналістики. Детальніше про Інтернет-ЗМІ див., наприклад: Потятиник Б. Мережеві ЗМІ: прогноз розвитку // Теле- та радіожурналістика. – 2009. – Вип. 8. – С. 74-79; Красноступ Г. Правове регулювання «Інтернет – засобів масової інформації» [Електронний ресурс] // Сайт «Міністерство юстиції України». – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/24640>; Гусейнова-Чекурда Р.З. Цензура як перешкода реалізації конституційного права на свободу слова (на прикладі електронних ЗМІ) // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 1. – С. 261-268.

галі створюється неможливість виконання журналістами їх професійних обов'язків. Формами злочину є:

1) перешкоджання законній професійній діяльності журналістів (ч. 1 ст. 171);

2) переслідування журналіста за виконання професійних обов'язків або за критику (ч. 2 ст. 171).

За змістом ст. 171 КК злочином визнається перешкоджання саме законній професійній діяльності журналістів, під якою розуміється діяльність журналістів у інформаційній сфері, що здійснюється у відповідності до вимог чинного законодавства. На сьогоднішній день основними нормативно-правовими актами, які так чи інакше регулюють суспільні відносини у галузі свободи вираження поглядів і журналістики, є, зокрема, ЦК, а також закони України від 2 жовтня 1992 року «Про інформацію», від 13 січня 2011 року «Про доступ до публічної інформації», від 23 вересня 1997 року «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації», від 16 листопада 1992 року «Про друковані засоби масової інформації», від 21 грудня 1993 року «Про телебачення і радіомовлення», від 28 лютого 1995 року «Про інформаційні агентства», від 23 вересня 1997 року «Про Національну раду України з питань телебачення і радіомовлення», від 23 вересня 1997 року «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів», від 20 листопада 2003 року «Про захист суспільної моралі».

Не містять складу зазначеного злочину законні дії, які певною мірою перешкоджають діяльності журналістів, або перешкоджання незаконній діяльності журналістів. Наприклад, не тягне кримінальної відповідальності: відмова впустити журналіста до приватного житла; відмова пропустити журналіста до певного приміщення без проходження без пекових процедур, якщо їх вимагає ситуація; законна відмова в наданні інформації з обмеженим доступом (таємну, конфіденційну чи службову) тощо.

Загалом чинне законодавство чимало положень, які передбачають можливість обмеження свободи журналістської діяльності. Зокрема, до журналістів слід застосовувати як загальні положення Конституції та міжнародних договорів України щодо свободи вираження поглядів, так і спеціальні норми, що регулюють окремі питання в цій сфері.

Перешкоджанням законній професійній діяльності журналістів необхідно вважати діяння (дії або бездіяльність), якими створюються перепони (обмеження, заборони) щодо реалізації журналістами наданих їм законодавчими актами

прав при здійсненні професійної діяльності<sup>139</sup>. Це може знаходити свій вияв у незаконному вилученні або знищенні тиражу чи його частини; здійсненні цензури; незаконна заборона випуску передачі в ефір; безпідставному позбавленні телерадіоорганізації ліцензії на право користування каналами мовлення; незаконному блокуванні приміщення, у якому розташований ЗМІ; незаконному накладенні арешту на основні та оборотні кошти, що належать ЗМІ, чи незаконному вилученні зазначених коштів; нанесенні журналісту чи працівнику, який виконує у ЗМІ редакційно-посадові службові обов'язки, побоїв чи умисних легких тілесних ушкоджень; залякування зазначених осіб шляхом погрози вбивством чи погрози знищення майна з метою спонукання їх до відмови від виконання своїх професійних обов'язків, зокрема від проведення журналістського розслідування тощо.

*14 березня 2007 року два журналіста Миколаївського кореспондентського пункту Національної телекомпанії України отримали інформацію, що в певному магазині продають спиртні напої особам, які не досягли 21 року. Виконуючи завдання редакції, ці журналісти у цьому магазині взяли інтерв'ю у продавця магазину, яке було знято на відеоплівку. Після цього до магазину ввійшов чоловік, котрий став вимагати віддати йому відеокасету із записом, а після відмови журналістів почав ображати одного з них брутальною лайкою, наносити удари йому по тулубу, а потім відібрав у нього відеокамеру «Панасонік» з відеокасетою та покинув місце події<sup>140</sup>.*

Якщо спосіб перешкоджання сам по собі є злочинним, то відповідне діяння слід кваліфікувати за сукупністю статей, якщо санкція відповідної статті (наприклад, ст.ст. 121, 122, 127, 194 КК та інші) є більш тяжкою, ніж ст. 171 КК. В іншому разі таке діяння необхідно кваліфікувати лише за ст. 171 КК (наприклад, у випадку перешкоджання законній діяльності журналіста, поєднаного із заподіянням легких тілесних ушкоджень), яка носить загальний характер і охоплює різні способи скоєння злочину.

Умисне позбавлення журналіста життя з метою перешкоджання здійсненню ним професійної діяльності, а так само з мотивів помсти у зв'язку з його діяльністю слід кваліфікувати за п. 8 ч. 2 ст. 115 КК.

<sup>139</sup> Вереша Р.В. Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів (коментар до ст. 171 КК України) // Вісник Академії адвокатури України. – 2009. – № 2. – С. 87.

<sup>140</sup> Ухвала Апеляційного суду Миколаївської області від 7 серпня 2007 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/2135012> (остаточне рішення у справі авторам підручника не відоме).

Неправомірною відмовою в наданні інформації, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, у випадках, коли така інформація підлягає наданню на запит громадянина чи юридичної особи відповідно до законів України «Про інформацію», «Про доступ до публічної інформації», «Про звернення громадян», «Про доступ до судових рішень» та «Про засади запобігання і протидії корупції», тягне за собою адміністративну відповідальність за ст. 121-3 КпАП.

*Переслідування журналіста за виконання професійних обов'язків або за критику* полягає у діях (які можуть мати характер як одноразового акту, так і послідовних, систематичних дій), спрямованих на заподіяння шкоди (матеріальної чи нематеріальної) журналісту як особистості за вже здійснені ним у рамках своєї професійної діяльності дії. Злочин у цій формі може знаходити вияв у фізичному та психічному впливі на потерпілого чи на близьких для нього осіб, знищенні належного їм майна, порушенні трудових прав тощо. На думку Т.О. Приступенко та І.С. Блохіна, ч. 2 ст. 171 КК охоплює також інші умисні дії, спрямовані на «ущемлення особистості» (наприклад, публічна образа, рекомендація не приймати особу на роботу, не надавати житло тощо)<sup>141</sup>.

Якщо вчинене діяння окрім ознак переслідування містить склад іншого злочину, усе скоєне винним підлягає кваліфікації за сукупністю ст. 171 та інших, наприклад, ст. ст. 172, 173, 175 КК тощо.

При цьому обов'язковою є наявність причинного зв'язку між виконанням журналістом своїх професійних обов'язків чи критикою і скоєнням протиправних діянь відносно його чи близьких для нього осіб.

Переслідування журналіста за виконання професійних обов'язків або за критику потрібно відрізнити від перешкоджання законній професійній діяльності журналістів. Критеріїв розмежування зазначених форм злочину декілька.

1). Переслідування завжди спрямоване на конкретного журналіста (журналістів). Перешкоджання ж може здійснюватись відносно певного ЗМІ, при цьому порушення прав журналістів відбувається через обмеження можливості чи створення неможливості роботи цього ЗМІ, тобто має опосередкований характер.

2). Перешкоджання виявляє собою діяння упереджувального характеру. Воно вчиняється або у випадку коли: а) журналіст (ЗМІ) тільки намагається одержати чи поширити певну інфор-

мацію, або – б) коли частина відомостей уже доведена до громадськості, а відносно іншої інформації здійснюються додаткові заходи зі збирання, зберігання й поширення, і при цьому винний не бажає, щоб журналіст (ЗМІ) у подальшому отримав й оприлюднив певні відомості (наприклад, публікація за результатами журналістського розслідування циклу статей, які викривають особу у скоєнні правопорушень).

При переслідуванні дії винного у часі вчиняються після здійснення журналістом дій у рамках своєї професійної діяльності і мають за мету або: а) помститися журналісту за його конкретні дії, або – б) спричинити шкоду (матеріальну чи нематеріальну) конкретному журналісту за його діяльність взагалі, навіть якщо публікації чи виступи цього журналіста не стосуються винного особисто.

3). Заходи з перешкоджання у більшості випадків у першу чергу спрямовані на недопущення оприлюднення певної інформації. Переслідування журналіста насамперед спрямоване проти журналіста як особистості, тобто має персональний характер.

У диспозиції ч. 2 ст. 171 КК чітко визначаються умови за яких переслідування є кримінально каранним: якщо воно було вчинене *службовою особою або групою осіб за попередньою змовою*<sup>142</sup>.

Злочин, визначений ч.ч. 1 та 2 ст. 171 КК, за конструкцією є формальним. Моментом його закінчення слід визнавати скоєння винним суспільно небезпечних дій.

**Суб'єктивна сторона** злочину знаходить свій вияв у умисній формі вини, вид умислу прямий. Змістом умислу є усвідомлення винною особою суспільно небезпечного характеру свого діяння і бажання обмежити можливість чи створити неможливість здійснення журналістами чи певними ЗМІ своєї професійної законної діяльності (ч. 1 ст. 171 КК), або завдати шкоди, зокрема, нематеріальної, конкретному журналісту за здійснювану ним професійну діяльність (ч. 2 ст. 171 КК).

Найбільше поширеними мотивами вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 171 КК, є особиста помста та бажання догодити особі, протиправна діяльність якої була викрита та доведена до відома громадськості певним журналістом.

**Суб'єкт** злочину – загальний: фізична осудна особа, яка досягла шістнадцятирічного віку.

Ч. 2 ст. 171 КК передбачає відповідальність за переслідування журналіста службовою осо-

<sup>141</sup> Приступенко Т.О., Блохіна І.С. Правові засади діяльності ЗМІ в Україні // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия: Филология. – Том 19 (58). – 2006. – № 5. – С. 78.

<sup>142</sup> Такий підхід законодавця є дещо дивним, адже переслідування однією людиною, котра не є службовою особою, може бути не менш суспільно небезпечним, ніж переслідування службовою особою або групою осіб за попередньою змовою.



бою, тобто якщо таке переслідування здійснювалось з використанням влади або наданих службовій особі повноважень.

Якщо внаслідок перешкоджання законній професійній діяльності журналіста чи переслідування останнього за професійну діяльність або за критику було заподіяно істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб чи тяжкі наслідки, скоєне винним підлягає кваліфікації за сукупністю статтями 171 та 364 КК.

#### 7.4. Злочини проти права на приватність

Ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод передбачає, що кожен має право на повагу до свого приватного та сімейного життя, до свого житла й кореспонденції. Конституція України містить три окремі статті. Ст. 30 Основного Закону гарантує кожному недоторканість житла; ст. 31 – таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції; ст. 32 забороняє втручатися в особисте й сімейне життя людей. Так само і в чинному КК є три окремі статті, які охороняють названі права, причому розміщені вони в такому ж порядку, як і в Конституції, щоправда перші дві статті («Порушення недоторканності житла» і «Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер») мають номери 162 і 163, а третя («Порушення недоторканності приватного життя») – аж 182<sup>143</sup>.

Всі ці три кримінально-правові норми охороняють різні аспекти приватності<sup>144</sup>, адже у кожної людини є своя автономна сфера, в яку ніхто не повинен втручатися.

На думку Р.О. Стефанчука, поняття «при-

<sup>143</sup> Таку логіку законодавця важко зрозуміти, адже всі ці три статті спрямовані на охорону права людини на приватність. Нариклад, в Росії аналогічні склади злочинів розміщені поряд, але в зворотному порядку (ст.ст. 137-139 КК РФ).

<sup>144</sup> Р. Романов називає чотири аспекти приватності: територіальну приватність (недоторканість житла), комунікаційну приватність (таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції), інформаційну приватність (заборона втручання в особисте й сімейне життя, заборона збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди) та фізичну приватності (заборона медичних, наукових чи інших дослідів без вільної згоди піддослідного тощо). Див.: Романов Р. Право на приватність в Україні [Електронний ресурс] // Права людини в Україні. Інформаційний портал Харківської правозахисної групи. – Режим доступу: <http://www.khpg.org/index.php?id=1129010107>.

ватність» слід розуміти як «соціальну цінність, яка охоплює всю приватну життєдіяльність людини, що зорганізується та здійснюється в сфері сімейних, побутових, особистих, інтимних та інших стосунків, що здійснюються в період, вивільнений від публічних субординаційних зобов'язань (трудових, службових, посадових, навчально-освітнянських, громадських тощо)» або як «особисте немайнове право фізичної особи, що забезпечує соціальне буття людини у сфері сімейних, побутових, особистих, інтимних та інших стосунків, можливість втручання в які визначається самою особою або рішенням суду, в передбачених законом випадках»<sup>145</sup>.

Отже, право на приватність передбачає:

- свободу від свавільного проникнення та обшуку житла;
- захист від незаконного перехоплення листування, телефонних розмов та комунікацій;
- захист від втручання в сімейне життя;
- захист персональних даних;
- захист від розголошення конфіденційної інформації про особу;
- доступ особи до інформації, яку збирають про неї державні органи;
- тощо<sup>146</sup>.

Слід зазначити, що кримінально-правова охорона приватності в Україні не обмежується трьома названими вище нормами. Зокрема, це право безпосередньо захищається також ст. 132 («Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної ін-

<sup>145</sup> Стефанчук Р.О. До питання забезпечення цивільно-правової охорони життя фізичної особи: досвід України та Німеччини // Університетські наукові записки. – 2005. – № 4 (16). – С. 69, 72. За спостереженням правознавця, історичним прототипом даного права є розроблене наприкінці XIX ст. науковцями С. Уореном і Л. Брендісом так зване «right of privacy», яке в момент його виникнення трактувалося як «право залишитись наодинці» (right to be alone), але в подальшому трансформувалося в більш загальну категорію (Там само. – С. 71; Warren S.D., Brandies L.B. The right to Privacy // Harvard Law Review. – Vol. IV. – December 15, 1890. – No. 5 – p. 193-220 [Electronic Source] // Abolish Alimony.org. – Mode of Access: <http://www.abolish-alimony.org/content/privacy/Right-to-Privacy-Brandeis-Warren-1890.pdf>).

<sup>146</sup> Р.О. Стефанчук пропонує власне бачення категорії «право на приватність». На його думку, це право має складатися з наступних компонентів: 1) можливість мати свої приватне життя; 2) можливість самому визначати свою приватну сферу життя; 3) можливість ознайомлення інших осіб із обставинами свого (приватного) особистого життя (можливість самостійно визначати коло осіб, котрі можуть володіти інформацією про її особисте життя); 4) можливість дозволяти чи забороняти втручатися у своє право на приватність, крім випадків передбачених законом; 5) можливість зберігати у таємниці обставини свого приватного життя; 6) можливість вимагати захисту права на приватність (Стефанчук Р.О. До питання забезпечення цивільно-правової охорони життя фізичної особи: досвід України та Німеччини // Університетські наукові записки. – 2005. – № 4 (16). – С. 72).

фекційної хвороби»), ст. 145 («Незаконне розголошення лікарської таємниці») та ст. 168 («Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)»)<sup>147</sup>. Втім, якщо остання, як і ст.ст. 162, 163, 182 КК, знаходиться в розділі V Особливої частини КК<sup>148</sup>, то перші дві чомусь опинилися в розділі II «Злочини проти життя та здоров'я особи», не дивлячись на те, що об'єктом злочину в них є не життя або здоров'я людини, а право на повагу до приватного життя.

Для прикладу, в КК Республіки Казахстан ст. 144 «Розголошення лікарської таємниці» знаходиться одразу після ст. 143 «Порушення таємниці листування, телефонних переговорів, поштових, телеграфних та інших повідомлень». У КК Республіки Вірменія ст. 145 «Розголошення лікарської таємниці», навпаки, розміщена перед ст. 146 «Порушення таємниці листування, телефонних переговорів, поштових, телеграфних та інших повідомлень». Але в обох кодексах ці норми знаходяться поряд з іншими статтями, які стосуються захисту приватності<sup>149</sup>.

Крім названих кримінально-правових заборон, у деяких країнах також передбачено кримінальну відповідальність за незаконну відмову посадової особи в наданні зібраних в установленому порядку документів чи матеріалів, які безпосередньо зачіпають права та законні інтереси особи, або надання їй неповної або навмисно спотвореної такої інформації, якщо це завдало шкоди правам і законним інтересам даної особи (ст. 140 КК Російської Федерації, ст. 204 КК Білорусі, ст. 148 КК Вірменії, ст. 138 КК Киргизької Республіки та ін.). Така норма, очевидно, спрямована на забезпечення особі можливості контролювати зміст інформації, яка знаходиться у володінні органів державної влади, органів місцевого самоврядування тощо і стосується її особисто. Це відкриває перспективи для проведення наукових досліджень питання про те, чи доцільно та необхідно криміналізувати відповідні діяння також і в Україні<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> О.І. Косаренко відносить до злочинів, пов'язаних з недоторканістю приватного життя, також порушення таємниці голосування (ст. 159 КК) (Косаренко О.І. Об'єкт і об'єктивна сторона правопорушень, пов'язаних з поширенням недобросовісної інформації // Вісник Академії адвокатури України. – 2011. – № 2. – С. 105).

<sup>148</sup> Слід зазначити, що об'єкт злочину, передбаченого ст. 168 КК, охороняє не право на приватність в цілому, а лише окремих аспектів сімейного життя – право на таємницю усиновлення (удочеріння). Тому розміщення цієї статті поряд із іншими нормами, що охороняють сімейні правовідносини та права неповнолітніх, є цілком виправданим і логічним.

<sup>149</sup> Ні в КК Республіки Казахстан, ні в КК Республіки Вірменія немає норми, аналогічної ст. 132 КК України. Немає такої норми і в КК Російської Федерації, Республіки Беларусь, Республіки Молдова, Киргизької Республіки.

<sup>150</sup> Про деякі інші аспекти міжнародного досвіду охоро-

**Порушення недоторканності житла** (ст. 162 КК).

Відповідно до ст. 30 Конституції України кожному гарантується недоторканність житла. Не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. Лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду і обшуку<sup>151</sup>.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є право людини на недоторканість житла чи іншого володіння.

Під *житлом* слід розуміти: 1) особистий будинок з усіма приміщеннями, які призначені для постійного чи тимчасового проживання в них, а також ті приміщення, які хоча й не призначені для постійного чи тимчасового проживання в них, але є складовою будинку; 2) будь-яке житлове приміщення, незалежно від форми власності, яке належить до житлового фонду і використовується для постійного або тимчасового проживання (будинки, квартири в будинку будь-якої форми власності, окрема кімната в квартирі тощо); 3) будь-яке інше приміщення або забудова, які не належать до житлового фонду, але пристосовані для тимчасового проживання (дача, садовий будинок тощо).

Під *іншим володінням* слід розуміти такі об'єкти (природного походження та штучно створені), які за своїми властивостями дають змогу туди проникнути і зберегти або приховати певні предмети (речі, цінності). Ними можуть бути, зокрема, земельна ділянка, сарай, гараж, інші господарські будівлі та інші будівлі побутового, виробничого та іншого призначення, камера сховища вокзалу (аеропорту), індивідуальний

рени права на приватність засобами кримінального права (Горпинюк О.П. Кримінально-правова охорона приватності в іноземних державах // Часопис Академії адвокатури України. – 2009. – № 5. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2009-4/09gorpid.pdf>; Жмур Ю. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканності житла в законодавстві про кримінальну відповідальність зарубіжних країн // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 2. – С. 118-121; Присяжнюк І. Особливості відповідальності за порушення недоторканності житла або іншого володіння особи за кримінальним законодавством окремих держав // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2011. – № 2. – С. 55-59).

<sup>151</sup> Про історичні аспекти розвитку кримінального законодавства з цього питання див.: Присяжнюк І. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканності житла або іншого володіння особи до проголошення Україною незалежності // Вісник прокуратури. – 2010. – № 5. – С. 101-107.

банківський сейф, автомобіль тощо<sup>152</sup>.

<sup>152</sup> Такі визначення понять «житло» та «інші володіння» надані в п. 11 Постанови Пленуму ВСУ від 28 березня 2008 р. № 2 «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і дозвального слідства».

Поряд із цим у постанові Пленуму зазначено таке: «Згідно з вимогами статті 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» судам необхідно враховувати, що відповідно до практики Європейського суду з прав людини поняття «житло» у п. 1 ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рим, 4.XI.1950) охоплює не лише житло фізичних осіб. Воно може поширюватися на офісні приміщення, які належать фізичним особам, а також офіси юридичних осіб, їх філій та інші приміщення». Це твердження стосується поняття «житло» у значенні, що використовується у п. 7 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», проте відкриває перспективи і для дискусії про можливість віднесення офісних приміщень до поняття «житло» в розумінні ст. 162 КК (про це зазначають також інші автори (наприклад: Горпинюк О.П. Стан дослідження проблеми кримінально-правової охорони приватності в юридичній літературі // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 4. – С. 203; Криушенко Л.І. Роль норм кримінального та цивільного права у частині охорони права на недоторканність житла // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 460 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11klindg.pdf>).

Для цього слід зрозуміти логіку Європейського суду з прав людини, який у справі «Німієц проти Німеччини» (рішення від 16.12.1992) зазначив наступне: «Що стосується слова «житло» («home» в англійському тексті [ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод]), Суд зазначає, що в деяких державах-учасниках, а саме в Німеччині..., воно поширюється на службові приміщення. Більше того, таке тлумачення повністю співзвучне французькому варіанту тексту [Конвенції], оскільки слово «domicile» має навіть ширше значення, ніж «home», і може поширюватися на діловий офіс типу адвокатського. ...Вести діяльність, яку можна віднести до професійної або ділової, можна з таким же успіхом і зі свого місця проживання, і навпаки, можна займатися справами, які не відносяться до професійної сфери, в офісі або комерційних службових приміщеннях. Вузьке тлумачення слів «home» і «domicile» може привести до такої ж небезпеки нерівності, як і вузьке розуміння «особистого життя»... Якщо говорити загалом, тлумачення слів «особисте життя» і «житло» як таких, що охоплюють деяку професійну та ділову активність або службові приміщення, було б більш співзвучне з предметом і метою статті 8 [Конвенції], а саме із захистом окремих осіб від свавільного втручання влади» (Niemietz v. Germany [Electronic Source] // European Court of Human Rights Portal. – Mode of access: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695764&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>). Щодо України аналогічне питання ставилося у справі «Пантелеєнко проти України» (рішення від 29.06.2006) (Panteleyenko v. Ukraine [Electronic Source] // European Court of Human Rights Portal. – Mode of access: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=806346&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>).

Про проблеми визначення понять «житло» та «інше володіння особи» в чинному законодавстві України див.: Салій П.І. З'ясування понять «житло» та «інше володіння особи» як об'єктів кримінально-правової охорони їх недоторканності // Юридична наука. – 2011. – № 4-5. – С. 164-169.

Про визначення поняття «житло» в КК деяких іноземних держав див.: Присяжнюк І. Особливості відповідальності за

**Об'єктивна сторона** злочину може виражатися у таких формах:

- 1) незаконне проникнення до житла чи до іншого володіння особи;
- 2) незаконне проведення огляду чи обшуку в житлі чи іншому володінні особи;
- 3) незаконне виселення із житла;
- 4) інші дії, що порушують недоторканність житла громадян.

*Проникнення до житла чи до іншого володіння особи*<sup>153</sup>, а так само й проведення в них огляду чи обшуку вважається **незаконним**, якщо ці дії вчинені всупереч волі його власника чи мешканця та/або здійснені без законних на те підстав чи з порушенням встановленої законом процедури. Не можна погодитися із твердженням, що порушення встановленого законом порядку проникнення у приміщення, яке належить на праві власності юридичній особі, не містить складу злочину, передбаченого ст. 162 КК<sup>154</sup>, оскільки під названі вище ознаки житла можуть підпадати й приміщення, які є власністю юридичних осіб.

Чинне законодавство передбачає, що конституційне право на недоторканість житла може бути обмежене під час проведення оперативно-розшукової діяльності, дізнання, досудового слідства та в деяких інших випадках. Підстави і порядок здійснення заходів, пов'язаних із тимчасовим обмеженням цього права, визначені Кримінальним процесуальним кодексом України, законами України від 18 лютого 1992 р. «Про оперативно-розшукову діяльність», від 20 грудня 1990 р. «Про міліцію», від 26 грудня 2002 р. «Про контррозвідувальну діяльність», постановою КМУ від 26 вересня 2007 р. № 1169 «Про затвердження Порядку отримання дозволу суду на здійснення заходів, які тимчасово обмежують права людини, та використання добутої інформації». Крім того, можливість і порядок примусового проникнення передбачені в ст. 311 ЦК, ст. 376 Цивільного процесуального кодексу, Рішенні Конституції порушення недоторканості житла або іншого володіння особи за кримінальним законодавством окремих зарубіжних держав // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2011. – № 2. – С. 55-59.

<sup>153</sup> Детальніше про цю форму об'єктивної сторони злочину див., зокрема: Присяжнюк І. Проникнення як суспільно небезпечна дія у складі злочину, передбаченого ст. 162 Кримінального кодексу України // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 4. – С. 49-54; Шелестюков В.Н. Содержание объективной стороны нарушения неприкосновенности жилища (ст. 139 УК РФ) // Уголовное право и современность: Межвузовский сборник научных трудов. – Вып. 9. – Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России, 2005. – С. 120-124.

<sup>154</sup> Кримінальний кодекс України.: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 2-ге вид., переробл. і доп. – Х.: Одиссей, 2004. – С. 447.



ційного Суду України від 31 травня 2011 року № 4-рп/2011 у справі за конституційним зверненням громадянки Сінюгіної Ірини Іванівни щодо офіційного тлумачення положень ч. 1 ст. 376 у взаємозв'язку зі статтями 151, 152, 153 Цивільного процесуального кодексу України, статтях 11, 15, 79 Закону України «Про виконавче провадження», ст. 17 Закону України «Про житлово-комунальні послуги».

Тепер розглянемо, в яких випадках *незаконним є виселення із житла*. Таким є виселення, що здійснене з порушенням встановленого законом порядку. Основним законодавчим актом, який регулює порядок виселення із житла, є Житловий кодекс, хоча деякі аспекти цієї процедури врегульовані також іншими законодавчими актами (наприклад, ст.ст. 311, 725, 826 ЦК, ст.ст. 39, 40 Закону України від 5 червня 2003 р «Про іпотеку», ст. 19 Закону України від 4 вересня 2008 року «Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитків», ст.ст. 15, 25, 78 Закону України від 21 квітня 1999 року «Про виконавче провадження»)<sup>155</sup>.

Відповідно до ст. 47 Конституції України ніхто не може бути *примусово позбавлений житла* інакше як на підставі закону за рішенням суду. Разом із тим сьогодні, крім судового, існують також позасудовий договірний і адміністративний порядки виселення.

Так, Законом України від 22 вересня 2011 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» було суттєво змінено положення Житлового кодексу, законів «Про банки і банківську діяльність» та «Про іпотеку». Зокрема, передбачено право кредитодавця (зокрема, банку) самостійно прийняти рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору. Згідно зі ст. 40 Закону України «Про іпотеку» після прийняття рішення про звернення стягнення на передані в іпотеку житловий будинок чи житлове приміщення шляхом позасудового врегулювання на підставі договору всі мешканці зобов'язані на письмову вимогу іпотекодержателя або нового власника добровільно звільнити житловий будинок чи житлове приміщення протягом одного місяця з дня отримання цієї вимоги. Якщо мешканці не звільняють житловий будинок або житлове приміщення у встановлений або інший погоджений сторонами строк добровільно, їх примусове виселення здійснюється на підставі рішення суду.

Виселення в адміністративному порядку допускається з санкції прокурора лише щодо осіб, які самоправно зайняли жиле приміщення або проживають у будинках, що загрожують обвалом (ст. 99, 109 Житлового кодексу).

*Іншими діями, що порушують недоторканість житла громадян*, можуть бути, наприклад, незаконне спостереження за тим, що відбувається в житлі людини (з використання певних технічних засобів чи без них), повне чи часткове руйнування будинку, приведення житла в непридатний для проживання стан, самовільне вселення до чужого житла, проведення незаконної виїмки в житлі тощо.

Не тягне кримінальної відповідальності самоправне зайняття жилого приміщення у будинках державного або громадського житлового фонду чи фонду житлово-будівельних кооперативів, якщо воно не було поєднане з порушенням недоторканості житла (зокрема, самоправне зайняття пустої квартири, в яку ніхто не заселявся чи давно покинуту). За такі дії передбачена адміністративна відповідальність відповідно до ст. 151 КпАП.

Кримінальна відповідальність за організацію масових заворушень, що супроводжувалися, серед іншого, насильницьким виселенням громадян; за крадіжку, грабіж та розбій, поєднані з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище; за незаконне заволодіння транспортним засобом, вчинене з проникненням у приміщення чи інше сховище, передбачена, відповідно, ст. 294, ч. 3 ст. 185, ч. 3 ст. 186, ч. 3 ст. 187, ч. 2 ст. 289 КК. Скоєння цих дій не потребує додаткової кваліфікації за ст. 162 КК.

Склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 162 КК, є формальним, а злочин вважається закінченим з моменту вчинення відповідних дій.

**Суб'єкт** злочину – загальний: це – будь-яка фізична особа, котра досягла 16-річного віку.

**Суб'єктивна сторона** характеризується прямим умислом. Винний має усвідомлювати, що своїми діями він незаконно порушує недоторканість житла, та бажає вчинити їх. Не можна вважати умисним порушенням недоторканості житла, наприклад, якщо перехожий випадково побачив те, що відбувається в квартирі чи будинку через відкриті вікна (але, якщо потім він розповідає іншим про те, що побачив, за наявності всіх необхідних ознак, його дії можуть бути кваліфіковані за ст. 182 КК).

Дії, передбачені ч. 1 ст. 162 КК, вчинені службовою особою або із застосуванням насильства чи з погрозою його застосування, утворюють **кваліфікований склад** злочину відповідно до ч. 2 цієї статті.

Під *насильством* розуміється як фізичне

<sup>155</sup> Про проблеми законодавчої регламентації питань виселення з житла див.: Протас А.М. Проблематика правового регулювання виселення з житла за житловим законодавством // Право і суспільство. – 2010. – № 3. – С. 84-87.

наси́льство (нанесення ударів, побоїв, тілесних ушкоджень, вбивство), так і психічне насильство (погроза застосування насильства до потерпілого чи його близьких тощо, яка сприймається потерпілим як реальна). Насильство може застосовуватися під час проникнення до житла чи іншого володіння, під час перебування в житлі, чи під час видворення з житла, у т. ч. й поза межами житла, але при цьому застосування насильства має бути безпосередньо пов'язане із порушенням недоторканості житла (в іншому випадку матиме місце реальна сукупність злочинів). Застосування насильства, поєднане із заподіянням тяжкого тілесного ушкодження чи смерті, слід кваліфікувати за сукупністю статей 162 і ст. 121 або ст.ст. 115, 119 КК.

Діяння винної особи підлягають кваліфікації за ч. 2 ст. 162 КК, лише якщо вона діяла саме як службова особа. Будь-які інші дії службової особи, що порушують недоторканість житла, але безпосередньо не пов'язані з її службовим становищем, слід кваліфікувати за ч. 1 розглянутої статті.

**Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер (ст. 163 КК).**

Відповідно до ст. 31 Конституції України кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є конституційне право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції<sup>156</sup>.

<sup>156</sup> Досить спірно видається позиція Д.Ю. Кондратова, М.І. Мельника та І.О. Зінченко, згідно з якою предметом злочину є тільки відомості, які є особистою таємницею громадян (Кондратов Д.Ю. Порушення таємниці кореспонденції (коментар до статті 163 КК України) // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 48. [Електронний ресурс] // Сайт «Національна бібліотека України імені В.І. Вернадського». – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc\\_gum/vkhnubs/2010\\_48/48/10.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/vkhnubs/2010_48/48/10.pdf); Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 423; Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 136).

На нашу думку, оскільки право на приватність передбачає можливість людини самій визначати, яка інформація, що стосується її особистого чи сімейного життя, має бути таємною, а яка – ні, то правові норми, спрямовані на захист права на таємницю листування, телефонних розмов та іншої кореспонденції, мають носити, в першу чергу, процедурний характер, гарантуючи, що жодна кореспонденція особи не може переглядатися будь-ким без її згоди або без інших законних підстав. Таким чином, таємницю листування, телефонних розмов та іншої кореспонденції слід визначати за зовнішніми ознаками: такі комунікації вважаються таємними до тих пір, поки відповідна особа сама прямо не заявить або

**Об'єктивну сторону** злочину становить порушення таємниці: 1) листування, 2) телефонних розмов, 3) телеграфної кореспонденції, 4) іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер.

Слід погодитися з позицією П.С. Матишевського, згідно з якою *порушення таємниці листування* – це дії, пов'язані з ознайомленням особи, яка не мала не це права, зі змістом чужого листування, з незаконним розголошенням змісту такої кореспонденції без згоди громадянина, який написав чи отримав лист (повідомлення), або з розголошенням самого факту листування між певними громадянами чи між певним громадянином і організацією, підприємством чи установою<sup>157</sup>. При цьому поняттям листування охоплюються будь-які види кореспонденції, що передається поштою: письмова кореспонденція (прості та рекомендовані листи, поштові картки, бандеролі, секограми та дрібні пакети) та інші поштові відправлення, передбачені Законом

іншою своєю поведінкою не дасть однозначно зрозуміти зворотне. Іншими словами, порушення таємниці листування, телефонних розмов чи іншої кореспонденції матиме місце навіть у тому випадку, коли зміст таких комунікацій особи фактично не становив ніякої таємниці, проте ця особа ніяким чином не виражала свого дозволу іншим особам знайомитися із цією інформацією. Причому порушення недоторканості кореспонденції можливе, скажімо, у випадку відправлення листа службовою особою з робочої адреси, якщо такий лист містить ознаки приватної кореспонденції (наприклад, якщо керівник установи, організації, підприємства надав канцелярії для відправлення заклейшеного конверта, адресований приватній особі, тощо). У той же час перегляд чи розголошення змісту кореспонденції, що має явні зовнішні ознаки службового листування, не утворює складу злочину, передбаченого ст. 183 КК, хоча за наявності всіх необхідних ознак може тягти кримінальну відповідальність за іншими статтями КК (наприклад, ст. 111 «Державна зрада», ст. 114 «Шпигунство», ст. 231 «Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю», ст. 232 «Розголошення комерційної або банківської таємниці», ст. 328 «Розголошення державної таємниці», ст. 330 «Передача або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка знаходиться у володінні держави», ст. 422 «Розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, або втрата документів чи матеріалів, що містять такі відомості»). Слід також мати на увазі, що до таємниці листування відноситься не тільки та інформація, яка становить зміст листування, телефонних розмов чи іншої кореспонденції, але й інформація щодо зовнішніх характеристик таких комунікацій, наприклад, щодо періодичності листування чи телефонних розмов, адресатів надісланої кореспонденції тощо. Хоча деякі вчені з такою точкою зору не погоджуються (див., наприклад: Лихова С.Я. Кримінальна відповідальність за порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передається засобами зв'язку чи через комп'ютер (проблеми вдосконалення) // Конкуренція. – 2005. [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://www.kmu.gov.ua/amc/control/uk/publish/article?showHidden=1&art\\_id=43791&cat\\_id=47050&ctime=1202719719427](http://www.kmu.gov.ua/amc/control/uk/publish/article?showHidden=1&art_id=43791&cat_id=47050&ctime=1202719719427).

<sup>157</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 2-ге вид., перероб. і доп. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2002. – С. 334.

України від 4 жовтня 2001 року «Про поштовий зв'язок».

Наприклад, порушенням таємниці листування буде розголошення працівником пошти сторонній особі (стороннім особам) факту листування між певними особами, відкриття та ознайомлення із тестом листа, а так само передання листа для ознайомлення іншій особі<sup>158</sup>. Проте знищення листа не містить ознак злочину, передбаченого ст. 163 КК, хоча за певних умов може утворювати склад злочину, передбаченого ст. 182 КК.

*Порушення таємниці телефонних розмов, телеграфної кореспонденції чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер*, полягає у вчиненні дій, аналогічних порушенню таємниці листування, але з урахуванням специфіки відповідного виду комунікації.

Так, *порушення таємниці телефонних розмов* охоплює не тільки їх незаконне прослуховування чи фіксування, але й незаконне надання чи одержання інформації про телефонні розмови, які відбулися, про абонентів розмов, про час і тривалості розмов тощо<sup>159</sup>.

Поняття «*інша кореспонденція, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер*» охоплює всі інші види повідомлень чи комунікацій, які можуть бути передані через будь-які технічні засоби (факс, телетайп тощо) або через комп'ютер (локальну мережу, Інтернет тощо). Це можуть бути факсимільні повідомлення, sms, mms, голосова пошта, повідомлення електронної пошти, повідомлення, відправлені через комп'ютерні програми миттєвого обміну повідомленнями (ICQ, Windows Live Messenger (MSN Messenger), AOL Instant Messenger, Yahoo! Messenger, XMPP-клієнти, Skype, QIP, Miranda IM, IRC, Spicebird, Mail.Ru Агент та інші), *приватні* повідомлення, відправлені через соціальні мережі (vkontakte.ru, odnoklassniki.ru, facebook.com, myspace.com, hr-activists.net тощо) чи інші Інтернет-сайти або форуми тощо.

На думку В.В. Давиденка, якщо при порушенні таємниці кореспонденції, що передається через комп'ютер, особа не порушила режиму функціонування комп'ютерної мережі і отримала

<sup>158</sup> Статут про дисциплінарну відповідальність працівників зв'язку, затверджений постановою КМУ від 30 липня 1996 року № 877, визначає, що працівник зв'язку зобов'язаний, окрім іншого, суворо берегти таємницю листування, телефонних розмов, телеграфних та інших повідомлень, що передаються засобами зв'язку.

<sup>159</sup> Такий підхід узгоджується з позицією Пленуму ВСУ висловленою ним щодо поняття «контроль за телефонними розмовами» у постанові від 28 березня 2008 року № 2 «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативного-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства».

доступ до електронної кореспонденції, наприклад, шляхом використання логіну та паролю, який належить адресату чи відправнику, додаткова кваліфікація цих діянь за ст. 361 КК не потрібна. Проте у випадках, коли особа отримує доступ до електронної кореспонденції шляхом несанкціонованого втручання в роботу комп'ютерної мережі, додаткова кваліфікація за ст. 361 КК є необхідною<sup>160</sup>.

Відповідно до ст. 306 ЦК фізична особа має право на таємницю листування, телеграм, телефонних розмов, телеграфних повідомлень та інших видів кореспонденції. При цьому листи, телеграми тощо є власністю адресата. Листи, телеграми та інші види кореспонденції можуть використовуватися, зокрема шляхом опублікування, лише за згодою особи, яка направила їх, та адресата. Якщо кореспонденція стосується особистого життя іншої фізичної особи, для її використання, зокрема шляхом опублікування, потрібна згода цієї особи. У разі смерті фізичної особи, яка направила кореспонденцію, і адресата використання кореспонденції, зокрема шляхом її опублікування, можливе лише за згодою їхніх дітей, вдови (вдівця), а якщо їх немає, - батьків, братів та сестер. У разі смерті фізичної особи, яка направила кореспонденцію, і адресата, а також у разі смерті їхніх дітей, вдови (вдівця), батьків, братів та сестер кореспонденція, яка має наукову, художню, історичну цінність, може бути опублікована в порядку, встановленому законом. Кореспонденція, яка стосується фізичної особи, може бути долучена до судової справи лише у разі, якщо в ній містяться докази, що мають значення для вирішення справи. Інформація, яка міститься в такій кореспонденції, не підлягає розголошенню.

Винятки із загальної заборони порушувати таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, як випливає з тексту ст. 31 Конституції України, можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> Давиденко В.В. Проблеми кримінально-правової кваліфікації порушення таємниці кореспонденції, що передається через комп'ютер // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. - 2007. - № 2. - С. 148.

<sup>161</sup> У цьому аспекті слід указати на певну недосконалість цієї конституційної норми, яку можна побачити на прикладі реальної життєвої ситуації. Так, при розгляді однієї із цивільних справ про повернення боргу за договором позики, відповідачем у справі як доказ суду був наданий телефон із СМС-повідомленням, яке нібито було направлено позивачем відповідачу і спростовувало певні обставини, на які посилався позивач у позовній заяві. Суд, прочитавши повідомлення, заслухавши пояснення позивача з цього приводу, який, у свою чергу повідомив, що не надсилав це СМС-



На сьогодні існує ціла низка випадків, коли назване право може бути тимчасово обмежене під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання, досудового слідства та відбування кримінального покарання. Так, відповідно до ст. 8 Закону України від 18 лютого 1992 року «Про оперативно-розшукову діяльність», ст. 7 Закону України від 26 грудня 2002 року «Про контррозвідувальну діяльність», за вмотивованим рішенням суду можуть бути застосовані такі обмеження: 1) зняття інформації з каналів зв'язку та застосування інших технічних засобів одержання інформації; 2) контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією. Відповідно до ст. 15 Закону України від 30 червня 1993 року «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» у боротьбі з організованою злочинністю спеціальним підрозділам органів внутрішніх справ і Служби безпеки України надається право за попередньою санкцією прокурора використовувати спеціальні технічні засоби у випадку «фіксації та документування факту телефонної розмови між громадянами, надсилання листа або телеграфного повідомлення, без порушення таємниці змісту телефонної розмови, листа або телеграфного повідомлення»<sup>162</sup>. Ст. 5 Закону України від 20 березня 2003 року «Про боротьбу з тероризмом» містить загальну вказівку на те, що Служба безпеки України провадить у межах визначених чинним законодавством повноважень виключно з метою отримання упереджувальної інформації у разі загрози вчинення терористичного акту або при проведенні антитерористичної операції оперативно-технічні пошукові заходи у системах і каналах телекомунікацій, які можуть використовуватися терористами. Згідно із ст.ст. 7, 13 Закону України від

повідомлення, вирішив, що такий доказ є неналежним і за власною ініціативою постановив ухвалу про направлення запиту в компанію-оператор мобільного зв'язку з метою отримання тексту та з'ясування, чи направлялося таке СМС-повідомлення із одного номера на інший. І от саме з цього моменту, зазначає Є. Кіріченко, котрий наводить цей приклад, постає питання: «А чи повинен оператор мобільного зв'язку надавати таку інформацію на запит суду?», адже в ст. 31 Конституції України говориться, що обмежити таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції може лише суд «...під час розслідування кримінальної справи», а в нашому випадку справа була цивільною (Кіріченко Є. Деякі проблемні аспекти дотримання таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції [Електронний ресурс] // Юрконсультація.com.ua. – Режим доступу: <http://www.юрконсультація.com.ua/yuridichna-analitika/324-taemnicelistuvannia.html>).

<sup>162</sup> На нашу думку, в частині, що передбачає надання санкції прокурором, а не судом, ця норма є застарілою та суперечить Конституції України, адже закон необґрунтовано звужує конституційні гарантії таємниці листування, телефонних розмов чи іншої кореспонденції до таємниці змісту телефонної розмови, листа або телеграфного повідомлення.

30 червня 1993 року «Про попереднє ув'язнення» листування осіб, щодо яких як запобіжний захід обрано взяття під варту або до яких застосовано тимчасовий чи екстрадиційний арешт. Кореспонденція засуджених осіб підлягає перегляду на підставі та в порядку, передбачених ст. 113 КВК.

При з'ясуванні питання про законність обмеження права на таємницю кореспонденції слід враховувати також прецеденти Європейського суду з прав людини, в яких тлумачаться відповідні положення ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

**Кваліфікуючі ознаки** передбачені в ч. 2 ст. 163 КК, яка встановлює відповідальність за «ті самі дії, вчинені щодо державних чи громадських діячів<sup>163</sup> або вчинені службовою особою, або з використанням спеціальних засобів, призначених для негласного зняття інформації».

*Спеціальні засоби, призначених для негласного зняття інформації*, – це будь-які технічні засоби, устаткування, апаратура, прилади, пристрої, препарати та інші вироби, спеціально створені, розроблені, модернізовані, запрограмовані чи пристосовані для виконання завдань з негласного (таємного) отримання інформації (наприклад, шляхом фіксації аудіоінформації, візуального спостереження, прослуховування телефонних розмов, перехоплення інформації з технічних каналів зв'язку тощо). Незаконне використання таких засобів, поєднане з порушенням таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, охоплюється ч. 2 ст. 163 і не потребує додаткової кваліфікації за ч. 1 ст. 359, але за наявності кваліфікуючих обставин, передбачених ч. 2 ст. 359, це діяння кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 163 і ч. 2 ст. 359.

**Суб'єкт** злочину є загальним, але вчинення його службовою особою, як уже було зазначено, утворює кваліфікований склад злочину.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Винна особа має усвідомлювати, що своїми діями вона порушує таємницю чужої кореспонденції чи телефонних розмов, що ці дії є протиправними, та бажає їх вчинити. Мотиви злочину на кваліфікацію не впливають.

### **Порушення недоторканності приватного життя (ст. 182 КК).**

Відповідно до ст. 32 Конституції України ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її зго-

<sup>163</sup> Про поняття «державний чи громадський діяч» див. главу 3 цього підручника.

ди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

**Основним безпосереднім об'єктом** злочину є право особи на повагу до його приватного життя<sup>164</sup>.

*Предметом* злочину, передбаченого ст. 182 КК, є *конфіденційна інформація про особу*.

*Інформація про фізичну особу (персональні дані)* – це відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована (ст. 11 Закону України «Про інформацію»). Інакше кажучи, персональна інформація – це будь-яка інформація, що стосується певної конкретної людини, особистість якої вже відома або може бути з'ясована із сукупності наданих відомостей.

Закон України «Про інформацію» відносить до конфіденційної інформації про фізичну особу, зокрема, дані про її національність, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також адреса, дата і місце народження. Проте цей перелік не можна вважати вичерпним. Конфіденційною є будь-яка персональна інформація, яку відповідна особа не бажає розголошувати. Втім із цього правила є виключення.

Зокрема, при визначенні обсягу та змісту конфіденційної інформації про особу, що охороняється законом, слід брати до уваги стандарт, сформульований Європейським судом з прав людини. Справа в тому, що право на приватність завжди протиставиться свободі вираження поглядів: чим ширший обсяг першого, тим вужчим є обсяг другої та навпаки. Як зазначив Суд у справі «Принцеса фон Ганновер проти Німеччини», при визначенні меж втручання в право на повагу до приватного і сімейного життя, гарантованого ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, «*слід звертати особливу увагу на пошук справедливого балансу між інтересами окремої приватної особи та суспільства в цілому ... Захист приватного життя необхідно співвідносити із свободою вираження поглядів, гарантованої статтею 10 Конвенції. У зв'язку з цим Суд ще раз наголошує, що свобода вираження являє собою одну з основних підвалин демократичного суспільства. За умови дотримання вимог пункту 2 статті 10 [Конвенції], вона застосовується не тільки по відношенню до «інформації» або «ідей», які сприятливо сприймаються в суспільстві або розглядаються як необразливі чи не гідні уваги, але*

<sup>164</sup> Про аналіз об'єкта цього злочину див., зокрема: Мельник П.В. Дуда Р.І. Конституційне право на недоторканість особистого життя як об'єкт злочину, передбаченого статтею 182 Кримінального кодексу України // Університетські наукові записки. – 2011. – № 3. – С. 168-172.

*також і щодо тих, які шокують, ображають або викликають занепокоєння у держави або частини населення. Такими є вимоги плюралізму, толерантності і лібералізму, без яких немає «демократичного суспільства»... У справах, при розгляді яких Суду доводилося займатися пошуком рівноваги захисту приватного життя та свободи висловлювання, він завжди акцентував увагу на тому вкладі, який фотографії чи статті в пресі вносять до обговорення суспільно-значущих питань... Так, в одній із справ Суд визнав, що вживання певних висловів щодо приватного життя певної особи не було «виправдано міркуваннями громадського інтересу», і що ці висловлювання не «мали відношення до питань загальної значущості»... Проте в іншій справі Суд надав особливого значення тій обставині, що предметом розгляду є повідомлення «великої суспільної значущості», і що опубліковані фотографії «не розкривають жодних подробиць приватного життя» особи, про яку йде мова... Аналогічним чином, у недавно розглянутій справі про публікацію колишнім приватним доктором президента Міттерана книги з одкровеннями про стан здоров'я президента, Суд дійшов висновку, що «чим більше проходить часу, тим більшою мірою суспільний інтерес до особи колишнього президента Міттерана, котрий правив протягом двох семирічних термінів, бере верх над вимогами захисту його прав щодо конфіденційного характеру історії його хвороби»...<sup>165</sup>.*

Таким чином, конфіденційна інформація про особу має відповідати таким критеріям:

- вона має стосуватися фактів особистого чи сімейного життя конкретної особи, яка вже **відома чи особистість якої можна визначити**<sup>166</sup>;

<sup>165</sup> Case of Von Hannover v. Germany [Electronic Source] // European Court of Human Rights Portal. Mode of access: <http://cmiskp.echr.coe.int////tkp197/viewhbkkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=27753&sessionId=80316560&skin=hudoc-en&attachment=true>. У цій справі, до речі, Суд визнав порушенням права Принцеси Кароліни фон Ганновер на приватне життя фотографування і розповсюдження її фотографій в різних табloidних німецьких виданнях. Не дивлячись на те, що Принцеса є публічною фігурою, Європейський суд з прав людини зазначив, що публікації різних фотографій з її повсякденного життя взагалі не робили ніякого внеску в суспільну дискусію. Ці фотографії жодним чином не стосувалися її публічних функцій, а просто розповідали про її приватне життя. Суд також відхилив аргумент про важливість комерційної мети для ЗМІ при розповсюдженні цих фотографій, оскільки він не може слугувати належною підставою для обмеження права на приватність. Крім цього, Суд підтвердив, що навіть у публічних місцях публічна фігура може очікувати певного рівня приватності.

<sup>166</sup> Інформація, незаконні дії з якою тягнуть кримінальну відповідальність відповідно до ст. 182 КК, має бути правдивою та відображати реальні факти приватного життя особи. Цим порушення недоторканості приватного життя відрізняється від наклепу (поширення завідомо неправдивих вигадок, що ганьблять іншу особу), який був передбаче-

- особа не бажає розголошення цієї інформації;

- ця інформація є об'єктивно таємною (невідомою іншим особам з можливими виключеннями)<sup>167</sup>;

- ця інформація не становить суспільного інтересу (з'ясувати чи становить певна інформація про особу публічний інтерес необхідно в кожному конкретному випадку окремо)<sup>168</sup>.

Саме щодо такої інформації існує заборона збирання, зберігання, використання та поширення без згоди особи, крім випадків коли ця інформація має бути розголошена на підставі закону в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та захисту прав людини.

До переліку зазначених відомостей слід відносити дані про приватне життя особи, що становлять її особисту чи сімейну таємницю. А саме: про національність, освіту, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, приватні справи, сімейні стосунки, стосунки з іншими людьми, інтимне життя (в т.ч. про позашлюбні інтимні стосунки), дітей, народжених поза шлюбом, соціальне походження, майновий стан (зокрема про наявність тієї чи іншої власності) тощо.

Відомості, які є конфіденційною інформацією, повинні бути достовірними, а не вигаданими. Свідоме поширення недостовірної інформації про особу не містить ознак складу злочину, передбаченого ст. 182 КК. Не охоплюються ознаками конфіденційної інформації відомості про скоєння особою злочину.

**Об'єктивна сторона** злочину<sup>169</sup> полягає у ній ст. 125 КК 1960 р., але із прийняттям нового КК 2001 р. був декриміналізований. Хоча окремі вчені наполягають на необхідності повторної криміналізації цього діяння. Так, О.М. Храмцов пропонує ввести до чинного КК статтю, яка б забороняла дифамацію, та була б спеціальною по відношенню до ст. 182 КК (Храмцов О.М. Про співвідношення злочину, передбаченого статтею 182 КК України, і інституту дифамації як суспільно небезпечного діяння проти честі та гідності людини // Право і безпека. – 2004. – № 3'1. – С. 174-177).

<sup>167</sup> А.П. Брич піддає критиці підхід вчених, котрі при визначенні поняття «конфіденційна інформація про особу» застосовують суто суб'єктивний критерій (конфіденційною є та інформація, яку не бажає розголошувати особа). На її думку, конфіденційною є інформація: 1) про факти, які мали місце в реальній дійсності (тобто не бути лише оціночними судженнями), 2) розповсюджувана інформація має бути об'єктивно таємною, нікому не відомою; 3) особа не дає згоди на поширення цієї інформації (Брич А.П. Обмеження у кримінальному праві України права громадян на поширення інформації // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2007. – Вип. 45. – С. 136-137).

<sup>168</sup> Про відкритість інформації про особу, що становить суспільний інтерес, пишуть багато вчених. Див., наприклад: Потехін Д. Інформація про кандидатів – суворо конфіденційна, або чи є виборець суб'єктом виборчого процесу? // Дзеркало тижня. – 2006. – 11 березня. – № 9.

<sup>169</sup> Законом України від 2 червня 2011 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення законодавства про захист

діях, які спрямовані на порушення недоторканості приватного життя і знаходять свій вияв у незаконному втручанні в особисте чи сімейне життя громадянина шляхом:

1) незаконного збирання конфіденційної інформації про особу;

2) незаконного зберігання конфіденційної інформації про особу;

3) незаконного використання конфіденційної інформації про особу;

4) незаконного знищення конфіденційної інформації про особу;

5) незаконного поширення конфіденційної інформації про особу;

6) незаконної зміни конфіденційної інформації про особу.

Названі дії утворюють склад злочину, передбаченого ст. 182 КК, тільки якщо вони не охоплюються іншим складом злочину, зокрема, передбаченого ст.ст. 132, 145, 159 або 168 КК.

Збирання конфіденційної інформації про особу полягає в активних діях, спрямованих на отримання інформації відносно особистого чи сімейного життя людини особою, яка не має законних підстав для ознайомлення з відповідними відомостями<sup>170</sup>.

Для кваліфікації збирання конфіденційної інформації за ст. 182 КК не має значення законним чи незаконним був сам спосіб отримання відповідної інформації. Ознаками збирання охоплюються викрадення документів чи магнітних носіїв, на яких міститься конфіденційна інформація про особу; оплатне придбання або безоплатне отримання відповідної інформації від осіб, які за характером своєї діяльності чи родинних зв'язків наближені до потерпілого; отримання інформації в результаті таємного спостереження, незаконного огляду помешкання, кореспонденції, незаконного прослуховування тощо.

На думку І.О. Шевченка, важливою ознакою поняття «збирання інформації» є цілеспрямованість, яка виступає одним із важливих критеріїв розмежування злочину, який розглядається, та діянь, які не мають ознак суспільної небезпечності<sup>171</sup>. Із такою позицією можна погодитися, адже, як вірно зауважують інші російські науковці, «персональних даних» ст. 182 КК викладена в новій редакції, яка набуває чинності з 1 січня 2012 року.

<sup>170</sup> З.А. Папанова пропонує під збиранням розуміти вчинення дій з відшукування різними способами та з різноманітних джерел з подоланням перешкод, пов'язаних із прихованим характером відомостей про приватне життя особи, що складають його особисту чи сімейну таємницю, їх зосередження в одному місці (Папанова З.А. Способи порушення неприкосновенності частної життя // Юристы Правоведь. – 2007. – № 2. – С. 52).

<sup>171</sup> Шевченко І.А. Уголовно-правовая охрана неприкосновенности частной жизни: Дис. ... канд. юрид. наук. – Красноярск, 2006. – С. 103.



сивне отримання інформації про приватне життя іншої особи (випадкове ознайомлення особи з конфіденційною інформацією про громадянина) не охоплюється цією формою об'єктивної сторони та не тягне кримінальної відповідальності<sup>172</sup>, якщо лише така особа не вчинила інших незаконних із отриманою інформацією (наприклад, поширила отриману випадково конфіденційну інформацію про особу).

Якщо дії з незаконного збирання конфіденційної інформації про особу були поєднані з порушенням недоторканості житла, порушенням таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер, або були поєднані з незаконним використанням спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації чи вчиненням інших злочинів, то скоєне винним слід кваліфікувати за правилами сукупності злочинів (тобто за ст. ст. 182 та 162, 163, 359 КК тощо).

*Зберіганням* є незаконні дії зі збереження відповідної інформації в певному місці на будь-яких носіях (на папері, пергаменті, тканині тощо, носіях аудіо-, фото-, відео-, електронної інформації, чи на будь-яких інших матеріальних носіях інформації, а так само на віддаленому сервері в Інтернеті). Звичайно, не утворює складу злочину зберігання певної інформації у пам'яті людини.

*Використання* конфіденційної інформації про особу полягає у незаконному користуванні зазначеною інформацією на власний розсуд з метою будь-якою метою.

У більшості випадків використання відомостей про особисте та сімейне життя громадянина супроводжується пред'явленням останньому певних вимог. Наприклад, пред'явлення вимоги щодо передачі майна чи права на майно або вчинення будь-яких дій майнового характеру з погрозою розголошення конфіденційних відомостей, які потерпілий бажає зберегти в таємниці (вимагання); пред'явлення вимоги про зняття кандидатом у народні депутати України своєї кандидатури з балотування поєднане з погрозою поширення конфіденційних відомостей про нього (перешкоджання здійсненню виборчого права); примушування свідка до давання завідомо неправдивих показань поєднане з погрозою розголошення відомостей про його особисте чи сімейне життя, які цього свідка ганьблять (перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого чи експерта, примушування їх до відмови від да-

вання показань чи висновку) тощо. За зазначених обставин скоєне винним підлягає кваліфікації за сукупності ст. ст. 182 та 189, 157, 386 КК відповідно.

*Знищення* конфіденційної інформації про особу полягає у вчиненні незаконних дій, внаслідок яких відповідна інформації повністю або частково перестає існувати на матеріальних носіях. Це може виявитися як у знищенні чи істотному пошкодженні матеріальних носіїв інформації, так і у видаленні електронних файлів програмними засобами, якщо мова йде про інформацію, яка зберігається в електронному вигляді. При цьому для кваліфікації принципово важливим є суб'єктивне ставлення винної особи до своїх діянь: вона має *усвідомлювати*, що своїми діями вона незаконно і *безповоротно* знищує певну приватну інформацію іншої особи. Тому, скажімо, якщо потім з'ясується, що потерпілий мав копію цієї інформації, у зв'язку з чим вона не була фактично знищена, то це не впливатиме на кваліфікацію дій винного.

*Зміна* конфіденційної інформації про особу як форма злочину, передбаченого ст. 182 КК, полягає у вчиненні будь-яких дій, внаслідок яких така інформація спотворюється, стає неправдивою, викривленою. Це, може полягати, скажімо, у внесенні змін до особистих паперів чи комп'ютерних файлів людини, до певних офіційних документів тощо.

*Поширення* конфіденційної інформації про особу як форма злочину, передбаченого ст. 182 КК, – це незаконні дії, метою яких є доведення змісту відповідних відомостей про особисте чи сімейне життя особи без її згоди до відома інших людей (одного, кількох чи багатьох).

Дії особи з поширення конфіденційних відомостей про особу можуть знаходити свій вияв у повідомленні відповідної інформації під час приватної розмови іншій особі; розклеюванні листівок з конфіденційною інформацією на дошках для оголошень чи парканах; розсиланні листів, у яких міститься інформація конфіденційного характеру про громадянина певним групам адресатів; опублікуванні відомостей конфіденційного характеру у друкованих ЗМІ; повідомленні сторонніх осіб про сімейне та особисте життя громадянина за допомогою засобів радіомовлення та телебачення і т. ін.

При цьому для кваліфікації не має значення, яким чином особа, котра поширила конфіденційні відомості, одержала їх: чи така інформація стала йому відомою через родинні зв'язки з потерпілим, навіть якщо останній сам повідомив винному ці відомості, проте просив тримати їх у таємниці; або під час бесіди представника ЗМІ з потерпілим йому стали відомі відомості конфі-

<sup>172</sup> Калашникова Е.Е. Уголовно-правовое обеспечение неприкосновенности информации о частной жизни: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001. – С. 134; Папанова З.А. Способы нарушения неприкосновенности частной жизни // Юристы-Правоведь. – 2007. – № 2. – С. 52.

денційного характеру, які громадянин просив не розголошувати.

Збирання, зберігання, використання, знищення, зміна або поширення конфіденційної інформації про особу визнаються *незаконними*, якщо вони вчені без згоди цієї особи чи її законних представників і вчиняються з порушенням встановленого законом порядку. Не є незаконними дії, передбачені в ч. 1 ст. 182 КК, які здійснюються без згоди відповідної особи, але в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та захисту прав людини та на підставі та в порядку, визначеному законом.

**Кваліфікуючі ознаки** злочину передбачені в ч. 2 ст. 182 КК: «ті самі дії, вчинені повторно, або якщо вони заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам особи».

Злочин, передбачений ст. 182 КК, вважається вчиненим *повторно*, якщо винна особа раніше вчиняла цей злочин. Проте повторність не виникає, якщо винна особа раніше вчиняла інші подібні злочини, в т.ч. передбачені ст.ст. 132, 145, 159, 168 КК тощо<sup>173</sup>.

Наявність *істотної шкоди* слід з'ясувати в кожному конкретному випадку в залежності від обставин, оскільки це поняття є оціночним. Шкода, яка полягає в заподіянні матеріальних збитків, згідно з приміткою до ст. 182 КК, вважається істотною, якщо вона в сто і більше разів перевищує НМДГ.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 182 КК, за своєю конструкцією є формальним. Моментом його закінчення визнається скоєння винним суспільно небезпечних дій.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Необережно вчинене порушення недоторканості приватного життя, скоєне службовою особою за певних обставин потребує кваліфікації не за ст. 182, а за ст. 367 КК (службова недбалість).

**Суб'єкт** злочину – загальний. Дії, передбачені ст. 182 КК, вчинені службовою особою з використання свого службового становища, за наявності всіх необхідних ознак потребують кваліфікації за сукупністю ст. 182 та, зокрема, ст. 364 або ст. 365 КК.

## 7.5. Злочини проти сім'ї та сімейних правовідносин

Статті 164 «Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей», 165 «Ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків»,

<sup>173</sup> Це слід уважати певним недоліком, який доцільно виправити на законодавчому рівні.

166 «Злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування», 167 «Зловживання опікунськими правами», 168 «Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)», 169 «Незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння)» КК мають яскраво виражену специфіку об'єкта кримінально-правової охорони, що відрізняє їх від інших норм, розміщених у розділі V Особливої частини КК.

Як зазначає В.В. Гальцова, об'єкти більшості злочинів, передбачених названим розділом КК, повністю охоплюються визначенням «суспільні відносини, які забезпечують захист та реалізацію конституційних прав та свобод людини та громадянина» і утворюють зміст родового об'єкта розглядуваних злочинів (розділ V Особливої частини КК). Однак дещо іншою, на її думку, є суть сімейних правовідносин, які не відповідають змісту родового об'єкта злочинів, передбачених розділом V Особливої частини КК, адже вони утворюють самостійну сферу суспільного життя, маючи специфічну структуру, свій особливий суб'єктний склад, що виключає можливість віднесення їх до конституційних прав та свобод людини та громадянина. На підставі цього автorkа робить висновок, що «об'єднувати злочини проти сім'ї... в одну групу зі злочинами, що посягають на конституційні права та свободи людини та громадянина на підставах наявності єдиного об'єкту, нелогічно. Таким чином, ми стверджуємо, що дані суспільні відносини не входять до змісту конституційних прав та свобод людини та громадянина. Вони не відповідають сутності родового об'єкта злочинів, передбачених розділом V Особливої частини КК суспільних відносин, які забезпечують захист та реалізацію конституційних прав та свобод людини та громадянина, і входять, з точки зору їх змістової характеристики, за його межі»<sup>174</sup>.

На це звертає увагу також С.Я. Лихова, вказуючи, що у ст. ст. 51 та 52 Конституції України, на відміну від більшості норм розділу II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», які починаються зі слів «кожен має право...», не проголошуються права, а, скоріш, встановлюються основні принципи регулювання сімейних відносин, які знаходять своє втілення в нормах СК. «Сімейні правовідносини, – пише вчений – утворюють самостійний предмет регулювання такої галузі права, як сімейне право. Фахівці в галузі конституційного права не розглядають сімейні

<sup>174</sup> Гальцова В.В. Об'єкт та система злочинів проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини та громадянина (розділ V Особливої частини Кримінального кодексу України) // Право і безпека. – 2011. – № 2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc\\_gum/pib/2011\\_2/PB-2/PB-2\\_49.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/pib/2011_2/PB-2/PB-2_49.pdf).

правовідносини як підінститут основних прав і свобод людини»<sup>175</sup>.

Враховуючи сказане, багато вітчизняних правознавців наполягає на тому, що до Особливої частини КК слід включити окрему главу «Злочини проти сім'ї та неповнолітніх» (з можливими незначними варіаціями назви)<sup>176</sup>. При цьому їх думки різняться, головним чином, лише з питання про кількість норм, які мають увійти до цього розділу. Так, наприклад, В.В. Гальцева наразі говорить лише про шість норм (ст.ст. 164-169)<sup>177</sup> тоді, як І.В. Дегтярьова нарахувала таких норм понад тридцять (на сьогодні вони передбачені у різних розділах Особливої частини КК)<sup>178</sup>.

Обґрунтовуючи необхідність виокремлення в Особливій частині КК розділу «Злочини проти сім'ї та неповнолітніх», О.І. Белова пропонує об'єднати в ньому посягання на сімейні відносини та відносини щодо нормального розвитку неповнолітнього, які являють обов'язкову та безальтернативну ознаку їх основного складу. До складу цього розділу, на її думку, необхідно включити посягання на такі безпосередні об'єкти, як особисті немайнові сімейні відносини (ст.ст. 148, 168, 169 КК), майнові сімейні відносини (ст.ст. 164, 165, 167 КК) та відносини щодо нормального фізичного, психічного, статевого та духовного розвитку неповнолітніх. Посягання на відносини щодо нормального фізичного, психічного, статевого та духовного розвитку неповнолітніх вона пропонує поділити на дві групи: а) посягання на відносини щодо нормального фізичного, психічного, статевого та духовного розвитку неповнолітніх, які виникають між останніми та особами, на яких у встановленому законодавством порядку покладено сімейні, професійні або службові обов'язки

<sup>175</sup> Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 157.

<sup>176</sup> Див., наприклад: Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 162; Коломоєць О.Д. Щодо проблеми визначення деяких термінів у сфері попередження насильства в сім'ї // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2010. – № 1. – С. 189.

<sup>177</sup> Гальцева В.В. Об'єкт та система злочинів проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини та громадянина (розділ V Особливої частини Кримінального кодексу України) // Право і безпека. – 2011. – № 2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.nbu.gov.ua/portal/soc\\_gum/pib/2011\\_2/PB-2/PB-2\\_49.pdf](http://www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/pib/2011_2/PB-2/PB-2_49.pdf)

<sup>178</sup> Дегтярьова І.В. Порівняльний аналіз зарубіжного й вітчизняного кримінального законодавства, що встановлює відповідальність за використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 248 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11divdvg.pdf>

щодо забезпечення такого розвитку (ст.ст. 137, 166, ч. 2 ст. 155, ч. 2 ст. 156 КК); б) посягання на відносини щодо нормального фізичного, психічного та духовного розвитку неповнолітніх, які виникають між останніми та іншими членами суспільства або державою щодо забезпечення такого розвитку (ст.ст. 150, 304, 323, 324, ч. 1 ст. 155, ч. 1 ст. 156 КК). При цьому, на думку О.І. Белової, за умови виділення злочинів проти сім'ї та неповнолітніх в окремий, самостійний розділ Особливої частини КК, невиконання обов'язків з догляду за повнолітніми особами, щодо яких встановлено опіку чи піклування, як і зловживання опікувальними правами щодо повнолітнього підопічного (ст. 167 КК), мають бути виділені за межі цього розділу в окрему статтю КК<sup>179</sup>.

На користь пропозицій щодо створення нового розділу Особливої частини свідчить і міжнародний досвід. Зокрема, КК РФ містить главу 20 «Злочини проти сім'ї та неповнолітніх», яка включає такі статті: 150 «Втягнення неповнолітнього у вчинення злочину», 151 «Втягнення неповнолітнього у вчинення антигромадських дій», 151.1 «Роздрібний продаж неповнолітнім алкогольної продукції», 153 «Підміна дитини», 154 «Незаконне усиновлення (удочеріння)», 155 «Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)», 156 «Невиконання обов'язків по вихованню неповнолітнього», 157 «Злісне ухилення від сплати коштів на утримання дітей або непрацездатних батьків».

Особлива частина КК Республіки Казахстан містить главу 2 з аналогічною назвою, що включає статті про втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність, втягнення неповнолітнього у вчинення антигромадських дій, втягнення неповнолітнього у заняття проституцією, торгівлю неповнолітніми, підміну дитини, розголошення таємниці усиновлення (удочеріння), злісне ухилення від сплати коштів на утримання дітей або непрацездатних батьків, невиконання обов'язків щодо виховання неповнолітнього, неналежне виконання обов'язків щодо забезпечення безпеки життя і здоров'я дітей, зловживання правами опікуна або піклувальника, злісне ухилення від змісту непрацездатного чоловіка (дружини). У КК Республіки Білорусь міститься глава 21 «Злочини проти укладу сімейних відносин та інтересів неповнолітніх», яка включає відповідні статті. Глави під назвою «Злочини проти сім'ї та неповнолітніх» є також у кримінальних кодексах Республіки Молдова, Киргизької Республіки, Республіки Таджикистан та деяких інших. Кримінальне законодавство багатьох інших держав також включає схожі глави та розділи. Так, глава 4 «Злочини

<sup>179</sup> Белова О.І. Кримінально-правова характеристика системи злочинів проти сім'ї та неповнолітніх: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – С. 15-17.



проти шлюбу, сім'ї та молоді» Особливої частини КК Республіки Болгарія складається із двох розділів, перший називається «Злочини проти шлюбу та сім'ї», а другий – «Злочини проти молоді». КК Іспанії містить розділ XII «Злочини проти сімейних відносин», КК Франції – главу VII книги 2 «Про посягання на неповнолітніх осіб та сім'ю», КК ФРН – розділ 12 «Злочинні діяння проти цивільного стану, шлюбу та сім'ї», КК Швеції – главу 7 «Злочини проти сім'ї», КК Польщі – главу XXVI «Злочини проти сім'ї та опіки», КК Республіки Вірменія – главу 20 «Злочини проти сім'ї та інтересів дитини» тощо.

#### **Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей** (ст. 164 КК).

У ст. 51 Конституції України та ст. 180 СК передбачений обов'язок батьків утримувати дитину до досягнення нею повноліття. Невиконання цього зобов'язання може привести до того, що дитина матиме недостатній життєвий рівень, що може значно ускладнити чи унеможливити повноцінний розвиток дитини. Цим і зумовлена **суспільна небезпека** аналізованого злочину.

Згідно з положеннями ст. 181 СК способи виконання батьками обов'язку утримувати дитину визначаються за домовленістю між ними. Якщо один із батьків проживає окремо від дитини, то за домовленістю між її батьками він може брати участь в утриманні дитини в грошовій і (або) натуральній формі. Крім того, за рішенням суду кошти на утримання дитини (аліменти) присуджуються у частці від доходу її матері, батька і (або) у твердій грошовій сумі. Ст. 198 СК передбачає, що батьки також зобов'язані утримувати своїх *повнолітніх непрацездатних* дочку, сина, які потребують матеріальної допомоги, якщо вони можуть таку матеріальну допомогу надавати.

**Безпосередній об'єкт** злочину в юридичній літературі визначають, як: «право неповнолітніх дітей на повноцінне життя та всебічний (фізичний, психічний і соціальний) розвиток»<sup>180</sup>; «суспільні відносини, що забезпечують захист майнових інтересів неповнолітніх або непрацездатних дітей, що потребують допомоги»<sup>181</sup>; «суспільні відносини у сфері охорони прав дітей на утримання їх з боку батьків, закріплених, зокрема, у ст. 51 Конституції України»<sup>182</sup>; «аліментні права дітей, а

також їх право на утримання з боку батьків»<sup>183</sup>.

*Потерпілими* від злочину можуть бути діти, на утримання яких за рішенням суду мають сплачуватися аліменти, а також неповнолітні чи непрацездатні діти, що перебувають на утриманні батьків.

*Неповнолітніми* визнаються діти віком до 18 років. При цьому не можна погодитися із тлумаченням поняття «неповнолітні діти», що вживається у ст. 164 КК, як такого, що позначає осіб «віком до 18 років, якщо згідно із законом вони не набувають прав повнолітніх раніше (наприклад, внаслідок одруження)»<sup>184</sup>, адже, як роз'яснив Пленум ВСУ, укладення дитиною шлюбу не припиняє передбаченого законом обов'язку батьків утримувати її до досягнення повноліття (п. 15 постанови Пленуму ВСУ від 15 травня 2006 р. № 3 «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів»).

*Непрацездатними* є повнолітні діти, які через фізичні чи психічні вади позбавлені можливості постійно чи тимчасово працювати (це, зокрема, інваліди I, II або III групи)<sup>185</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину охоплює вчинення його у формі злісного ухилення:

1) від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей (аліментів);

2) батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, що перебувають на їхньому утриманні.

Під *ухиленням від сплати аліментів* слід розуміти дії чи бездіяльність особи, спрямовані на невиконання судового рішення про стягнення з неї встановленої суми коштів на утримання дитини (дітей). Це може виражатися як у прямій відмові від сплати встановлених судом аліментів, так і в інших діяннях, які фактично унеможливають виплату цих коштів (наприклад, у фактичній несплаті цих коштів протягом певного часу, у

<sup>183</sup> Уголовний кодекс України: Научно-практичний коментарий. – 3-е изд. перераб. и доп. / Отв. ред. Е.Л. Стрельцов. – Х.: Одиссей, 2006. – С. 329.

<sup>184</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перераб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 425.

<sup>185</sup> Чинне сімейне законодавство не дає чіткого визначення поняття «непрацездатні повнолітні діти». Тому з урахуванням положень ст. 10 СК тлумачити його слід, виходячи із змісту близьких до нього термінів. Так, розкриваючи зміст поняття «той із подружжя, який є непрацездатним», законодавець у ч. 3 ст. 75 СК зазначив, що «непрацездатним вважається той із подружжя, який досяг пенсійного віку, встановленого законом, або є інвалідом I, II чи III групи». Проте у контексті положень ст. 164 КК було б абсурдним говорити про кримінальну відповідальність за злісне ухилення батьків від утримання повнолітніх дітей, які стали непрацездатним через досягнення пенсійного віку, тому що батьки до того часу самі вже досягнуть пенсійного віку.

<sup>180</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перераб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 425.

<sup>181</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 2-е вид., перераб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 123.

<sup>182</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / За заг. ред. Є.А. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 88.

приховуванні свого заробітку (доходу) або свого міста перебування тощо).

Вчинення розглядуваного злочину у першій формі може мати місце тільки за наявності рішення суду, яким на винну особу покладено обов'язок сплачувати аліменти (відповідно до ст.ст. 237, 265, 267, 269, 272 СК такий обов'язок може бути покладений як на батьків, так і на інших осіб – усиновлювачів, бабу, діда, братів, сестер чи інших осіб, у сім'ї яких виховувалася дитина; крім того, аліменти можуть бути присуджені на утримання як неповнолітньої дитини, так і у випадках, передбачених ст.ст. 198, 199, 200 СК, – повнолітньої, зокрема, непрацездатної дитини або дитини до досягнення 23 років, котра продовжує навчання).

Як правило, кошти на утримання дитини (аліменти) присуджуються у частці від доходу її матері, батька та/або у твердій грошовій сумі, але відповідно до ч. 6 ст. 181 СК, якщо після набрання рішенням суду законної сили, згідно з яким з одного із батьків стягуються аліменти, він виїжджає для постійного проживання у державу, з якою Україна не має договору про правову допомогу, з нього за рішенням суду до його виїзду за межі України може бути стягнуто аліменти за весь період до досягнення дитиною повноліття.

Навряд чи можна погодитись із твердженням, що за змістом ст. 164 не утворює складу цього злочину ухилення від сплати аліментів, визначених на підставі договору батьків про сплату аліментів на дитину<sup>186</sup>. Такий договір укладається відповідно до ст. 189 СК між батьками і в ньому визначають строки та розмір аліментів. За наявності ознак злісності ухилення від сплати цих аліментів охоплюється другою формою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 164 КК.

Проте не утворює складу аналізованого злочину невіплата аліментів, якщо батьки були звільнені від обов'язку утримувати дитину<sup>187</sup>.

Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей тягне кримінальну відповідальність за ст. 164 КК лише тому разі, якщо таке ухилення було злісним. Зміст цього поняття слід з'ясувати відповідно до примітки до ст. 164 КК, де зазначено, що в статтях 164 і 165 цього Кодексу під злісним ухиленням від сплати коштів на утримання

<sup>186</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 426.

<sup>187</sup> Згідно з положеннями ст. 188 СК суд може прийняти таке рішення, якщо дохід дитини набагато перевищує дохід кожного з батьків і забезпечує повністю її потреби) або якщо право на аліменти на дитину було припинено (на підставі ст. 190 СК у випадку укладання між батьками з дозволу органу опіки та піклування договору про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно – житловий будинок, квартиру, земельну ділянку тощо).

дітей (аліментів) або на утримання непрацездатних батьків слід розуміти будь-які діяння боржника, спрямовані на невиконання рішення суду (приховування доходів, зміну місця проживання чи місця роботи без повідомлення державного виконавця тощо), які призвели до виникнення заборгованості із сплати таких коштів у розмірі, що сукупно складають суму виплат за шість місяців відповідних платежів.

Під ухиленням від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, які перебувають на їх утриманні, слід розуміти дії чи бездіяльність батька, матері чи усиновлювача дитини, спрямовані на невиконання цього обов'язку, якщо вони мали можливість його виконати. Це може полягати у незабезпеченні таких дітей харчуванням, одягом, іншими речами (насамперед, першої необхідності), відмові від участі у передбачених ст. 185 СК додаткових витратах на дитину, що викликані особливими обставинами (розвитком здібностей дитини, її хворобою, каліцтвом тощо).

Ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, що перебувають на їх утриманні, тягне кримінальну відповідальність тільки у випадку, якщо воно було злісним. На відміну від попередньої форми об'єктивної сторони злочину, кримінальний закон не дає нормативного визначення злісності ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, що перебувають на їх утриманні, тому це поняття слід відносити до оціночних. Отже, злісність таких діянь слід визначати в кожному конкретному випадку. Про злісний характер ухилення можуть свідчити, наприклад, тривалість ухилення, продовження ухилення після попередження про необхідність виконання обов'язку щодо утримання дітей та про кримінальну відповідальність за ухилення цього обов'язку з боку уповноважених органів, неодноразові звернення потерпілого чи інших осіб до винної особи з цього приводу тощо.

Не є злісним ухилення від утримання дітей, яке хоча і було досить тривалим чи систематичним, але було зумовлено об'єктивними причинами (відсутність коштів, неможливість перерахувати кошти через інші об'єктивно існуючі обставини, які цьому перешкоджають).

Злочин визнається закінченим з моменту, коли зазначене у цій статті ухилення набуло злісного характеру. При цьому настання певних негативних наслідків для дитини не є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Суб'єктом злісного ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей (аліментів) може бути особа, на яку судовим рішенням було покладено такий обов'язок. Це можуть

бути батько, матір, усиновлювач, баба, дід, брат, сестра чи інші особи, у сім'ї яких виховувалася дитина. Суб'єктом злісного ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, що перебувають на їх утриманні, можуть бути лише кровні батьки або усиновителі<sup>188</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом.

**Кваліфікуючою ознакою** злочину є вчинення його особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею (ч. 2 ст. 164 КК).

**Ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків** (ст. 165 КК).

Аналіз змісту ст. 51 Конституція України дає змогу зробити висновок, що не тільки батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття, але й повнолітні діти зобов'язані піклуватися про своїх непрацездатних батьків. Відповідно до ч. 3 ст. 172 СК, якщо повнолітні дочка, син не піклуються про своїх непрацездатних, немічних батьків, з них можуть бути за рішенням суду стягнуті кошти на покриття витрат, пов'язаних із наданням такого піклування.

**Суспільна небезпека** злочину полягає в тому, що невиконання дітьми обов'язку щодо утримання своїх непрацездатних батьків може значно погіршити умови життя непрацездатних батьків чи навіть унеможливити їх нормальне (наскільки це можливо) життя.

**Безпосередній об'єкт** цього злочину в юридичній літературі визначають, як: «право непрацездатних батьків на їх утримання їхніми дітьми»<sup>189</sup>; «суспільні відносини, що забезпечують захист майнових прав непрацездатних батьків»<sup>190</sup>; «суспільні відносини у сфері охорони прав непрацездатних батьків на піклування і утримання з боку своїх дітей, закріплених у ст. 51 Конституції України»<sup>191</sup>; «аліментні права

батьків, а також їх право на утримання з боку дітей»<sup>192</sup>.

**Потерпілими** від злочину можуть бути непрацездатні батьки та непрацездатні усиновителі, крім осіб, які не були позбавлені батьківських прав (згідно з п. 5 ч. 1 ст. 166 СК особа, позбавлена батьківських прав, якщо ці права не були поновлені, не може одержати в майбутньому тих майнових прав, пов'язаних із батьківством, які вона могла б мати у разі своєї непрацездатності, в т.ч. і право на утримання від дитини).

**Непрацездатними батьками (усиновителями)** визнаються особи, котрі досягли пенсійного віку, встановленого законом<sup>193</sup>, або є інвалідами I, II чи III групи.

**Об'єктивна сторона** злочину охоплює вчинення його у формі злісного ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів (аліментів) на утримання непрацездатних батьків.

Під *ухиленням від сплати коштів (аліментів) на утримання непрацездатних батьків* необхідно розуміти дії або бездіяльність особи, спрямовані на невиконання судового рішення про стягнення з неї встановленої суми коштів на утримання батьків (усиновителів). Це може виражатися як у прямій відмові від сплати встановлених судом коштів, так і в інших діяннях, які фактично унеможливають їх виплату (наприклад, у фактичній несплаті цих коштів протягом певного часу, у приховуванні свого заробітку (доходу) або свого місця перебування тощо).

Відповідно до ч. 1 ст. 205 СК суд визначає розмір аліментів на батьків у твердій грошовій сумі і (або) у частці від заробітку (доходу) з урахуванням матеріального та сімейного стану сторін.

Ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів (аліментів) на утримання непрацездатних батьків може бути визнане кримінально карним, якщо воно було **злісним**, тобто таким, що призвело до виникнення заборгованості із сплати таких коштів у розмірі, що сукупно складають суму виплат за шість місяців відповідних платежів (примітка до ст. 164 КК).

Не є злісним ухилення від сплати аліментів чи від утримання батьків (усиновителів), яке хоча і було досить тривалим чи систематичним, але було зумовлено об'єктивними причинами.

– С. 89.

<sup>192</sup> Уголовный кодекс Украины: Научно-практический комментарий. – 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Е.А. Стрельцов. – Х.: Одиссей, 2006. – С. 331.

<sup>193</sup> До 1 жовтня 2011 року пенсійний вік для чоловіків становив 60 років, для жінок – 55 років. Проте 1 жовтня 2011 року набув чинності Закон України від 8 липня 2011 року «Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи», відповідно до якого були внесені зміни до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування».

<sup>188</sup> Хоч у ст. 164 КК мовиться про злісне ухилення *батьків* від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, що перебувають на їх утриманні, проте згідно з ч. 4 ст. 232 СК усиновлення надає усиновлювачеві права і накладає на нього обов'язки щодо дитини, яку він усиновив, у такому ж обсязі, який мають батьки щодо дитини. Водночас відповідно до ч. 1 ст. 232 СК з моменту здійснення усиновлення припиняються особисті та майнові права і обов'язки між батьками та особою, яка усиновлена, крім випадків, передбачених цією статтею. Отже, ухилення батьків дитини, яка була усиновлена, не утворює складу злочину, передбаченого ст. 164 КК, крім випадків, коли при усиновленні дитини однією особою відповідні права та обов'язки були збережені за одним із батьків.

<sup>189</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 428.

<sup>190</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-е вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 144.

<sup>191</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / За заг. ред. Є.А. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009.



Обов'язковою умовою притягнення винної особи до кримінальної відповідальності за даною статтею є наявність рішення суду, яким на дитину (усиновленого) покладено обов'язок щодо сплати визначеного розміру коштів на утримання непрацездатних батьків (усиновителів).

Злочин визнається закінченим з моменту, коли зазначене у цій статті ухилення набуло злісного характеру. При цьому настання певних негативних наслідків для батьків (усиновителів) не є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони даного складу злочину.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Ним може бути повнолітня кровна дитина або дитина, усиновлена в встановленому законом порядку, на яких законним рішенням суду покладений обов'язок щодо утримання непрацездатних батьків (усиновителів)<sup>194</sup>. На думку І.О. Зінченко, суб'єктом аналізованого злочину можуть бути також пасинок та падчерка<sup>195</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом.

**Кваліфікуючою ознакою** злочину є вчинення його особою, раніше судимою за злочин,

<sup>194</sup> На думку О.І. Белової, аналіз майнових сімейних відносин як об'єкта кримінально-правової охорони показує, що така охорона за допомогою ст. 164 та 165 КК в чинній редакції є недостатньою, оскільки ці норми залишають поза межею такої охорони відносини, що виникають з приводу утримання інших, крім неповнолітніх, непрацездатних дітей та непрацездатних батьків, осіб. З метою усунення вказаного недоліку авторка пропонує замість ст. 164 та 165 КК передбачити єдину норму, в якій встановити кримінальну відповідальність за злісне ухилення від сплати встановлених рішень суду коштів на утримання членів сім'ї (Белова О.І. Кримінально-правова характеристика системи злочинів проти сім'ї та неповнолітніх: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – С. 15). Сході міркування висловлюють М.І. Хавронюк і С.Я. Лихова, хоча вони пропонують не об'єднувати ст.ст. 164, 165 КК, а лише внести до них зміни (Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 170-171; Лихова С.Я. Конституція України та кримінальне законодавство України (окремі питання взаємодії) // Вісник Конституційного Суду України. – 2005. – № 2. – С. 99). На користь указаних міркувань свідчить те, що за чинним сімейним законодавством передбачена можливість стягнення за рішенням суду коштів на утримання інших членів сім'ї, крім дітей і батьків. На сьогоднішній день невиконання такого судового рішення (крім випадків, передбачених ст.ст. 164, 165 КК) може тягти відповідальність за ст. 382 КК.

<sup>195</sup> Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. В.Т. Малярєнка, В.В. Сташиса, В.Я. Тація; 2-ге вид., перероб. та доп. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2004. – С. 452. Відповідно до ч.ч. 1 та 2 ст. 270 СК у повнолітніх падчерки, пасинка виникає обов'язок утримувати непрацездатних мачуху, вітчима при існуванні таких умов: 1) якщо останні потребують матеріальної допомоги; 2) якщо вони надавали падчерці, пасинкові систематичну матеріальну допомогу не менш як п'ять років; 3) падчерка, пасинок можуть надавати матеріальну допомогу; 4) якщо у мачухи, вітчима немає чоловіка, дружини, повнолітніх дочки, сина, братів та сестер або якщо ці особи з поважних причин не можуть надавати їм належного утримання.

передбачений цією статтею (ч. 2 ст. 165 КК).

**Злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування** (ст. 166 КК).

Права дітей гарантовані Конституцією України, Конвенцією ООН про права дитини 1989 року, СК, Законом України «Про охорону дитинства» та іншими нормативно-правовими актами й міжнародними договорами. У Декларації ООН по правах дитини 1959 р. зазначено: «Дитина, внаслідок її фізичної і розумової незрілості, потребує спеціальної охорони і піклування, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження».

Відповідно до ст. 150 СК батьки зобов'язані виховувати дитину в дусі поваги до прав та свобод інших людей, любові до своєї сім'ї та родини, свого народу, своєї Батьківщини; піклуватися про здоров'я дитини, її фізичний, духовний та моральний розвиток; забезпечити здобуття дитиною повної загальної середньої освіти, готувати її до самостійного життя; поважати дитину.

Аналогічні обов'язки чинне законодавство передбачає і для опікунів і піклувальників. Так, відповідно до ст. 55 ЦК опіка та піклування встановлюються з метою забезпечення особистих немайнових і майнових прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки. Ст. 67 цього кодексу визначає обов'язок опікуна дбати про підопічного, про створення йому необхідних побутових умов, забезпечення його доглядом та лікуванням, а стосовно опікуна малолітньої особи – ще й обов'язок дбати про її виховання, навчання та розвиток. Відповідно до ст. 69 ЦК піклувальник над неповнолітньою особою зобов'язаний дбати про створення для неї необхідних побутових умов, про її виховання, навчання та розвиток, а піклувальник над фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена, – дбати про її лікування, створення необхідних побутових умов.

Згідно з положеннями ст. 249 СК опікун, піклувальник зобов'язаний виховувати дитину, піклуватися про її здоров'я, фізичний, психічний, духовний розвиток, забезпечити одержання дитиною повної загальної середньої освіти. При цьому опікун, піклувальник має право самостійно визначати способи виховання дитини з урахуванням думки дитини та рекомендацій органу опіки та піклування.

Для забезпечення законних прав та інтересів дитину в Україні поряд з адміністративною, цивільно-правовою, сімейною встановлена кримінальна відповідальність за злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою,

щодо якої встановлена опіка чи піклування (ст. 166 КК).

**Суспільна небезпека** злочину полягає в тому, що він посягає на відносини, що забезпечують захист майнових та немайнових прав дитини, породжує або підживляє такі антисоціальні явища по відношенню до дітей як бездоглядність, жорстокість, насильство в сім'ї, вчинення неповнолітніми протиправних дій тощо.

**Безпосереднім об'єктом** злочину в юридичній літературі визначають: «суспільні відносини, що забезпечують нормальний розвиток і виховання неповнолітніх, а також здоров'я, безпеку життя або здоров'я, особисту свободу, честь і гідність осіб, що підлягають опіці чи піклуванню»<sup>196</sup>; «суспільні відносини у сфері охорони гарантованих ст.ст. 51, 52 Конституції України та законодавством України прав дітей і осіб, щодо яких встановлена опіка або піклування, на догляд за ними»<sup>197</sup>; «всебічний (фізичний, психічний і соціальний) розвиток дитини або особи, стосовно якої встановлена опіка чи піклування, а також встановлений порядок догляду за такими особами»<sup>198</sup>. Додатковим факультативним об'єктом злочину можуть виступати здоров'я, життя, інші блага.

*Потерпілим* від злочину можуть бути особи, котрі мають правовий статус дитини, а також особи, щодо яких здійснюється опіка або піклування.

Відповідно до ст. 6 СК, ст. 34 ЦК, ст. 1 Закону України «Про охорону дитинства» правовий статус дитини особа має до досягнення нею повноліття, тобто 18 років, якщо згідно з законом, застосовуваним до неї, вона не набуває прав повнолітньої раніше (наприклад, у разі реєстрації шлюбу до досягнення 18 років або в разі надання за рішенням органу опіки та піклування або суду повної цивільної дієздатності бути фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором, а також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини).

Відповідно до ч. 1 ст. 55 ЦК опіка та піклування встановлюються з метою забезпечення особистих немайнових і майнових прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки.

Відповідно до ст. 243 СК опіка, піклування

встановлюється над дітьми-сиротами і дітьми, позбавленими батьківського піклування (опіка встановлюється над дитиною, яка не досягла чотирнадцяти років, а піклування – над дитиною у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років). Відповідно до ст.ст. 58 і 59 ЦК опіка встановлюється також над фізичними осами, які були визнані недієздатними, а піклування – над фізичними особами, цивільна дієздатність яких обмежена.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону дитинства»: *дитина-сирота* – це дитина, в якій померли чи загинули батьки; *діти, позбавлені батьківського піклування*, – це діти, які залишилися без піклування батьків у зв'язку з позбавленням їх батьківських прав, відібранням у батьків без позбавлення батьківських прав, визнанням батьків безвісно відсутніми або недієздатними, оголошенням їх померлими, відбуванням покарання в місцях позбавлення волі та перебуванням їх під вартою на час слідства, розшуком їх органами внутрішніх справ, пов'язаним з ухиленням від сплати аліментів та відсутністю відомостей про їх місцезнаходження, тривалою хворобою батьків, яка перешкоджає їм виконувати свої батьківські обов'язки, а також підкинуті діти, діти, батьки яких невідомі, діти, від яких відмовились батьки, та безпритульні діти.

Згідно із ч. 1 ст. 39 ЦК фізична особа може бути визнана судом *недієздатною*, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними.

Відповідно до ст. 36 ЦК суд може *обмежити цивільну дієздатність* фізичної особи, якщо вона страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, а також якщо вона зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо і тим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище.

**Об'єктивна сторона** злочину виражається у формі бездіяльності, що полягає у злісному невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування. Це може полягати, наприклад, у залишенні дитини без будь-якого нагляду на тривалий проміжок часу, невжитті заходів щодо лікування і догляду за дитиною чи підопічним, позбавленні дитини або підопічного продуктів харчування, одягу тощо.

Злочин може бути вчинений як у формі дії (неналежне виконання вищевказаних обов'язків), так і у формі бездіяльності (невиконання цих обов'язків).

<sup>196</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / 3-тє вид., перероб. і доп.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 145.

<sup>197</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. Є.Л. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 89.

<sup>198</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 428.

Склад злочину, передбаченого ст. 166 КК, наявний за умови, коли невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування, носить *злісний* характер. Це поняття є оціночним, а тому злісність такого діяння слід визначати в кожному конкретному випадку. Про злісний характер невиконання відповідних обов'язків можуть свідчити, наприклад, тривалість, багаторазовість, системність невиконання, його продовження після попередження про необхідність виконання обов'язку по догляду за дитиною та про кримінальну відповідальність за невиконання цього обов'язку з боку уповноважених органів тощо. Проте в деяких випадках злісним може бути визнане не лише тривале чи систематичне невиконання відповідних обов'язків, але й їх одноразове невиконання.

Склад злочину, передбачений ст. 166 КК за своєю конструкцією є матеріальним, тому злочин вважається закінченим з моменту, коли невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування, призвело до настання *тяжких наслідків*, що також є оціночною категорією і може виражатися, наприклад, у смерті або каліцтві дитини чи особи, щодо якої встановлена опіка чи піклування, захворюванні їх на небезпечну хворобу, у вчиненні ними або за їх участю тяжких злочинів, у заподіянні внаслідок дій дитини або підопічного значної шкоди тощо. При цьому зазначені злочинні наслідки повинні перебувати у причинному зв'язку з їх діяннями суб'єкта даного злочину.

Ухилення батьків або осіб, які їх замінюють, від виконання передбачених законодавством обов'язків щодо забезпечення необхідних умов життя, навчання та виховання неповнолітніх дітей, якщо вони не мають ознак злісності та не спричинили тяжких наслідків, охоплюється ознаками ст. 184 КпАП. За цією ж нормою батьків або осіб, які їх замінюють, слід притягати до адміністративної відповідальності, якщо неповнолітні віком від чотирнадцяти до шістнадцяти років вчинять правопорушення, передбачені КпАП, або якщо неповнолітні, котрі не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, скоять діяння, що містять ознаки злочину.

**Суб'єкт** злочину є спеціальним – це батьки (усиновителі), а також опікун чи піклувальник, призначені в установленому законом порядку. Так само суб'єктами злочину можуть бути<sup>199</sup>:

<sup>199</sup> У більшості науково-практичних коментарів і підручників з особливої частини кримінального права серед суб'єктів злочину наведені нижче особи не називаються. Це роблять лише окремі автори, наприклад, Д.П. Свтеєва, котра на рівні загальної постановки проблеми зазначила про можливість кримінальної відповідальності службових осіб органу опіки та піклування чи спеціального закладу нарівні з опікунами та піклувальниками (Свтеєва Д.П. Кримінальна

- службові особи органу опіки та піклування, адже згідно із ст. 65 ЦК, до встановлення опіки або піклування і призначення опікуна чи піклувальника опіку або піклування над фізичною особою здійснює відповідний орган опіки та піклування;

- посадові особи чи працівники навчального закладу, закладу охорони здоров'я або закладу соціального захисту населення, адже відповідно до ст. 66 ЦК, якщо над фізичною особою, яка перебуває у навчальному закладі, закладі охорони здоров'я або закладі соціального захисту населення, не встановлено опіку чи піклування або не призначено опікуна чи піклувальника, опіку або піклування над нею здійснює цей заклад;

- патронатний вихователь<sup>200</sup>, котрий згідно із ст. 255 СК зобов'язаний захищати дитину, її права та інтереси як опікун або піклувальник, без спеціальних на те повноважень;

- прийомні батьки<sup>201</sup>, які є законними представниками прийомних дітей і діють без спеціальних на те повноважень як опікуни або піклувальники (ст. 256-2 СК);

- батьки-вихователі дитячого будинку сімейного типу<sup>202</sup>, які є законними представниками дітей і діють без спеціальних на те повноважень як опікуни або піклувальники (ст. 256-6 СК).

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умислом, на що вказує злісний характер діяння. Психічне ставлення винної особи до наслідків є необережним.

### **Зловживання опікунськими правами** (ст. 167 КК).

відповідальність за зловживання опікунськими правами: питання складу злочину // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 1. – С. 125). Проте, на нашу думку, є всі підстави для визнання всіх перелічених осіб суб'єктами досліджуваного злочину. У той же час для запобігання можливому неоднозначному тлумаченню положень ст. 166 КК пропонуємо викласти її в такій редакції: «Злісне невиконання батьками, опікунами, піклувальниками або іншими особами, які здійснюють опіку чи піклування, встановлених законом обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування, що спричинило тяжкі наслідки...».

<sup>200</sup> За *договором про патронат* орган опіки та піклування передає дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування, на виховання у сім'ю іншої особи (патронатного вихователя) до досягнення дитиною повноліття, за плату (ст. 252 СК).

<sup>201</sup> *Прийомні батьки* – подружжя або особа, яка не перебуває у шлюбі, які взяли для спільного проживання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування (ст. 256-2 СК).

<sup>202</sup> *Дитячий будинок сімейного типу* – окрема сім'я, що створюється за бажанням подружжя або окремої особи, яка не перебуває у шлюбі, для забезпечення сімейним вихованням та спільного проживання не менш як п'яти дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування (ст. 256-5 СК). *Батьки-вихователі* – подружжя або окрема особа, що не перебуває у шлюбі, які взяли дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, для виховання та спільного проживання (ст. 256-6 СК).



Основним завданням інституту опіки та піклування є забезпечення особистих немайнових і майнових прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки (ст. 55 ЦК). Відповідно до положень ЦК опікун вчиняє правочини від імені та в інтересах підопічного і зобов'язаний вживати заходів щодо захисту його цивільних прав та інтересів. Піклувальник дає згоду на вчинення підопічним правочинів, за винятком тих, які за законом підопічний може вчиняти самостійно, і зобов'язаний вживати заходів щодо захисту його цивільних прав та інтересів.

**Суспільна небезпека** злочину полягає в тому, що зловживання опікунськими правами може позбавити підопічного можливості в повному обсягу реалізовувати свої права; завдати іншої шкоди його інтересам; негативно вплинути на його майнове становище особи тощо.

**Безпосередній об'єкт** злочину в юридичній літературі визначають, як: «права підопічних громадян»<sup>203</sup>; «майнові та інші права осіб, стосовно яких встановлено опіку чи піклування»<sup>204</sup>; «майнові права й інтереси особи, щодо якої встановлено опіку та піклування»<sup>205</sup>; «суспільні відносини у сфері охорони прав і свобод підопічної особи як людини і громадянина»<sup>206</sup>.

*Потерпілим* від злочину КК визнає підопічну особу, тобто особу, щодо якої здійснюється опіка чи піклування.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у використанні опіки чи піклування на шкоду підопічному. Ця форма об'єктивної сторони полягає у вчиненні дій або бездіяльності, внаслідок чого підопічному може бути заподіяна шкода.

У тексті ст. 167 КК законодавець називає лише два способи вчинення злочину: зайняття житлової площі та використання майна. Проте цей перелік не є вичерпним, а тому способи зловживання опікою та піклуванням можуть бути різними. Серед них можна назвати: привласнення, розтрачання майна підопічного; укладення угод від імені підопічного на умовах, невігідних для останнього, тощо.

Об'єктивна сторона злочину може також ви-

<sup>203</sup> Уголовный кодекс Украины. Комментарий / Под редакцией Ю.А. Кармазина и Е.Л. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2001. – С. 368.

<sup>204</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 431.

<sup>205</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін [та ін.]; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація; 4-те вид., перероб. і доп. – Х.: Право, 2010. – С. 138.

<sup>206</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. Є.Л. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 90.

ражатися у вчиненні дій, заборонених ст.ст. 68, 70, 71 ЦК:

- укладення опікуном, а при наявності ознак співучасті – його дружиною, чоловіком або близькими родичами (батьками, дітьми, братами, сестрами) з підопічним певних договорів, крім передання майна підопічному у власність за договором дарування або у безоплатне користування за договором позички;

- здійснення дарування опікуном від імені підопічного;

- зобов'язання опікуном від імені підопічного порукою;

- надання піклувальником згоди на укладення договорів між підопічним та своєю дружиною (своїм чоловіком) або своїми близькими родичами, крім передання майна підопічному у власність за договором дарування або у безоплатне користування на підставі договору позички;

- відмова опікуна від майнових прав підопічного, а так само дача піклувальником згоди на відмову від майнових прав підопічного без дозволу органу опіки та піклування;

- видання опікуном письмового зобов'язання від імені підопічного або дача піклувальником згоди на видачу такого зобов'язання без дозволу органу опіки та піклування;

- укладення опікуном договорів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в т.ч. договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири, а так само дача піклувальником згоди на укладання таких договорів без дозволу органу опіки та піклування;

- укладення опікуном договорів щодо іншого цінного майна, а так само дача піклувальником згоди на укладання таких договорів без дозволу органу опіки та піклування.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 167 КК, є вчинення вищевказаних дій *на шкоду підопічному*. Така шкода, як правило, носить майновий характер (це, наприклад, використання соціальних виплат на свою користь, використання майна підопічного для отримання власного доходу тощо), що зумовлено, певним чином, корисливою метою вчинення даного злочину.

Разом із тим, склад злочину, передбаченого ст. 167 КК, за конструкцією своєї об'єктивної сторони є формальним і визнається закінченим з моменту вчинення опікуном (піклувальником) певного діяння, яке завдає чи може завдати шкоди підопічному, незалежно від того, чи була ця шкода завдана фактично.

**Суб'єкт злочину** – спеціальний. Ним можуть виступати лише особи, які здійснюють опіку та піклування:

- опікуни та піклувальники, призначені в установленому законом порядку;
- службові особи органу опіки та піклування до встановлення опіки або піклування і призначення опікуна чи піклувальника;
- посадові особи чи працівники навчального закладу, закладу охорони здоров'я або закладу соціального захисту населення, якщо над фізичною особою, яка в ньому перебуває, не встановлено опіку чи піклування або не призначено опікуна чи піклувальника;
- патронатний вихователь;
- прийомні батьки;
- батьки-вихователі дитячого будинку сімейного типу<sup>207</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. При цьому обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони є вчинення дій з *корисливою метою*, що полягає у прагненні винної особи отримати власну майнову вигоду за рахунок підопічної особи. Для кваліфікації даного злочину не має значення, отримала винна особа таку вигоду чи ні.

#### **Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)** (ст. 168 КК).

Як уже зазначалося, чинна Конституція України гарантує право людини на приватність. Так, відповідно до ст. 32 Основного Закону ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Одним із аспектів права кожної людини на приватність є право на таємницю усиновлення, яке закріплене в ст. 226 СК. Для забезпечення названого права у ст. 168 КК було передбачено кримінальну відповідальність за розголошення таємниці усиновлення (удочеріння). Негативні наслідки вчинення даного злочину можуть полягати, наприклад, у погіршенні стосунків між членами сім'ї, ускладненні процесу виховання дитини, негативному впливі на психіку усиновленої особи, і, як можливий результат цього, у вжи-

ванні дитиною алкоголю чи наркотиків, проявах агресії, вчиненні аморальних вчинків та злочинів тощо. Саме цим і зумовлюється **суспільна небезпека** аналізованого злочину.

**Безпосередній об'єкт** злочину в юридичній літературі визначають, як: «інтереси сім'ї та осіб (дітей), яких було усиновлено (їх всебічний фізичний, психічний та соціальний розвиток), додатковим факультативним об'єктом можуть виступати життя, здоров'я особи, встановлений порядок виконання службовими особами своїх повноважень, інші блага»<sup>208</sup>; «суспільні відносини, що забезпечують нормальне функціонування сім'ї»<sup>209</sup>; «право громадян на таємницю усиновлення (удочеріння)»<sup>210</sup>.

*Предметом* злочину інформація про факт усиновлення, яка є становить сімейну таємницю. Отже, не є предметом даного злочину інформація про усиновлення, яка не є таємною взагалі наприклад, якщо сім'я не робить із цього таємниці і сама вільно всім розповідає про це) або не є таємною для адресата (повідомлення інформації про усиновлення людині, яка про це вже знає). Ст. 226 СК розкриває зміст права на таємницю: особа має право на таємницю перебування на обліку тих, хто бажає усиновити дитину, пошуку дитини для усиновлення, подання заяви про усиновлення та її розгляду, рішення суду про усиновлення.

*Потерпілим* від злочину є як усиновитель, так і усиновлений. Відповідно до ст. 208 СК усиновленою може бути дитина, тобто особа, котра не досягла вісімнадцятирічного віку, а також, у виняткових випадках, усиновленою може бути повнолітня особа, яка не має матері, батька або була позбавлена їхнього піклування. Усиновлювачами дитини відповідно до положень ст. 211 СК може бути дієздатна особа віком не молодша двадцяти одного року, за винятком, коли усиновлювач є родичем дитини. При цьому усиновлювачем може бути особа, що старша за дитину, яку вона бажає усиновити, не менш як на п'ятнадцять років. У разі усиновлення повнолітньої особи різниця у віці не може бути меншою, ніж вісімнадцять років.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у незаконному розголошенні таємниці усиновлення (удочеріння) всупереч волі усиновителя (удоче-

<sup>207</sup> Д.П. Євтеєва висловлює досить спірну точку зору, що оскільки «у науці цивільного права визнається, що батьки й усиновлювачі щодо дітей до 18-річного віку є опікунами і піклувальниками без спеціального призначення... виникає питання щодо можливості та необхідності притягнення до кримінальної відповідальності батьків та усиновлювачів, які вчинили діяння, передбачене диспозицією ст. 167 КК (Євтеєва Д.П. Кримінальна відповідальність за зловживання опікунськими правами: питання складу злочину // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 1 (17). – С. 125).

<sup>208</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 432.

<sup>209</sup> Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В.Т. Малярєнка, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Х.: Одиссей, 2004. – С. 454.

<sup>210</sup> Уголовный кодекс Украины: Научно-практический комментарий. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Е.Л. Стрельцов. – Х.: Одиссей, 2006. – С. 335.

рителя).

Згідно зі ст. 207 СК усиновленням є прийняття усиновлювачем у свою сім'ю особи на правах дочки чи сина, що здійснене на підставі рішення суду. За законом усиновлювач має право приховувати факт усиновлення від дитини, яка ним усиновлена, і вимагати нерозголошення цієї інформації особами, яким стало відомо про неї як до, так і після досягнення дитиною повноліття. Усиновлювач також має право приховувати від дитини факт її усиновлення, якщо розкриття таємниці усиновлення може завдати шкоди її інтересам. Якщо усиновлюється дитина, яка не досягла семи років, службові особи при виявленні її згоди на усиновлення зобов'язані вживати заходів щодо забезпечення таємниці усиновлення від самої дитини (ст. 227 СК).

Під розголошенням таємниці усиновлення необхідно розуміти будь-які дії чи бездіяльність винної особи, що спрямовані на протиправне розкриття інформації щодо усиновлення, яка носить конфіденційний характер, та її поширення серед осіб, котрим не було відомо про факт усиновлення (незалежно від того, чи знає дитина про факт усиновлення). За колом осіб таке поширення може полягати у сповіщенні вищевказаної інформації конкретній особі (у т. ч. самому усиновленому, якщо йому невідомо про факт усиновлення), а також невизначеній кількості осіб. За способом таке розголошення може вчинятися шляхом повідомлення інформації щодо усиновлення в особистій бесіді, шляхом надання відповідних документів, за допомогою комп'ютеризованих систем передачі даних, засобів зв'язку, анонімно або із зазначенням свого прізвища та іншим чином. За змістом розголошення може нести в собі інформацію щодо самого факту усиновлення, дати прийняття судом відповідного рішення, щодо анкетних даних справжніх батьків тощо.

Обов'язковою умовою притягнення винної особи до кримінальної відповідальності за ст. 168 КК є розголошення таємниці усиновлення *всупереч волі усиновителя (удочерителя)*<sup>211</sup>. Ця ознака полягає в тому, що інформація, що стосується усиновлення, була розголошена без отримання на це дозволу усиновителя (удочерителя). При цьому склад злочину буде мати місце як у випадку, коли останній знав про намір винної особи поширити інформацію щодо усиновлення, проте заперечував проти цього, так і у випадку, коли усиновителю (удочерителю) зовсім не було відомо про наміри винної особи. На думку М.В. Анчукової, воля хоча б одного з подружжя усиновителів не розголошувати таємниці усиновлення вже ви-

ключає можливість її розголошення<sup>212</sup>.

Та обставина, що усиновленій особі було відомо про факт усиновлення (наприклад, коли усиновлення відбулося за згодою дитини відповідно до положень ст. 218 СК), як уже зазначалося, не виключає кримінальну відповідальність за ст. 168 КК.

За своєю конструкцією цей злочин є формальним і вважається закінченим з моменту розголошення відомостей, що становлять таємницю усиновлення, в супереч волі усиновителя (удочерителя), незалежно від настання суспільно небезпечних наслідків.

**Суб'єкт** злочину – загальний. Ним може бути будь-яка осудна фізична особа, котра досягла шістнадцятирічного віку, і якій відома інформація щодо усиновлення (удочеріння), при цьому не має значення знаходиться чи ні вона в родинних стосунках з усиновителем (удочерителем) і яким чином вона отримала інформацію щодо усиновлення.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Мотиви, якими керувалася винна особа, для кваліфікації даного злочину значення не мають.

У ч. 2 ст. 168 КК указані **кваліфікуючі ознаки** злочину, які полягають у: 1) вчиненні його службовою особою або працівником медичного закладу, яким відомості про усиновлення (удочеріння) стали відомі по службі чи по роботі; 2) спричиненні тяжких наслідків.

Підвищена суспільна небезпека розголошення таємниці усиновлення всупереч волі усиновителя (удочерителя), вчиненого службовою особою або працівником медичного закладу, яким відомості про усиновлення (удочеріння) стали відомі по службі чи по роботі, зумовлена тим, що на таких особах лежить прямий обов'язок зберігати таємницю усиновлення<sup>213</sup>.

Дії службових осіб щодо протиправного розголошення таємниці усиновлення підлягають кваліфікації за ч. 2 ст. 168 КК і додаткової кваліфікації за ст. 365 КК не потребують.

Суб'єктами злочину, передбаченого ч. 2 ст. 168 КК, можуть бути, зокрема: службові особи органу опіки та піклування, працівники суду, службові особи органів реєстрації актів цивіль-

<sup>212</sup> Анчукова М.В. Щодо кримінальної відповідальності за розголошення таємниці усиновлення (ст. 168 КК України) // Держава і право. – 2009. – Вип. 45. – 426 с.

<sup>213</sup> Так, відповідно до ст. 228 СК особи, яким у зв'язку з виконанням службових обов'язків доступна інформація щодо усиновлення (перебування осіб, які бажають усиновити дитину, на обліку, пошук ними дитини для усиновлення, подання заяви про усиновлення, розгляд справи про усиновлення, здійснення нагляду за дотриманням прав усиновленої дитини тощо), а також інші особи, яким став відомий факт усиновлення, зобов'язані не розголошувати її, зокрема і тоді, коли усиновлення для самої дитини не є таємним.

<sup>211</sup> Очевидно власником інформації про факт усиновлення (удочеріння) слід визнати також особу, яку було усиновлено, якщо така інформація їй відома.



ного стану, керівники та працівники виховних, навчальних та медичних установ, де до усиновлення знаходилася особа, представники та адвокати, які приймали участь у розгляді цивільної справи щодо усиновлення, та інші особи.

Тяжкі наслідки у контексті ч. 2 ст. 168 КК є оціночною категорією, їх наявність повинна визначатися у кожному конкретному випадку. Тяжкі наслідки даного злочину можуть полягати в самогубстві дитини, втечі останньої від усиновителя, порушенні психіки дитини, розпаді сім'ї тощо. При цьому склад даного кваліфікованого виду злочину є матеріальним і вважається закінченим з моменту настання певних суспільно небезпечних наслідків.

### **Незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння) (ст. 169 КК).**

Ст. 216 СК забороняє посередницьку, комерційну діяльність щодо усиновлення дітей, передачі їх під опіку, піклування чи на виховання в сім'ї громадян України, іноземців або осіб без громадянства. Аналогічне положення закріплене і в ч. 11 ст. 24 Закону України «Про охорону дитинства». Однією з гарантій додержання прав дитини при усиновленні є встановлення кримінальної відповідальності за незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння), які полягають в незаконній посередницькій діяльності або інших незаконних діях щодо усиновлення (удочеріння) дитини, передачі її під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ю громадян.

**Безпосередній об'єкт** злочину в юридичній літературі визначають, як: «встановлений порядок усиновлення (удочеріння) дитини, передачі її під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ю громадян, порушення якого може спричинити несприятливі наслідки для нормального фізичного, інтелектуального, морального, культурного, духовного і соціального розвитку дитини. Додатковим факультативним об'єктом можуть виступати здоров'я, життя, інші блага усиновителів та усиновлених, піклувальників та підопічних»<sup>214</sup>; «суспільні відносини у сфері охорони гарантованих ст. 51 Конституції України прав на охорону державою дитинства, материнства, батьківства і сім'ї, а також установлений порядок і організація усиновлення (удочеріння), установлення опіки (піклування), передачі дитини на виховання в родину громадян»<sup>215</sup>; «суспільні відносини, що забезпечують нормальний розвиток і виховання неповнолітніх дітей. Крім того, в окремих

випадках, цей злочин може спричинити шкоду здоров'ю, життю та іншим правоохоронюваним інтересам усиновителів та усиновлених»<sup>216</sup>; «нормальний фізичний, психічний і соціальний розвиток неповнолітніх, що залишилися без батьків чи батьківського піклування, а додатковим об'єктом є встановлений порядок усиновлення (удочеріння) дітей, передачі їх під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ю громадян»<sup>217</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає в:

1) незаконній посередницькій діяльності щодо: а) усиновлення (удочеріння) дитини, б) передачі її під опіку (піклування), в) передачі її на виховання в сім'ю громадян;

2) інших незаконних діях щодо: а) усиновлення (удочеріння) дитини, б) передачі її під опіку (піклування), в) передачі її на виховання в сім'ю громадян.

Усиновлення – це прийняття усиновлювачем у свою сім'ю особи на правах дочки чи сина, що здійснене на підставі рішення суду чи в деяких випадках – іншого уповноваженого органу, в т.ч. іноземної держави (ст.ст. 207, 282 СК). Чинне сімейне законодавство не розділяє поняття «усиновлення» та «удочеріння».

**Опіка (піклування)** є особливою формою державної турботи про неповнолітніх дітей, що залишилися без піклування батьків, та повнолітніх осіб, які потребують допомоги щодо забезпечення їх прав та інтересів. Опіка (піклування) встановлюється для забезпечення виховання неповнолітніх дітей, які внаслідок смерті батьків, хвороби батьків або позбавлення їх батьківських прав чи з інших причин залишилися без батьківського піклування, а також для захисту особистих і майнових прав та інтересів цих дітей. Опіка (піклування) встановлюється також для захисту особистих і майнових прав та інтересів повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати свої обов'язки.

**Передача дитини на виховання в сім'ю громадян** передбачає передачу дитини-сироти або дитини, яка позбавлена батьківського піклування, у сім'ю патронатного вихователя, у прийомну сім'ю або до дитячого будинку сімейного типу.

**Під посередницькою діяльністю щодо усиновлення (удочеріння) дитини, передачі її під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ю громадян** слід розуміти вчиненні особою (посередником) певних дій від імені чи за дорученням і в інтер-

<sup>214</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 434.

<sup>215</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. Є.Л. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 90.

<sup>216</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / 3-тє вид., перероб. і доп.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 149.

<sup>217</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 2-ге вид., перероб. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2002. – С. 340.

есах зацікавленої в цьому особи (як правило, особи, яка має намір усиновити (удочерити) дитину, стати опікуном або піклувальником чи взяти дитину на виховання в сім'ю), а також будь-яка комерційна (спрямована на отримання прибутку) діяльність щодо сприяння усиновленню (удочерінню), передачі її під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ю громадян із сприянням, крім іншої діяльності, що здійснюється відповідно до закону (надання юридичних послуг, здійснення перекладу тощо).

Прикладами такої діяльності можуть бути: розшук батьків, опікунів (піклувальників) дитини, яку планується усиновити, та отримання від них згоди на усиовлення; ведення переговорів з уповноваженими службовими особами з метою спонукати їх прийняти позитивне рішення щодо усиовлення, опіки (піклування); надання послуг щодо оформлення документів, які б дали змогу усунути обмеження, що встановлені законодавством для усиовителів, опікунів чи піклувальників, батьків-вихователів тощо.

Ч. 1 ст. 169 КК говорить про *незаконну* посередницьку діяльність, що дає підстави зробити висновок про можливість існування *законної* посередницької діяльності щодо усиовлення (удочеріння) дитини, передачі її під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ю громадян. Проте ст. 216 СК передбачає: «Посередницька, комерційна діяльність щодо усиовлення дітей, передавання їх під опіку, піклування чи на виховання в сім'ї громадян України, іноземців забороняється».

Деякі автори тлумачать це положення як таке, що забороняє тільки комерційну посередницьку діяльність<sup>218</sup>, що не можна вважати правильним. Зокрема, чинна редакція ч. 10 ст. 24 Закону України «Про охорону дитинства» майже дослівно повторює текст викладеної вище норми: «Посередницька, комерційна діяльність щодо усиовлення дітей, передавання їх під опіку, піклування чи на виховання в сім'ї громадян України, іноземців або осіб без громадянства забороняється». Але до внесення до неї змін Законом України від 3 лютого 2005 р. вона мала дещо інший зміст: «Посередницька комерційна діяльність щодо усиовлення дітей, передачі їх під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ї громадян України або громадян інших держав забороняється законом». Таким чином, наявність коми між словами «посередницька» та «комерційна» в чинних текстах ст. 216 СК та ч. 10 ст. 24 Закону України «Про охорону дитинства» є не випадковістю, а свідомим рішенням законодавця. Саме тому на сьо-

<sup>218</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / За заг. ред. Є.А. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 90; Уголовный кодекс Украины: Научно-практический комментарий. – 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Е.А. Стрельцов. – Х.: Одиссей, 2006. – С. 337.

годні в Україні *незаконною* є як будь-яка посередницька, так і будь-яка комерційна діяльність.

Перелік інших незаконних дій щодо усиовлення (удочеріння) дитини, передачі її під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ю громадян не є вичерпним. Вони можуть полягати у: примушуванні дитини до давання нею згоди на усиовлення (удочеріння); прийнятті рішень про усиовлення (удочеріння) за відсутності для того законних підстав; прийнятті рішень про усиовлення (удочеріння) дитини особами, котрі відповідно до чинного законодавства не мають на це права; підробленні документів з метою приховування обставин, які мають суттєве значення для прийняття рішення про усиовлення (удочеріння) тощо. В останньому випадку дії винної особи залежно від обставин злочину потребують додаткової кваліфікації за відповідними частинами ст. 358 або ст. 366 КК.

Якщо дії винної особи при вчиненні дій, які підпадають під дію ст. 169 КК, містять ознаки іншого злочину, кваліфікація таких дій повинна здійснюватися за сукупністю злочинів, передбачених ст. 169 і відповідною статтею КК.

При вирішенні питання про притягнення до кримінальної відповідальності особи за вчинення незаконних дій щодо усиовлення (удочеріння) дитини, передачі її під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ю громадян необхідно з'ясувати чи не є ці дії малозначними в розумінні ч. 2 ст. 11 КК.

Склад злочину, передбаченого ст. 169 КК, є формальним і вважається закінченим з моменту вчинення вищевказаних дій.

**Суб'єкт** злочину – загальний: ним може будь-яка осудна фізична особа, котра досягла шістнадцятирічного віку, саме: особи, котрі бажають усиновити (удочерити) дитину, взяти її під опіку або піклування, на виховання до своєї сім'ї; представники органу опіки та піклування, працівники суду тощо.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною формою вини. Мотиви та мета його вчинення значення для кваліфікації не мають.

У ч. 2 ст. 169 КК зазначаються **кваліфікуючі ознаки** даного злочину, серед яких вчинення незаконних дій щодо усиовлення (удочеріння): 1) щодо кількох дітей; 2) повторно; 3) за попередньою змовою групою осіб; 4) з використанням службового становища; 5) якщо вони спричинили тяжкі наслідки.

Вчинення незаконних дій щодо усиовлення (удочеріння) *щодо кількох дітей* полягає у незаконній посередницькій діяльності або інших незаконних діях щодо усиовлення (удочеріння) дітей, передачі їх під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ю громадян, якщо ці дії одночасно

вчиняються стосовно двох і більше дітей.

Якщо ж винна особа вчиняє такі дії щодо кількох дітей не одночасно (спочатку щодо однієї, потім щодо іншої і т.д.), то це охоплюється ознакою *повторності*.

Поняття *«тяжкі наслідки»* у контексті ч. 2 ст. 169 КК є оціночною категорією, а тому їх наявність необхідно визначати у кожному конкретному випадку. Тяжкі наслідки можуть полягати в самогубстві дитини, порушенні психіки дитини, втягненні її у злочинну діяльність, сексуальну експлуатацію тощо.

### 7.6. Злочини проти соціально-економічних і культурних прав людини

Статті 172-175, 183, 184 КК забезпечують охорону низки соціально-економічних і культурних прав людини – так званих прав «другого покоління», які мають гарантувати людині мінімальний рівень достойного життя, можливість самостійно заробляти своєю працею, можливість отримати необхідну медичну допомогу, освіту тощо.

Чотири із шести названих статей (ст.ст. 172-175 КК) традиційно відносять до групи кримінально-правових норм, що охороняють трудові права громадян: право на працю, включаючи право на отримання плати за працю, право на відпочинок і право на страйк. Слід зазначити, що право на безпечні умови праці сьогодні охороняється нормами, розміщеними в окремому розділі – «Злочини проти безпеки виробництва» (розділ X Особливої частини КК), хоча в КК 1960 р. стаття «Порушення вимог законодавства про охорону праці», як і інші норми, що стосувалися трудових прав людини, знаходилася в главі «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина», а в КК 1922 року відповідальність за порушення законодавства про працю і про охорону праці була взагалі передбачена однією статтею (ст. 132)<sup>219</sup>.

Ст. 175 КК окрім права на своєчасне одержання винагороди за працю, захищає також право на соціальний захист і допомогу (виплату пенсій та інших установлених законом виплат громадянам) і частково – право на освіту (право осіб, які навчаються, на отримання стипендії). Ст. 183 спрямована на охорону права на освіту, а ст. 184 – права на безоплатну медичну допо-

<sup>219</sup> Г.Д. Луцик вважає, що злочини проти трудових прав людини, розміщені сьогодні в V і X розділах Особливої частини КК, мають спільний родовий об'єкт і повинні бути об'єднані в одному розділі (Луцик Г.Д. Злочини проти трудових прав людини: проблемні питання об'єкта за чинним КК України. – 2009. – № 4. – С. 229-230, 234).

могу. Проте остання норма – не єдина, що стосується правовідносин у галузі охорони здоров'я.

Інші такі норми розміщені в розділах II, III, XIII Особливої частини «Злочини проти життя та здоров'я особи», «Злочини проти волі, честі та гідності особи», «Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення»: ст.ст. 131 «Неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби», 132 «Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби», 134 «Незаконне проведення абортів», 138 «Незаконна лікувальна діяльність», 139 «Ненадання допомоги хворому медичним працівником», 140 «Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником», 141 «Порушення прав пацієнта», 142 «Незаконне проведення дослідів над людиною», 143 «Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини», 144 «Насильницьке донорство», 145 «Незаконне розголошення лікарської таємниці», 151 «Незаконне поміщення в психіатричний заклад», 319 «Незаконна видача рецепта на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин», 325 «Порушення санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним захворюванням та масовим отруєнням»<sup>220</sup>.

**Грубе порушення законодавства про працю** (ст. 172 КК).

**Суспільна небезпека злочину** полягає у

<sup>220</sup> Утім, говорити про об'єднання всіх цих норм в одному розділі, попри те, що всі вони стосуються сфери охорони здоров'я, не слід, адже вони насправді посягають на різні об'єкти кримінально-правової охорони. Тільки один дослідник цієї проблеми – В.О. Глушков у своїй монографії чітко наголошує на суб'єкті злочину (медичний і фармацевтичний працівник) як єдиному критерію формування системи злочинів у сфері охорони здоров'я та наводить аргументи для відхилення інших можливих критеріїв поділу та класифікації. У процесі свого дослідження В.О. Глушков дійшов висновку про необхідність виділити в КК окрему главу про злочини проти народного здоров'я, в якій він пропонував, зокрема, розташувати норми про злочини, вчинені медичними працівниками з порушенням своїх професійних обов'язків: незаконне проведення абортів, ненадання допомоги хворому особою медичного персоналу, незаконна лікувальна діяльність, порушення правил у боротьбі з епідеміями, порушення правил поведінки із отруйними, сильнотоксичними і наркотичними речовинами, злочинно-недбале порушення професійних обов'язків медичним працівником, порушення права пересадки органів і тканин, розголошення лікарської таємниці (Ясеницький В. Стан дослідження проблеми охорони прав пацієнта в юридичній літературі // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2007. – Вип. 45. – С. 184, 186; Глушков В.А. Ответственность за преступления в области здравоохранения. – К.: Высшая шк. Головное изд-во, 1987. – С. 31).



порушенні встановлених Конституцією України та іншими нормативно-правовими актами трудових прав громадян. Злочином порушується принцип рівноправності сторін, між якими укладається трудовий договір, створюються умови для зловживань з боку роботодавців відносно працівників, в односторонньому порядку змінюються умови праці у бік їх погіршення, іноді вони стають навіть гіршими, ніж визначений чинним законодавством мінімум.

**Основним безпосереднім об'єктом** злочину є правопорядок у сфері реалізації громадянами їх трудових прав. Додатковим та факультативним об'єктами можуть бути правовідносини у сфері реалізації права на здоров'я, волю, честь і гідність особи, авторитет органів державної влади і місцевого самоврядування тощо.

*Потерпілими* від злочину можуть бути працівники підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності. При цьому обов'язковим для визнання працівника потерпілим є наявність укладеної між ним та роботодавцем не будь-якої угоди, а саме трудового договору.

Трудовим договором (відповідно до ст. 21 КЗпП) є угода між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом чи фізичною особою-суб'єктом підприємницької діяльності, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядкові, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа-суб'єкт підприємницької діяльності зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін.

До кримінальної відповідальності згідно зі ст. 172 КК можуть притягуватися особи, які порушили трудові права працівників, що виникли на підставі трудового договору укладеного на невизначений строк, строкового трудового договору (зокрема контракту), або трудового договору, який укладається на час виконання певної роботи. При цьому не має значення працівника було прийнято на робоче місце, яке визначене штатним розкладом чи, навпаки, не визначене; на вільне робоче місце, чи на якому вже перебуває інший працівник. Проте укладення угоди на виконання певної роботи за так званою трудовою угодою, яка за своєю юридичною суттю є цивільно-правовою й подальше її безпідставне розірвання не може кваліфікуватися за ст. 172 КК.

Потерпілими від злочину, що аналізується, можуть бути особи, котрі не тільки працюють за

основним місцем роботи, а й на умовах сумісництва. Також за ст. 172 КК, за наявності всіх необхідних ознак, можливо кваліфікувати дії осіб, котрі скоїли злочин відносно потерпілого з яким при його прийнятті на роботу не тільки не була укладена угода в письмовій формі, але й не видавався відповідний наказ, хоча фактично працівник до роботи був допущений.

За ст. 172 КК потерпілими можуть визнаватися й особи, які взагалі є непрацюючими. До злочинних діянь відносно цієї категорії осіб слід відносити випадки, коли особі, котра бажає отримати роботу, безпідставно відмовляють. Наприклад, при оголошенні конкурсу на вакантну посаду кандидату, який відповідає усім вимогам, відмовляють тому, що договір укладають з особою, яка хоча і має нижчу кваліфікацію й інші професійні якості, проте є чийсь протеже; відмовляють в прийнятті на роботу вагітної жінки чи матері, яка має дитину віком до чотирнадцяти років або дитину-інваліда тощо.

Згідно зі ст. 172 КК не є потерпілими особи, правовий статус яких регламентуються спеціальними положеннями, статутами, інструкціями тощо. До цієї категорії осіб слід відносити працівників органів внутрішніх справ, податкової міліції, які мають спеціальні звання, військовослужбовців тощо, оскільки незважаючи на те, що певна частина відносин, котрі виникають між ними і структурою-роботодавцем є трудовими, але основна частина відносин між зазначеними суб'єктами регулюються нормативно-правовими документами про проходження служби.

Не є потерпілими від аналізованого злочину особи, котрих виключили із складу колективних сільськогосподарських підприємств, засновників чи учасників господарських товариств. Проте якщо ця особа перебуває у трудових відносинах з господарюючим суб'єктом і її виключення поєднане зі звільненням, то за наявності необхідних ознак скоєне винними особами підлягає кваліфікації за ст. 172 КК.

**Об'єктивна сторона** злочину може виявлятися у діях або бездіяльності, якими порушуються трудові права громадян. Законодавець у тексті статті диференціював форми злочину на: а) незаконне звільнення працівника з роботи; б) інше грубе порушення законодавства про працю.

*Незаконне звільнення працівника з роботи* виявляє собою розірвання трудового договору з працівником на порушення встановленої процедури або без законних підстав, тобто, з грубим порушенням відповідних правових норм.

Незаконним звільнення буде визнаватися у випадках, коли, наприклад, звільнення здійснюється за скороченням штатів, проте фактично скорочення не відбувається; працівника було

звільнено за скороченням штатів без працевлаштування, яке адміністрація могла здійснити, а працівник на нього був згодний; мало місце звільнення за прогул за умови, що причини відсутності на роботі працівника були поважними; працівника було звільнено за з'явлення на роботі у нетверезому стані, проте ця обставина не була підтверджена доказами; працівника звільнили за з'явлення на роботі у стані наркотичного чи токсичного сп'яніння, однак цей факт не був підтверджений висновком спеціаліста (лікаря-нарколога); звільнення було здійснено за систематичне невиконання трудових обов'язків чи порушення правил трудового розпорядку за умови фактичної відсутності системи порушень (за відсутності факту дисциплінарного проступку); звільнення було здійснено з порушенням строків притягнення до дисциплінарної відповідальності; підставою звільнення було одноразове грубе невиконання трудових обов'язків особою, котру не можна віднести до переліку спеціальних суб'єктів, визначених ст. 41 КЗпП; за вчинення аморального проступку було звільнено працівника, який не виконував виховних функцій тощо.

Інше грубе порушення законодавства про працю може знаходити свій вияв у використанні праці жінок на підземних роботах; залученні жінок до робіт, які поєднані з переміщенням предметів, маса котрих перевищує встановлені граничні норми; безпідставному притягненні працівника до повної матеріальної відповідальності; залученні працівника до надурочних робіт з порушенням норм, встановлених для робіт цього виду; ненаданні працівнику упродовж кількох років щорічної відпустки без достатніх підстав; ненаданні додаткової перерви для відпочинку особам, які залучені до праці з підвищеним фізичним навантаженням тощо<sup>221</sup>.

Спеціальні види грубого порушення зако-

<sup>221</sup> В.І. Павликівський визнає недоцільним відмежування злочинного порушення законодавства про працю від незлочинного за допомогою оціночної ознаки. На його думку, оціночна ознака «грубе порушення законодавства про працю», перш за все, характеризує саме діяння, а не його наслідки. Визнання порушення «грубим» залежить від оцінки наступних критеріїв, кожний з яких має самостійне значення: 1) характеру порушуваних трудових прав людини; 2) категорії працівника, права якого порушуються; 3) об'єктивних ознак здійснюваного порушення (систематичність, тяжкі наслідки та ін.); 4) суб'єктивних ознак здійснюваного порушення (злісність, особисті неприязненні стосунки). Водночас правознавець звертає увагу на те, що використання в кримінально-правовій нормі оціночних критеріїв приховує в собі можливість судових помилок унаслідок наявності суб'єктивного моменту в їх застосуванні. З огляду на це, він говорить про необхідність, там де це можливо, використовувати не оціночні, а формально-визначені критерії для встановлення кримінальної відповідальності (Павликівський В.І. Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про працю, не пов'язані з посяганням на життя та здоров'я: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 15).

нодавства про працю передбачені ст. 173 КК. Якщо винний скоїв грубе порушення угоди про працю шляхом обману чи зловживання довірою або примусом до виконання роботи, не зумовленою угодою, то за всіх необхідних підстав його дії утворюють склад злочину, передбачений ст. 173 КК. Наприклад, відповідний представник адміністрації вищого навчального закладу порушивши умови контракту, якими визначається трудова функція науково-педагогічного працівника, примусив останнього виконувати роботу, яка не зумовлена контрактом.

При цьому визначальними критеріями розмежування ст. 172 та ст. 173 КК є більш вузьке коло порушень (якщо в ст. 172 мова йде про порушення законодавства про працю, то в ст. 173 – умов угоди про працю), а також способи скоєння злочину, що містяться у тексті у ст. 173 КК – *шляхом обману, зловживання довірою, примусом до виконання роботи не обумовленою угодою*. Відсутність зазначених ознак у діях винного утворює склад злочину, який передбачений ст. 172 КК.

У деяких випадках грубе порушення законодавства про працю знаходить свій вияв у порушенні вимог законодавства про охорону праці, у порушенні правил безпеки на певних підприємствах та під час виконання певних робіт. За таких умов діяння винних можуть містити склади злочинів, передбачені ст. ст. 271, 272, 273, 274, 275 КК і додаткової кваліфікації за ст. 172 КК не потребують. Проте безпідставне звільнення з роботи або інше грубе порушення законодавства про працю відносно особи, яка раніше отримала ушкодження здоров'я внаслідок незабезпечення адміністрацією умов охорони праці, може кваліфікуватися за сукупністю ст. 172 і ст. ст. 271, 272, 273, 274, 275 КК.

У деяких випадках грубе порушення законодавства про працю супроводжується примушуванням особи до вступу в статевий зв'язок винним, від якого потерпілий по службі залежний. Оскільки такими діями винної особи спричиняється шкода різним об'єктам (статевій свободі особи й її трудовим правам), то за наявності усіх необхідних ознак скоєне винним підлягає кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ст. 154 та ст. 172 КК.

Умисне порушення законодавства про працю, які не можна визнати грубими, тягнуть адміністративну відповідальність за ст. 41 КпАП.

Злочини, ознаки яких виписані у ст. 172 КК, можуть визнаватися закінченими як з моменту настання суспільно небезпечних наслідків, так і в окремих випадках з моменту скоєння суспільно небезпечних діянь.

**Суб'єктивна сторона злочину може знахо-**

дити свій вияв лише у умисній формі вини. При цьому змістом умислу є усвідомлення особою фактичних ознак вчиненого (зокрема, безпідставне видання наказу про звільнення, систематичне ненадання щорічної відпустки тощо) і усвідомлення суспільної небезпеки скоєного, тобто грубого порушення трудових прав громадян.

У ч. 1 ст. 172 КК обов'язковою ознакою складу злочину у формі незаконного звільнення працівника з роботи закріплено *особисті мотиви*. До таких слід відносити помсту, особисту неприязнь, заздрість, користь, ревнощі, бажання догодити особі, яка звернулася з проханням про прийняття на вільне робоче місце свого родича, тощо.

Проте скоєння злочину в іншій формі, передбаченій в цій же частині ст. 172, а саме – «інше грубе порушення законодавства про працю» не передбачає наявності певного мотиву як обов'язкової ознаки<sup>222</sup>.

Для кваліфікації дій винного за ч. 2 ст. 172 КК також не має значення, з яких мотивів діяла винна особа – чи то з особистих мотивів, чи неправильно усвідомлюваних інтересів служби або, навпаки, в інтересах служби. Наприклад, за ст. 172 КК можуть кваліфікуватися дії винного, який відмовляє у прийомі на роботу вагітної жінки, розуміючи, що у найближчому майбутньому вона вийде у відпустку у зв'язку з вагітністю та пологами, а потім у відпустку для догляду за дитиною.

У випадку, якщо незаконне звільнення працівника з роботи або інше грубе порушення законодавства про працю вчинене з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, у зв'язку з політичними переконаннями потерпілого, статтю, етнічним чи соціальним його походженням, майновим станом, місцем проживання, з мовними ознаками, то такі дії винного можуть бути способом скоєння злочину «порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії» і потребують кваліфікації за ст. 161 КК. У цьому випадку додаткова кваліфікація дій винного за ст. 172 КК є зайвою.

Слід зазначити, що ознаки суб'єктивної сторони є визначальними при розмежуванні зло-

чину, передбаченого ст. 172 КК, від інших видів правопорушень у сфері здійснення трудових прав громадян, які віднесено до інших галузей законодавства.

Одним з основних критеріїв, що дозволяє вирішити питання про застосування тієї чи іншої правової норми є форма вини. За умисного скоєння грубого порушення законодавства про працю, здебільшого, можна констатувати, що діяння винного утворює склад злочину, передбаченого ст. 172 КК, а за необережності – скоєне винним охоплюється ознаками складу адміністративного або дисциплінарного правопорушення (за певних обставин діяння може містити склад злочину, передбаченого ст. 367 КК).

При цьому потребує встановлення зміст інтелектуальної та вольової ознак умислу. Якщо особа, яка скоїла грубе порушення законодавства про працю, усвідомлювала протиправність своїх дій, тобто, усвідомлювала, що нею спричиняється порушення законодавства про працю (при цьому усвідомлення чи, навпаки, неусвідомлення кримінальної караності відповідних діянь для кримінально-правової оцінки значення не мають, – наприклад, особа усвідомлювала безпідставність звільнення або порушення процедури звільнення працівника), і незважаючи на ці обставини, скоїла зазначені дії, то є всі підстави для кваліфікації її дій за ст. 172 КК.

Якщо ж особа, приймаючи рішення, помилялася щодо законності своїх дій, то скоєне нею не можна вважати злочином. Наприклад, особа, вважаючи, що у діях працівника є систематичне невиконання трудових обов'язків, видає наказ про звільнення працівника відповідно до п. 2 ст. 40 КЗпП України. Проте при цьому залишає поза своєю увагою ту обставину, що застосування заходів дисциплінарного впливу за перше порушення мало місце більш як рік тому. У цьому випадку дії особи, яка видала наказ про звільнення не, містять складу злочину, передбаченого ст. 172 КК, оскільки вона помилково вважала, що діяла у межах закону.

**Суб'єктом** злочину може бути службова особа, якій надане право прийому-звільнення працівника з роботи, вирішувати питання про надання відпустки, переведення на іншу роботу, встановлення норм виробітку, а також фізична особа – підприємець, яка має право використовувати найману працю.

Грубе порушення законодавства про працю потрібно відмежовувати від злочину, передбаченого ст. 150 КК «Експлуатація дітей».

Укладення угоди (незважаючи на подальше дотримання її умов чи, навпаки, порушення) з особою для подальшого продажу чи іншої передачі іншим особам з метою сексуальної експлуа-

<sup>222</sup> С. Стефанський справедливо вказує на певну недосконалість ч. 1 ст. 172 КК, в якій, по суті, дублюються форми об'єктивної сторони. Так, незаконне звільнення працівника з роботи з особистих мотивів охоплюється першою формою об'єктивної сторони тоді, як аналогічне діяння, вчинене з інших мотивів, може підпадати під ознаки другої. Враховуючи це, автор пропонує виключити з цієї норми вказівку на першу форму об'єктивної сторони та викласти диспозицію ст. 172 КК у такій редакції: «Грубе порушення законодавства про працю – карається...» (Стефанський С. Соціальна характеристика криміналізації та кримінально-правова характеристика грубого порушення законодавства про працю // Вісник прокуратури. – 2010. – № 6. – С. 69-70).



тації, використання в порнобізнесі, втягнення у злочинну діяльність, залучення у боргову кабалу тощо під приводом її працевлаштування за кордоном за наявності усіх необхідних ознак утворює склад злочину «торгівля людьми або інша незаконна угода щодо передачі людини» і кваліфікується за ст. 149 КК.

Ч. 2 ст. 172 КК передбачені **кваліфікуючі ознаки** злочину – грубе порушення законодавства про працю щодо неповнолітнього, вагітної жінки чи матері, яка має дитину віком до чотирнадцяти років або дитину-інваліда.

Злочинні дії, що утворюють склад злочину згідно з ч. 2 ст. 172 КК, тотожні викладеним у ч. 1 ст. 172, але лише в контексті їх вчинення відносно зазначених у диспозиції норми категорій осіб. Злочинні дії з точки зору кваліфікації за ч. 2 ст. 172 можуть полягати, наприклад, у: відмові встановити неповнолітньому працівнику скорочену тривалість робочого часу; залученні неповнолітніх і вагітних жінок до надурочних робіт, відмові у прийомі на роботу вагітної жінки або матері, яка є одинокою і має дитину у віці до чотирнадцяти років або дитину-інваліда.

**Грубе порушення угоди про працю** (ст. 173 КК).

**Безпосереднім об'єктом** злочину є порядок у сфері реалізації громадянами їх трудових прав. Додатковим та факультативним об'єктами можуть бути правовідносини у сфері реалізації права на здоров'я, волю, честь і гідність особи, авторитет органів державної влади і місцевого самоврядування тощо.

**Потерпілими** від злочину є особи, які перебувають у трудових відносинах з підприємством, установою, організацією незалежно від їх форми власності. Ознаки категорій працівників, злочинні діяння проти яких утворюють склад злочину, передбаченого ст. 173 КК, тотожні тим, що передбачені ст. 172 КК і розглянуті вище.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає в діянні (дії або бездіяльності), яким порушуються умови укладеного між адміністрацією підприємства-роботодавця (установи, організації) й працівником трудового договору.

Поняття «*угода про працю*» за змістом кримінального закону є синонімом поняття «*трудоий договір*», що використовується у чинному законодавстві про працю.

Поняттям «угода про працю» не охоплюється колективний договір, який укладається між власниками (уповноваженими ними органами), з одного боку, та з іншого – профспілковою організацією або єдиним представницьким органом кількох профспілкових організацій, а у разі їх відсутності – представниками, вільно обраними

на загальних зборах найманих працівників або уповноважених ними органів.

Якщо працівник фактично був допущений до роботи, але трудовий договір у письмовій формі з ним не укладався, умови трудової угоди визначаються умовами усної домовленості, яка мала місце між сторонами. У цьому випадку порушенням умов угоди про працю буде вважатися порушення положень, відносно яких сторони домовилися усно.

У диспозиції ст. 173 КК не визначається перелік порушень угоди про працю, які за своїм характером слід визнавати грубими. Це питання повинно вирішуватися у кожному конкретному випадку окремо. Кримінально карані *порушення угоди про працю* можуть знаходити свій вияв у: роботі працівників у вихідні дні без видання наказу й надання згоди на таку роботу профспілковим органом; переведенні працівника без його згоди на іншу роботу; зміні істотних умов праці без достатніх підстав, невстановленні скороченого робочого дня для категорій осіб, які мають право на це; незаконному притягненні працівника до повної матеріальної відповідальності; невиплаті працівнику коштів на відрядження тощо.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину є спосіб його скоєння. Згідно з ч. 1 ст. 173 КК грубим порушенням угоди про працю є таке, що вчинене шляхом: 1) обману; 2) зловживання довірою; 3) примусу до виконання роботи, не обумовленої договором.

**Обман** як спосіб скоєння злочину означає повідомлення потерпілому неправдивих відомостей або приховування фактів, повідомлення про які було обов'язковим, що вводить потерпілого в оману. У першому випадку грубе порушення угоди про працю вчинюється в активній формі шляхом активної дезінформації потерпілого (тобто має місце спотворення істини, що викликало у останнього неправильне уявлення про ті чи інші факти, обставини тощо), а у другому – в пасивній формі шляхом замовчування істини, неповідомлення потерпілому відомостей про обставини, знання яких істотно вплинуло б на поведінку останнього. Обман можливий щодо фактів, які відносяться до минулого, теперішнього і майбутнього.

Поняттям грубого порушення угоди про працю шляхом обману охоплюються, зокрема, випадки залучення працівника до виконання роботи під приводом виробничої потреби, хоча фактично з 13 січня 2000 р. поняття виробничої потреби з КЗпП виключено, введення працівника в оману стосовно умов праці, введення працівника в оману щодо пільг, надбавок та компенсацій, які він фактично не отримує, хоча

повинен отримувати, притягнення працівника до повної матеріальної відповідальності без достатніх підстав.

*Зловживання довірою* як спосіб вчинення злочину означає недобросовісне користування довірою з боку потерпілого особисто до винного чи до організації з метою грубого порушення умов, на яких укладено трудовий договір. Довіра може базуватись на особистих, родинних стосунках з потерпілим, авторитеті підприємства-роботодавця чи його керівництва тощо. Скоєння злочину зазначеним способом може полягати: у прийомі на роботу працівника із запевненням його про письмове оформлення прийому у подальшому, але у дійсності трудова діяльність працівника не документується; у нестворенні необхідних умов праці, відносно яких перед укладенням трудового договору між сторонами було досягнуто угоду; у залученні до роботи у вихідний день без надання компенсації, наперед обіцяної уповноваженим представником власника, тощо.

*Примусом до виконання роботи, не обумовленою угодою*, слід визнавати застосування до потерпілого незаконних засобів впливу з метою примушування його до виконання трудової функції, не обумовленої відповідним трудовим договором. Зазначені засоби можуть полягати як безпосередньо у психічному чи фізичному впливі на потерпілого, а також у використанні заходів дисциплінарного впливу, так й в створенні умов, за яких потерпілий вимушений виконувати роботу, щоб уникнути небажаних для себе наслідків.

На практиці найбільш поширеними прикладами примусу є: незаконне переведення на іншу роботу; незаконна зміна істотних умов трудового договору; примушування до виконання додаткової трудової функції чи пов'язане з розширенням зони обслуговування без згоди працівника; незаконне переведення на іншу роботу під час простою; публічне протиставлення осіб, що виконують роботу, не зумовлену трудовим договором й тих, що відмовилися, з метою створити останнім психологічний дискомфорт у трудовому колективі тощо.

Якщо дії, спрямовані на примушування потерпілого виконувати роботу, яка не входить до його трудової функції, містять ознаки іншого складу злочину, наприклад, погрози вбивством, нанесення побоїв, заподіяння тілесних ушкоджень і т. ін., то за таких обставин скоєне слід кваліфікувати за правилами сукупності злочинів, тобто за ст. 173 і ст. ст. 129, 126, 125 КК.

Грубе порушення умов трудової угоди, що знайшло свій вияв у незаконному звільненні з роботи особи, яка працює на умовах строково-

го трудового договору (зокрема, контракту), охоплюється складом незаконного звільнення і потребує кваліфікації не за ст. 173, а 172 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом.

**Суб'єкт** злочину є спеціальним. Ним може бути службова особа підприємства, установи, організації, а також фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності (або уповноважені ними особи), які мають право використовувати найманих працівників<sup>223</sup>.

**Кваліфікуючі ознаки** злочину передбачені ч. 2 ст. 173 КК, згідно з якою кримінальна відповідальність настає за грубе порушення угоди про працю (зокрема скоєне шляхом обману, зловживання довірою або примусом до виконання роботи, не зумовленою угодою) стосовно громадянина, з яким укладена угода щодо його роботи за межами України.

Дія цієї норми поширюється на випадки, коли особа, що працює за кордоном, залишається у трудових відносинах з роботодавцем, що діє в Україні та який відрядив цю особу за кордон, у зв'язку з чим такі трудові відносини у повному обсязі або частково регулюються трудовим законодавством України. До зазначеної категорії працівників можна віднести моряків, нафтовиків, будівельників, льотчиків та інших категорій працівників, на трудові відносини між якими і роботодавцем поширюються норми трудового законодавства України або міжнародних угод, ратифікованих Україною.

<sup>223</sup> Н. Чекан указує на недосконалість положень ст. 173 КК у частині визначення суб'єкта злочину. Зокрема, він указує на неоднозначність тлумачення поняття «службова особа»: одні науковці (М.І. Мельник, М.І. Хавронюк, В.І. Тютюгін) вважають, що підприємець, який здійснює підприємницьку діяльність без створення юридичної особи, може визнаватися службовою особою, а інші науковці (П.П. Андрушко, А.А. Стрижевська) з цим не погоджуються. Н. Чекан також говорить, що є незрозумілим, кого слід вважати уповноваженими особами як суб'єктами зазначеного злочину. Також зазначається, що під «окремим громадянином» можна розуміти будь-яку особу, яка є загальним суб'єктом злочину. Нею може бути як службова особа, приватний підприємець, так і працівник. Ураховуючи це, правознавець пропонує із тексту ч. 1 ст. 173 КК виключити слова «службовою особою підприємства, установи, організації незалежно від форм власності, а також окремим громадянином або уповноваженою ними особою». Це означатиме, що суб'єкт злочину стане загальним. Зі змісту об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 1 ст. 173 КК, вбачається, що кримінально караним є грубе порушення угоди про працю шляхом обману, зловживання довірою, примусу до виконання роботи, не зумовленої угодою. Вчинити це діяння може тільки особа, яка уклала угоду про працю, або якщо дія цієї угоди поширюється на неї. Буде зрозумілим, що скоїти злочин може лише особа, для якої характерні всі ознаки загального суб'єкта злочину та яка уклала угоду про працю, або якщо дія цієї угоди поширюється на неї (Чекан Н. Актуальні питання розвитку кримінально-правової політики у сфері боротьби зі злочинами, пов'язаними з порушенням законодавства про працю // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010. – Вип. 51. – С. 404-405).

Не утворює складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 173 КК, праця громадян України у представництвах, філіях чи підприємствах іноземних держав, розташованих на території України, на яких поширюється положення трудового законодавства України, а у деяких випадках – і положення трудового законодавства інших держав.

**Примушування до участі у страйку або перешкоджання участі у страйку (ст. 174 КК).**

Згідно зі ст. 44 Конституції України ті, хто працює, мають право на страйк для захисту своїх економічних і соціальних інтересів. Відповідно до ст. 17 Закону України від 3 березня 1998 р. «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» страйк є крайнім засобом (коли всі інші можливості вичерпано) вирішення колективного трудового спору (конфлікту) у зв'язку з відмовою власника або уповноваженого ним органу (представника) задовольнити вимоги найманих працівників або уповноваженого ним органу, профспілки, об'єднання профспілок чи уповноваженого нею (ними) органу.

Указана норма визначає *страйк* як тимчасове колективне добровільне припинення роботи працівниками (невихід на роботу, невиконання своїх трудових обов'язків) підприємства, установи, організації (структурного підрозділу) з метою вирішення колективного трудового спору (конфлікту)<sup>224</sup>.

Підстави і порядок здійснення права на страйк встановлюються чинним законодавством. До основних положень порядку вирішення колективних трудових спорів відносяться:

1). Страйк може бути розпочато, якщо мирні процедури не привели до вирішення колективного трудового спору, або власник чи уповноважений ним орган ухиляється від примирних процедур або не виконує угоди, досягнутої в ході вирішення колективного трудового спору (конфлікту).

2). Рішення про оголошення страйку приймається загальними зборами (конференцією) найманих працівників шляхом голосування і вважається прийнятним, якщо за нього проголосувала більшість найманих працівників або дві третини делегатів конференції.

3). Орган (особа), який очолює страйк, зобов'язаний письмово попередити власника або уповноважений ним орган (представника) не пізніше як за сім днів до початку страйку, а у разі прийняття рішення про страйк на безперервно

діючому виробництві – за п'ятнадцять днів.

4). Місцеперебування під час страйку працівників, які беруть у ньому участь, визначається органом (особою), що керує страйком, за погодженням із власником або уповноваженим ним органом.

5). Нікого не може бути примушено до участі або до неучасті у страйку.

6). Рішення про визнання страйку незаконним приймається судом і зобов'язує учасників страйку прийняти рішення про припинення або відміну оголошеного страйку, а працівників розпочати роботу не пізніше наступної доби після дня вручення копії рішення суду органів (особі), що очолює страйк.

7). Проведення страйку забороняється працівникам (крім технічного та обслуговуючого персоналу) органів прокуратури, суду, Збройних Сил України, органів державної влади, безпеки та правопорядку.

8). Участь у страйку працівників, за винятком страйків, визнаних судом незаконними, не розглядається як порушення трудової дисципліни.

9). За працівниками, які не брали участь у страйку, але у зв'язку з його проведенням не мали можливості виконувати свої трудові обов'язки, зберігається заробітна плата.

10). Особи, винні в порушенні законодавства про колективні трудові спори (конфлікти), несуть дисциплінарну, адміністративну, цивільно-правову або кримінальну відповідальність згідно із законодавством.

**Суспільна небезпека** аналізованого злочину полягає у порушенні гарантованих працівникам прав на захист своїх економічних і соціальних інтересів шляхом здійснення ними заходів з активізації роботодавця щодо усунення порушень законодавства про працю або покращення її умов у порівнянні з існуючими. Злочином порушується одна із найважливіших засад порядку вирішення колективних трудових спорів – добровільності, спричиняється майнова й немайнова шкода господарюючим суб'єктам, створюються умови для виникнення соціальної напруженості у суспільстві.

**Основним безпосереднім об'єктом** злочину є правові відносини, якими визначаються підстави та порядок проведення страйку. Додатковим об'єктом можуть виступати життя, здоров'я, воля, власність, авторитет органів державної влади і місцевого самоврядування, громадська безпека та громадський порядок тощо.

**Потерпілими** від злочину є працівники, які згідно із чинним законодавством мають право на страйк.

Проте потерпілими, відповідно до ст. 174 КК,

<sup>224</sup> Право на страйк слід відрізняти від свободи зібрань (митингів, зборів, демонстрацій тощо), адже вони мають різну правову природу, порядок проведення та правові наслідки. Див. детальніше про це: Швець Н. Відмінності страйків від інших акцій протесту // Право України. – 2007. – № 8. – С. 57-60.



можуть бути також особи, яким згідно з чинним законодавством України заборонено проведення страйку<sup>225</sup>. До зазначеної категорії відносяться, зокрема, працівники органів прокуратури, суду, Збройних Сил України, органів державної влади, безпеки та правопорядку; працівники, трудова функція яких пов'язана з роботами, що мають характер підвищеної небезпеки і їх припинення внаслідок проведення страйку створює загрозу життю і здоров'ю людей, довкіллю або перешкоджає запобіганню стихійному лиху, аваріям, катастрофам, епідеміям та епізоотіям чи ліквідації їх наслідків тощо. Незаконний вплив на цю категорію осіб може знаходити вияв, наприклад, у примушуванні до проведення довгострокового страйку працівників, яких віднесено до обслуговуючого персоналу атомної електростанції; у випадку, коли особа, яка має за основну мету усунення з посади голови райдержадміністрації, шляхом погрози застосування насильства примушує до проведення страйку державних службовців-працівників райдержадміністрації тощо.

З **об'єктивної сторони** злочин може бути скоєний у формах: 1) примушування до участі у страйку; 2) перешкоджання участі у страйку.

Під примушуванням до участі у страйку або перешкоджанням участі у страйку слід розуміти скоєння винним активних дій, спрямованих на спонукання працівника до участі у страйку чи, навпаки, не приймати участі у страйку всупереч його волі.

Закон визначає обов'язковою ознакою складу злочину спосіб його скоєння. Примушування до участі у страйку й перешкоджання участі у страйку є кримінально караними за умови вчинення їх шляхом: 1) насильства; 2) погрози застосування насильства; 3) шляхом інших незаконних дій.

Під **наси́льством**, котре застосовується з метою примушування до участі у страйку або перешкоджання участі у страйку слід розуміти застосування фізичної сили, яке може виразитись у нанесенні побоїв, ударів, заподіянні легких тілесних ушкоджень, зв'язуванні тощо. Нанесення потерпілому побоїв за кваліфікованих ознак, середньої тяжкості або тяжких тілесних ушкоджень, позбавлення чи обмеження волі, скоєння убивства потребує кваліфікації за сукупності злочинів передбачених ст. 174 та ч. 2 ст. 126, ст. ст. 127, 122, 121, 146, 115 КК тощо.

За змістом ст. 174 КК насильство може застосовуватися саме до працівника підприєм-

ства, установи або організації у яких проводяться заходи з підготовки чи проведення страйку. Дії, що полягають у застосуванні будь-якого за характером насильства (у т. ч. ударів, побоїв і т. ін.) до інших осіб, зокрема, до близьких для працівників осіб (батьків, дружини, чоловіка, дітей, братів і сестер, діда, баби, онуків, а також до інших осіб, котрих особа, на яку бажають вплинути, вважає близькими для себе) з метою впливу безпосередньо на працівника, не підпадають під ознаки цього злочину, вчиненого «*шляхом насильства*», але охоплюються способом «*шляхом інших незаконних дій*», а тому в усіх випадках вони мають бути кваліфіковані за сукупністю злочинів, передбачених ст. 174 КК і, відповідно, ст. ст. 115, 121, 122, 125, 126, 127, 146 КК.

Погроза застосування насильства полягає у психічному впливі на потерпілого з метою перешкодити в реалізації його права на страйк. Обов'язковою ознакою погрози є наявність у потерпілого реальних підстав побоюватися її втілення винним. При цьому варіації усвідомлення змісту і характеру погрози винним та потерпілим можуть бути такі: а) і винний, і потерпілий сприймають погрозу як реальну; б) винний сприймає погрозу як реальну, проте одночасно усвідомлює, що потерпілий ставиться до погрози як до нереальної; в) винний сприймає погрозу як таку, що у подальшому не буде втілена, проте водночас усвідомлює, що потерпілий її сприймає як небезпечну для себе і як таку, що в подальшому відносно нього буде реалізована; г) винний сприймає погрозу як реальну, усвідомлює, що такою ж її сприймає і потерпілий, проте у дійсності останній може ставитися до погрози як до нікчемної.

Змістом погрози у складі злочину, передбаченого ст. 174 КК, охоплюється погроза застосування будь-якого фізичного насильства, зокрема, погроза вбивством. Проте погроза вбивством, скоєна членом організованої групи, підлягає додатковій кваліфікації за ч. 2 ст. 129 КК.

Перелік способів скоєння злочину, передбаченого ст. 174 КК, не є вичерпним. Законодавець визначив їх коло досить широко за допомогою категорії «*інші незаконні дії*», спрямовані на примушування або перешкоджання участі у страйку.

Зазначені дії можуть полягати у: застосуванні заходів дисциплінарного впливу щодо працівника з метою перешкоджання його участі у страйку; блокуванні входу на підприємство працівникам з метою спонукати їх приєднатися до страйкуючих; застосуванні насильства або висловлювання погрози застосування насильства до сторонніх для працівника осіб (а також і до близьких йому осіб), щоб вплинути на страйкаря чи на особу, яка не виявила бажання прийняти участь у страйку; обмані; підкупі деяких працівників з метою від-

<sup>225</sup> Старук Ю.О. Кримінально-правова характеристика злочину, передбаченого ст. 174 КК України // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2011. – Спец. вип. № 8. – С. 437.

мови від участі у страйку; невиплаті заробітної плати чи погрози не виплатити її, погрози позбавити певних благ чи пільг як засоби впливу на осіб, що приймають участь у страйку; пошкодженні або знищенні (погроза їх скоєння) майна, що належить потерпілому чи його близьким особам; поширенні відомостей (погроза їх поширення), які потерпілий чи його близькі особи бажають зберегти в таємниці; обіцянках просунути по службі тощо.

Слід враховувати, що підкуп як один із способів скоєння злочину може мати місце лише в умовах перешкоджання участі у страйку. Наприклад, це має місце тоді, коли представник адміністрації заохочує грошовими коштами певних страйкарів чи осіб, які не приєдналися до них, з метою локалізації і усунення страйку. Примушування ж до участі у страйку шляхом підкупу не може бути визнане кримінально караним, оскільки особа, яка отримує кошти чи інші матеріальні блага за умови участі у страйку, врешті-решт приймає рішення самостійно й добровільно, у зв'язку з чим її право на страйк діями сторонніх осіб не порушується. Однак, якщо надання матеріальних благ було поєднане з примушуванням до участі у страйку, зокрема, шляхом насильства, скоєне утворює склад злочину, передбаченого ст. 174 КК.

За змістом кримінального закону примушування до участі у страйку є злочином незалежно від того, до участі у законному чи незаконному страйку примушується працівник. Але перешкоджання участі у страйку є кримінально караним лише тоді, якщо винний своїми діями створював перешкоду для проведення виключно законного страйку. Перешкоджання проведенню незаконного страйку не містить складу аналізованого злочину.

Примушування працівників до участі у страйку потрібно відмежовувати від суміжних злочинів. Наприклад, якщо службова особа підприємства, установи чи організації під загрозою звільнення, невиплати заробітної плати тощо примушує своїх працівників вийти на пікет, демонстрацію тощо (а не на страйк), то такі дії за наявності всіх необхідних ознак можуть утворювати склади злочинів, передбачених ст.ст. 175 «Невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат», 293 «Групове порушення громадського порядку», 364 «Зловживання владою або службовим становищем», 364-1 «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», 365 «Перевищення влади або службових повноважень», ст. 365-1 «Перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» КК.

Не є злочином застосування певних заходів психологічного впливу на працівника з метою спонукати його до участі (неучасті) у страйку, якщо характер такого впливу передбачає, що остаточне рішення працівника з цього питання все одно залежатиме лише від його вільної волі. Ці заходи можуть виявлятися, наприклад, у повідомленні працівникові про можливі наслідки його участі чи неучасті у страйку, про дійсні або вигадані причини страйку, його організаторів тощо.

За своєю конструкцією злочин є формальним. Закінченим примушування чи перешкоджання участі у страйку визнається з моменту скоєння зазначених дій. Подальша участь у страйку чи відмова працівника від участі у страйку для кримінально-правової оцінки діяння за ст. 174 КК значення не має.

З **суб'єктивної сторони** злочин може бути скоєний лише з прямим умислом. Його змістом охоплюється усвідомлення винною особою суспільно небезпечного характеру примушування до участі у страйку або перешкоджання участі у страйку. При цьому обов'язковим є наявність спеціальної *мети* – примусити працівника взяти участь у страйку чи перешкодити йому брати участь у страйку.

**Суб'єкт** злочину – загальний. У більшості випадків ними є працівники відповідних підприємств, установ й організацій.

#### **Невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК).**

Як указано в ст. 43 Конституції України, право на своєчасне одержання винагороди за працю захищається законом. Ст. 46 Основного Закону гарантує громадянам право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом. У ст. 48 Конституції сказано, що кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, а ст. 53 передбачає, що держава забезпечує надання державних стипендій та пільг учням і студентам.

Порушення цих конституційних гарантій у формі невиплати за ротної плати, стипендії, пенсії, може позбавити громадян засобів до існування, призвести до неможливості продовження навчання, до істотного зниження рівня життя людей тощо. Цим і зумовлена **суспільна небезпека злочину**<sup>226</sup>.

<sup>226</sup> Про проблеми застосування ст. 175 КК див. підготовлене О.Ф. Селівомом та О.С. Іщенкою узагальнення «Практика розгляду судами кримінальних справ про невиплату заробіт-

**Основним безпосереднім об'єктом** злочину є сукупність правовідносин, якими визначаються підстави й порядок виплати громадянам заробітної плати, стипендії, а також здійснення інших видів соціальних виплат<sup>227</sup>.

*Потерпілими* від злочину є працівники підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності; студенти, курсанти, слухачі, стажисти, аспіранти (ад'юнкти), докторанти; особи, які отримують пенсію, певні види державної соціальної допомоги (наприклад, допомогу на дітей, які перебувають під опікою та піклуванням), отримують доплати і компенсації як постраждалі внаслідок Чорнобильської катастрофи тощо.

З **об'єктивної сторони** злочин полягає у діянні, що знаходить свій вияв у безпідставній невиклаті заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленої законом виплати громадянам більше ніж за один місяць.

*Невиклата* заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленої законом виплати, як ознака цього складу злочину, полягає у частковій або у повному обсязі невиклаті відповідних коштів громадянам, а також їх виплата з порушенням встановлених чинним законодавством строків. *Безпідставною* така невиклата є лише тоді, коли відповідні кошти не надаються громадянам незважаючи на наявність відповідних коштів і існування законних підстав для їх виплати.

Не може вважатися безпідставною невиклата громадянам відповідних коштів у випадку, коли: а) зазначені виплати не здійснюються на законних підставах, зокрема, у випадку притягнення працівника до матеріальної відповідальності і, відповідно, відрахування із його заробітної плати коштів для покриття шкоди заподіяної підприємству, установі, організації; б) невиклата зумовлена об'єктивними причинами, наприклад, відсутністю необхідних для виплат коштів; неповним бюджетним фінансуванням тощо.

При кваліфікації діянь щодо невиклати заробітної плати слід враховувати те, що відповідно до ч. 3 ст. 15, ч. 5 ст. 24 Закону України «Про

ної плати, стипендій, пенсій чи інших установлених законом виплат» (Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 10. – С. 15-21).

<sup>227</sup> В.В. Топчій зазначає, що злочин, відповідальність за який передбачена в ст. 175 КК, посягає на декілька безпосередніх об'єктів: трудові правовідносини, правовідносини в сфері соціального захисту, в т.ч. пенсійні правовідносини, а також правовідносини, зміст яких утворює право окремої групи уповноважених суб'єктів на отримання стипендії. Отже, враховуючи неоднорідність змісту безпосередніх об'єктів цього злочину, автор робить висновок, що об'єднання в одній цій статті різнорідних юридичних складів злочинів не відповідає доктринальному підходу до побудови кримінально-правових норм у КК (Топчій В.В. Кримінально-правова характеристика невиклати заробітної плати, стипендій, пенсій чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2009. – С. 8).

оплату праці», ч. 5 ст. 97 КЗпП оплата праці працівників здійснюється в першочерговому порядку, а всі інші платежі здійснюються власником або уповноваженим ним органом після виконання зобов'язань щодо оплати праці.

За змістом ст. 175 КК, якщо на момент скоєння дій, що полягали у несплаті громадянам відповідних коштів, особа вважала, що має достатні підстави для їх невиклати (зокрема, у випадку притягнення працівника до матеріальної відповідальності, відрахування із його заробітної плати раніше помилково сплачених йому сум), але незаконність її дій у подальшому була встановлена рішенням суду, то за таких обставин скоєне не містить ознак складу злочину, передбаченого ст. 175 КК.

Згідно зі ст. 175 КК кримінально караню визнається лише така безпідставна невиклата заробітної плати, пенсії, стипендії та інших виплат, якщо заборгованість перед отримувачем коштів перевищує місячну виплату. Категорію «*більш як за один місяць*» потрібно розуміти не лише як порушення строків здійснення певних виплат, що начебто автоматично утворює склад злочину, а й як загальний обсяг заборгованості, яка виникла перед адресатом відповідних виплат і перевищення максимальної межі якої дає підстави кваліфікувати діяння винної особи за ст. 175 КК<sup>228</sup>. Тому якщо керівник підприємства, установи чи організації прийняв рішення про сплату працівникам за якийсь певний місяць лише п'ятдесят відсотків заробітної плати, а у подальшому працівникам за відпрацьований час заробітна плата видавалася у повному обсязі, то незалежно від часу, який минув з дня невиклати заробітної плати, такі дії відповідальної особи підприємства, установи, організації не містять складу розглянутого злочину. Проте у випадку, коли зазначена особа упродовж певного часу здійснювала виплати не в повному обсязі, і загальна сума несплачених коштів перевищує місячний розмір виплат, є всі підстави для кваліфікації дій суб'єкта за ст. 175 КК.

Для кваліфікації за ст. 175 КК не має значення, чи всім працівникам не виплачувалася заробітна плата, чи лише окремим особам (на практиці відсутність виплат чи часткова виплата може мати місце відносно однієї частини працівників,

<sup>228</sup> Проте в літературі висловлюється й інша точка зору. Так, М.І. Мельник зазначає: «Під невиклатою заробітної плати, стипендій, пенсії чи іншої установленої законом виплати слід розуміти неповну або несвоєчасну виплату громадянам зазначених виплат. Така невиклата утворює склад злочину, передбаченого ст. 175, якщо вона: 1) є безпідставною; 2) має місце протягом певного строку (більше ніж за один місяць)» (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 448).



а іншим сплачуватися у повному обсязі).

Невиплата заробітної плати чи пенсії за один місяць не є кримінальне караною (за такі дії може наставати адміністративна відповідальність, передбачена ст. 41 КпАП).

Безпідставна невиплата є кримінально караною лише за тієї умови, якщо відповідні виплати громадянам мають регулярний характер. Невиплата одноразової (за винятком тієї, що входить в структуру заробітної плати) виплати громадянам у деяких випадках може розцінюватися як злочини у сфері службової діяльності, а у більшості випадків – як дисциплінарний проступок і підстава для відновлення порушеного права працівника шляхом подання позовної заяви до суду.

До виплат, передбачених у ст. 175, відносяться заробітна плата, пенсія, стипендія, інша встановлена законом виплата.

*Заробітна плата* – це винагорода, обчислена у грошовому вираженні, яку за трудовим договором власник або уповноважений ним орган сплачує працівникові за виконану ним роботу (ст. 1 Закону України «Про оплату праці», ст. 94 КЗпП).

*Пенсія* – це форма соціального забезпечення, яка встановлюється для непрацездатних та для інших громадян і гарантує їм право на матеріальне забезпечення за рахунок певних фондів.

*Стипендія* – вид соціальної виплати, який встановлюється студентам, слухачам, учням навчальних закладів, а також деяким іншим категоріям громадян з метою матеріального забезпечення їх соціального захисту (учасникам бойових дій; особам, які мають особливі заслуги перед Вітчизною; найбільш талановитим молодим ученим; найбільш обдарованим молодим митцям; видатним діячам науки, освіти та культури; талановитим перспективним спортсменам; чемпіонам Олімпійських та Параолімпійських ігор; стипендій імені Тараса Шевченка учням середніх загальноосвітніх навчальних закладів тощо).

*Інша, встановлена законом виплата*, – це інша, крім заробітної плати, стипендії, пенсії, встановлена законом виплата громадянам, яка здійснюється на регулярній основі (щомісячно). Наприклад, допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, допомога на дітей, які перебувають під опікою чи піклуванням, допомога малозабезпеченим сім'ям з дітьми), доплати і компенсації, які здійснюються відповідно до законодавства про соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи.

Злочин вважається закінченим з моменту, коли сплив останній строк виплати заробітної плати, стипендії, іншої встановленої законом виплати громадянам і сума заборгованості переви-

щила суму виплат за один місяць.

З **суб'єктивної сторони** злочин може бути скоєний лише умисно. Змістом умислу охоплюється усвідомлення винною особою того, що нею безпідставно не здійснюються відповідні виплати громадянам.

Якщо винна особа мала намір на заволодіння коштами, призначенням яких є певні виплати громадянам, скоєне підлягає кваліфікації за правилами сукупності злочинів, тобто за ст. 175 і, відповідно, статтями КК про злочини проти власності. У випадку вчинення службового підроблення, підлягає застосуванню і ст. 366 КК.

Якщо керівник підприємства, установи та організації не здійснив відповідних виплат, вважаючи, що має достатні підстави для цього, а фактично підстав для невиплати не було (наприклад, у випадку коли юридична служба підприємства запевнила керівника, що притягнення до колективної матеріальної відповідальності працівників є цілком законним, а насправді рішенням суду стягнення матеріальної шкоди на користь підприємства було визнано незаконним), то підстав для кваліфікації за ст. 175 немає. Такі діяння здебільшого містять склад дисциплінарного проступку і лише у виняткових випадках можуть утворювати склад службової недбалості.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Ним може бути лише керівник підприємства, установи або організації незалежно від форми власності<sup>229</sup>, а також фізичні особи – підприємці, які використовують найманий труд на умовах трудового договору. Інші особи можуть нести кримінальну відповідальність за цією статтею лише як співучасники.

Не є суб'єктами цього злочину фізичні особи, які є засновниками або учасниками господарських товариств, засновниками приватних підприємств, але не обіймають у зазначених суб'єктах господарської діяльності керівних посад.

**Кваліфікований склад** злочину (ч. 2 ст. 175 КК) передбачає відповідальність за скоєння діяння, передбаченого ч. 1 цієї статті, якщо воно було вчинене внаслідок нецільового використання коштів, призначених для виплати заробітної плати, стипендії, пенсії та інших встановлених законом виплат.

*Нецільовим слід визнавати використання*

<sup>229</sup> В.В. Топчій пропонує до числа суб'єктів злочину відносити також керівників управлінь Пенсійного фонду України, а так само керівників управлінь і відділень фондів соціального страхування системи загальнообов'язкового державного соціального страхування (Топчій В.В. Кримінально-правова характеристика невиплати заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших встановлених законом виплат (ст. 175 КК України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2009. – С. 8, 14).

коштів (призначенням яких є виплата заробітної плати, стипендії, пенсії та інших установлених законом виплат) на інші цілі, пов'язані із забезпеченням діяльності підприємства, установи чи організації. Наприклад, для придбання сировини, обладнання, меблів, техніки, оплати зобов'язань за укладеними договорами, зокрема за спожиті газ та електричну енергію, виконання податкових зобов'язань. На практиці випадки невиклати заробітної плати внаслідок нецільового використання коштів здебільшого мають місце на підприємствах, в установах та організаціях, які фінансуються за рахунок державного та місцевих бюджетів<sup>230</sup>.

<sup>230</sup> Н. Чекан справедливо критикує наявність цієї кваліфікуючої ознаки в ст. 175 КК. На практиці виникають певні труднощі у визначенні цієї кваліфікуючої ознаки, що пов'язано з неоднозначним тлумаченням поняття «нецільове використання коштів, призначених для виплати заробітної плати». Деякі суди перекваліфіковували дії підсудних з ч. 2 на ч. 1 ст. 175 КК, мотивуючи свої рішення тим, що керівники підприємств приватної форми власності є розпорядниками одержаних доходів, які не мають цільового призначення на виплату заробітної плати, на відміну від державних підприємств. Інші ж суди при витрачанні керівниками підприємств грошей на господарські цілі, а не на виплату заробітної плати чи погашення заборгованості з її виплати, засуджували підсудних за ч. 2 ст. 175 КК. Наведене, на думку автора, свідчить про відсутність однакової судової практики щодо кваліфікації дій осіб, винних у невиклаті працівникам заробітної плати. Розпорядження коштами за призначенням регламентується лише для установ та організацій, які фінансуються з бюджету і у фінансових документах яких чітко визначено кошти для виплати заробітної плати. Отже, якщо тлумачити кваліфікуючу ознаку ч. 2 ст. 175 КК буквально, то до кримінальної відповідальності за цією статтею можна було б притягнути лише керівників тих установ та організацій, в яких використання коштів є цільовим. Проте, відповідно до ч. 3 ст. 15 Закону «Про оплату праці», оплата праці працівників підприємства відбувається в першочерговому порядку. Отже, Н. Чекан робить висновок, що в разі поширювального тлумачення кваліфікуючої ознаки, передбаченої ч. 2 ст. 175 КК, за цією частиною можна притягнути до кримінальної відповідальності керівника підприємства в усіх випадках, коли кошти підприємства він використовував не на виплату заробітної плати, а на інші потреби. Тоді ч. 1 ст. 175 КК взагалі втрачає сенс існування, оскільки в разі відсутності у підприємства коштів немає й обов'язкової ознаки злочину – безпідставності невиклати заробітної плати, а у випадках використання коштів підприємства на інші потреби, а не на виплату заробітної плати, настає відповідальність за ч. 2 ст. 175 КК. З метою вирішення цієї проблеми Н. Чекан пропонує вилучити з кримінального закону кваліфікуючу ознаку, вказану у ч. 2 ст. 175 КК, тобто скасувати кримінальну відповідальність за безпідставну невиклату заробітної плати внаслідок нецільового використання коштів. Внесення таких змін призведе до того, що дії всіх керівників підприємств, установ, організацій, у т.ч. й тих, які фінансуються з бюджету і у фінансових документах яких чітко визначено кошти для виплати заробітної плати, кваліфікуватимуться за одною нормою КК. Якщо ж керівник бюджетної установи використовує кошти, призначені для виплати заробітної плати не за цільовим призначенням, його дії, крім ст. 175 КК, кваліфікуватимуться за ст. 364 (зловживання владою чи службовим становищем) чи за ст. 210 (порушення законодавства про бюджетну систему) КК (Чекан Н. Актуальні питання розвитку кримінально-правової політики у сфері боротьби зі

ч. 3 ст. 175 КК передбачаються умови звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка безпідставно, в т.ч. внаслідок нецільового використання коштів, призначених для таких виплат, не здійснила виплату заробітної плати, пенсії, стипендії чи інших зумовлених законом виплат. Зазначена норма може бути застосована лише за двох умов: 1) винна особа здійснила виплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленної законом виплати громадянам у повному обсязі; 2) зазначені дії здійснено до притягнення її до кримінальної відповідальності.

**Порушення права на отримання освіти** (ст. 183 КК).

**Суспільна небезпека** злочину полягає у порушенні права громадян на освіту, гарантовано ст. 53 Конституції України.

**Безпосереднім об'єктом злочину є правовідносини у сфері реалізації громадянами їх права на освіту.**

До кола потерпілих від цього злочину слід відносити як осіб, які претендують на навчання у певному закладі освіти незалежно від його форми власності та рівня акредитації (ч. 1 ст. 183 КК), так і осіб, котрі вже в ньому навчаються – це вихованці, учні, студенти, курсанти (слухачі), аспіранти (ад'юнкти), докторанти тощо (ч. 2 ст. 183 КК). Потерпілими від цього злочину можуть визнаватися як громадяни України, так і іноземні громадяни та особи без громадянства, котрі згідно з українським законодавством та міжнародними договорами, підписаними Україною, мають право на отримання освіти в закладах освіти України.

**З об'єктивної сторони злочин** полягає у діях, якими порушується право громадян на отримання освіти. Формами злочину є: 1) незаконна відмова у прийнятті до навчального закладу будь-якої форми власності; 2) незаконна вимога оплати за навчання у державних чи комунальних навчальних закладах.

До навчальних закладів, у яких може мати місце порушення права громадян на освіту згідно з ч. 1 ст. 183 КК, відносяться: дошкільні заклади освіти, визначені в ст. 34 Закону України «Про освіту» та ст. 12 Закону України «Про дошкільну освіту» (ясла, ясла-садки, дитячі садки, сімейні, ясла садки компенсуючого типу (для дітей, які потребують корекції фізичного і психічного розвитку), дитячі будинки тощо); середні навчальні заклади, визначені в ст.ст. 36, 37 Закону України «Про освіту» та ст. 9 Закону України «Про загальну середню освіту» (середні загально-

злочинами, пов'язаними з порушенням законодавства про працю // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010. – Вип. 51. – С. 405-406).

освітні школи трьох ступенів – початкова, основна, старша; школи-інтернати; санаторні школи, навчально-реабілітаційні центри тощо); професійно-технічні навчальні заклади, визначені в ст. 41 Закону України «Про освіту» та ст. 18 Закону України «Про професійно-технічну освіту»; вищі навчальні заклади, визначені в ст. 43 Закону України «Про освіту» та ст. 25 Закону України «Про вищу освіту» (технікуми, коледжі, інститути, консерваторії, академії, університети) та ін.

Відмова у прийнятті до навчального закладу становить собою створення перешкод для вступу особи до обраного для навчання закладу освіти, не дивлячись на те, що для цього є всі законні підстави. Відмова може бути *прямою* та *завуальованою*.

Пряма відмова полягає у відкрито висловленому небажанні прийняти особу до навчального закладу. Прикладами такої відмови можуть бути відмова прийняти до загальноосвітнього закладу учня з мотивів проживання його в іншому районі.

Змістом завуальованої відмови є надання дійсному (прихованому) наміру (тобто безпідставно відмовити особі у прийнятті до освітнього закладу) зовнішньо законного вигляду. Прикладами такої відмови можуть бути: витребування від особи, яка бажає вступити для навчання, документів, що не передбачені правилами прийому до навчального закладу та які у стислі строки надати неможливо; формально визначена невідповідність рівня теоретичної і практичної підготовки абітурієнта під час співбесіди, надання у ході складання вступних іспитів завдань, які не мають логічної основи (зокрема, рівнянь, обидві частини котрих не є тотожними).

Випадками відмови охоплюється перешкоджання можливості реалізації права на освіту як певній кількості осіб, так і одній особі.

Слід враховувати, що в усіх випадках відмова (пряма чи завуальована) повинна бути *незаконною*, тобто ґрунтуватися не на положеннях чинного законодавства, якими визначаються підстави відмови у прийнятті до навчального закладу особи, а іншими. Тому відмова у прийнятті до навчального закладу, що базується на відповідних вимогах чинного законодавства, не може вважатися незаконною. Законною, зокрема є відмова у прийнятті до навчального закладу системи МВС осіб, які мають судимість за скоєння злочину або знаходяться на обліку, які страждають на душевну хворобу, тощо.

У ч. 2 ст. 183 КК передбачається кримінальна відповідальність за незаконну вимогу оплати за навчання у державних чи комунальних закладах.

*Незаконна вимога* оплати означає прямо ви-

словлену чи у завуальованій формі вимогу про сплату коштів за навчання: 1) в освітніх закладах, у яких освіта згідно з чинним законодавством надається безкоштовно (наприклад, перерахування на рахунок навчального закладу чи певного благодійного фонду коштів, як завуальована умова прийняття особи до навчального закладу; вимога сплатити кошти за підручники, на придбання меблів, техніки, оплати праці певних працівників навчального закладу чи забезпечення охорони та ін.); 2) відносно осіб, які мають право на безкоштовне навчання; 3) у розмірах, що перевищують офіційно встановлені розміри плати за навчання (наприклад, у випадку, коли як умовою прийняття особи до навчального закладу де навчання здійснюється на контрактній основі приймається особа, яка на рахунок освітнього закладу перераховує кошти у розмірі, який перевищує офіційно встановлену плату); 4) у формі, яка не передбачена чинним законодавством (наприклад, заміна грошової форми іншими: відпрацювання на об'єкті, надання замість грошових коштів у власність чи оренду інших товарно-матеріальних цінностей, зокрема, будівлі чи автотранспорту).

Закон визначає місце скоєння злочину у зазначеній формі – державний чи комунальний навчальний заклад. Тому незаконна вимога оплати у приватних навчальних закладах не утворює складу злочину, передбаченого ст. 183 КК, а містить склад цивільно-правового чи дисциплінарного правопорушення. А за наявності певних ознак вчинене може кваліфікуватися за нормами про злочини у сфері службової діяльності (наприклад, ст. 364-1 чи ст. 365-1 КК).

Якщо скоєння злочину у будь-якій із зазначених вище двох форм супроводжувалося внесенням службовою особою до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей чи іншим підробленням документів, а також складанням чи виданням завідомо неправдивих документів. Скоєне, крім ст. 183 КК, потребує додаткової кваліфікації за ст. 366 КК.

Закінченим злочин у першій формі є з моменту незаконної відмови у прийнятті до навчального закладу, а у формі незаконної вимоги оплати за навчання у державних чи комунальних навчальних закладах – з моменту висунення такої вимоги. Для визнання злочину закінченим не потрібно, щоб потерпілий відмовився від свого права на здобуття освіти чи сплатив витребувану суму коштів.

**Суб'єктивна сторона** характеризується прямим умислом. За скоєння злочину, передбаченого ч. 1 цієї статті, змістом умислу охоплюється усвідомлення тієї обставини, що відмова у прийнятті до навчального закладу особи є без-



підставною і бажання винного зашкодити вступу цієї особи на навчання до освітнього закладу. Такі дії можуть вчинятися винними з мотивів помсти, ревнощів, особистих неприязних відносин, бажання догодити особі, яка звернулася з проханням до винного перешкодити вступу до навчального закладу іншої особи, бажання штучно зменшити кількість осіб, які претендують на місце на навчання у навчальному закладі, тощо.

Якщо винна особа відмовляє у прийнятті до навчального закладу (прямо чи завуальовано) з метою спонукання особи, яка бажає вступити на навчання до навчального закладу чи інших осіб (зокрема, батьків, родичів), до надання їй винагороди матеріального характеру (грошей, матеріальних цінностей, документів, які надають право на отримання майна, користування майном або право вимагати виконання зобов'язань), вчинити будь-які дії майнового характеру (передача майнових вигод, відмова від них, відмова від права на майно, безоплатне надання послуг майнового характеру, санаторних чи туристичних путівок тощо), вчинене містить ознаки вимагання хабара і потребує кваліфікації за ст. 368 КК. Додаткова кваліфікація за ст. 183 КК не потрібна.

Якщо незаконна відмова у прийнятті до навчального закладу чи незаконна вимога оплати за навчання у навчальних закладах вчиняється з мотивів нетерпимості до осіб іншої раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками, вчинене охоплюється ознаками складу злочину, передбаченого ст. 161 КК.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Ним може бути лише службова особа, яка наділена відповідними повноваженнями щодо прийому на навчання та визначення його умов. До таких осіб належать, зокрема, керівник навчального закладу, голова та члени приймальної чи предметної комісії; інші особи, уповноважені здійснювати прийом на навчання та визначати його умови зокрема, службові особи кадрових служб. За ч. 2 ст. 183 КК суб'єктом злочину може бути лише службова особа – працівник державного чи комунального навчального закладу.

### **Порушення права на безоплатну медичну допомогу (ст. 184 КК).**

Ст. 49 Конституції України передбачає, що кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування. У державних і комунальних закладах охорони

здоров'я медична допомога надається безоплатно. Існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена.

Як роз'яснив КСУ в рішенні від 29 травня 2002 р. № 10-рп/2002 у справі про безоплатну медичну допомогу, положення ч.3 ст.49 Конституції України, положення про те, що «у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно» треба розуміти так, що у державних та комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається всім громадянам незалежно від її обсягу та без попереднього, поточного або наступного їх розрахунку за надання такої допомоги.

**Суспільна небезпека** злочину полягає у порушенні конституційних прав громадян на охорону здоров'я. Внаслідок вчинення злочину стає можливим ненадання у необхідних випадках медичної допомоги особам, які перебувають у небезпечному для життя та здоров'я стані, а також поширення негативної тенденції руйнації професійної етики лікаря тощо.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є сукупність правовідносин у сфері забезпечення права громадян на безоплатну медичну допомогу (ч. 1 ст. 184 КК), порядок створення та припинення діяльності державних і комунальних закладів охорони здоров'я (ч. 2 ст. 184 КК).

**З об'єктивної сторони** злочин знаходить свій вияв у суспільно небезпечних діяннях, якими порушується право громадян на безоплатну медичну допомогу. Формами злочину є: 1) незаконна вимога оплати за надання медичної допомоги<sup>231</sup> в державних чи комунальних закладах охорони здоров'я; 2) незаконне скорочення мережі державних і комунальних закладів охорони здоров'я.

<sup>231</sup> Зміст медичної допомоги складають первинна лікувально-профілактична допомога, що передбачає консультацію лікаря, просту діагностику і лікування основних найпоширеніших захворювань, травм та отруєнь, профілактичні заходи, направлення пацієнта для подання спеціалізованої і високоспеціалізованої допомоги; спеціалізована (вторинна) лікувально-профілактична допомога, що подається лікарями, які мають відповідну спеціалізацію і можуть забезпечити більш кваліфіковане консультування, діагностику, профілактику і лікування, ніж лікарі загальної практики; високоспеціалізована (третинна) лікувально-профілактична допомога, що подається лікарем або групою лікарів, які мають відповідну підготовку в галузі складних для діагностики і лікування захворювання, у разі лікування хвороб, що потребують спеціальних методів діагностики та лікування, а також з метою встановлення діагнозу і проведення лікування захворювання, що рідко зустрічаються; медична перша невідкладна допомога, що забезпечується службою швидкої медичної допомоги; безоплатне або на пільгових умовах забезпечення у передбачених чинним законодавством випадках громадян лікарськими засобами та імунобіологічними препаратами; обов'язкові медичні огляди, медико-санітарне забезпечення відпочинку.

До закладів охорони здоров'я відносяться поліклініки, лікарні, диспансери, клініки науково-дослідних інститутів, служби швидкої допомоги, санаторії (будинки відпочинку та інші заклади санітарно-курортної діяльності) тощо.

Закон визначає місце скоєння злочину, передбаченого ч. 1 ст. 184 – державні чи комунальні заклади охорони здоров'я.

*Державними* визнаються заклади охорони здоров'я, які створені на базі державної власності і фінансуються з державного бюджету, *комунальними* – створені органом місцевого самоврядування (на договірних засадах кількома територіальними громадами чи територіальними громадами спільно з місцевою державною адміністрацією) на базі чи за участю комунальної власності та за відповідного фінансування з місцевого бюджету та державного бюджету (зокрема, за допомогою міжбюджетних трансфертів).

*Незаконною* є вимога оплати за надання медичної допомоги, яка або не передбачена у цьому закладі охорони здоров'я чи для даної категорії осіб зокрема; вимагається у розмірах, що перевищують офіційно встановлені; вимагається у не передбаченій нормативно-правовими актами формі.

При цьому слід враховувати, що поняття «медична допомога» і поняття «медичні послуги» не є синонімами. З аналізу рішення Конституційного Суду України від 25 листопада 1998 року № 15-рп/98 у справі про платні медичні послуги можна зробити висновок, що медична допомога – це такі види медичних робіт і послуг, ненадання яких може завдати істотної шкоди здоров'ю хворих. Отже, ст. 49 Конституції України гарантує безкоштовне надання чи виконання саме таких послуг і робіт. Інші медичні послуги, що надаються в державних і комунальних закладах охорони здоров'я, можуть бути платними, як наприклад, медичний огляд осіб для отримання посвідчення водія транспортних засобів, для отримання дозволу на право отримання та носіння зброї громадянами, за винятком військовослужбовців і посадових осіб, носіння зброї яких передбачено законодавством, для отримання відповідних документів на виїзд громадян за кордон за викликом родичів, що проживають у зарубіжних країнах, оздоровлення в зарубіжних лікувальних або санаторних закладах за власним бажанням, а також у службові відрядження, за винятком державних службовців, робота яких пов'язана з такими виїздами і які мають відповідні медичні документи тощо.

*Вимога оплати за надання медичної допомоги* може бути прямою та завуальованою. Прямі вимоги полягає у відкрито висловленому бажанні отримати оплату за надання особі медичної

допомоги. Завуальованою вимогою є надання дійсному (прихованому) наміру отримати плату за надання медичної допомоги зовнішньо законного вигляду.

Завуальована вимога має такі різновиди: а) обман (прикладами обману можуть бути вимога про сплату коштів за начебто надані додатково медичні послуги; за використані для лікування хворого більш якісні лікарські засоби, вимога про сплату коштів начебто за залучення для обслуговування хворого додаткового медичного персоналу; б) інше створення умов, за яких хворим чи його близькими сплачуються кошти за надання медичної допомоги (варіації скоєння злочину у формі іншого створення умов для оплати медичної допомоги можуть знаходити свій вияв у відмові прийняти хворого до лікувального закладу на умовах стаціонару під приводом відсутності вільних місць; ненадання допомоги хворому під приводом відсутності необхідних лікарських засобів і тощо).

Складом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 184 КК, охоплюється вимога оплати за надання медичної допомоги, що направлена як безпосередньо до хворого, так і до інших осіб, які повинні начебто оплатити лікування хворого.

Ч. 2 ст. 184 КК передбачається кримінальна відповідальність за *незаконне скорочення мережі державних і комунальних закладів охорони здоров'я*. Під мережею державних та комунальних закладів охорони здоров'я розуміється сукупність таких закладів, розташованих на певній території (республіки, області, району, міста). Скорочення такої мережі – це насамперед зменшення загальної кількості зазначених, закладів. Як скорочення слід розглядати також репрофілювання існуючих закладів охорони здоров'я, їхніх структурних ланок, зменшення кількості ліжок-місць певного профілю, кількісного і якісного складу медичного персоналу, якщо це порушує існуючі нормативи і знижує рівень охорони здоров'я населення.

Злочин, скоєний у формі незаконної вимоги оплати за надання медичної допомоги в державних чи комунальних закладах охорони здоров'я, визнається закінченим з моменту висунення незаконної вимоги оплати за надання медичної допомоги, у другій – з моменту фактичного скорочення закладів охорони здоров'я.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Для кваліфікації дій винного за ч. 1 ст. 184 КК обов'язковою є вимога оплати медичного обслуговування на користь закладу охорони здоров'я.

Якщо винна особа, яка є працівником державного чи комунального закладу охорони здоров'я пред'являє вимогу про оплату медичних

послуг, вчинене нею може містити ознаки складу злочину, передбаченого ст. 354 КК, а якщо такі дії вчиняються службовою особою – як вимагання хабара (ст. 368 КК).

**Суб'єктом** злочину, передбаченого ч. 1 ст. 184 КК, можуть бути як службові, так і неслужбові особи, які є працівниками державних чи комунальних закладів охорони здоров'я (головний лікар, завідуючий відділенням, лікар, медсестра, реєстратор тощо), а злочину, передбаченого ч. 2 ст. 184 КК, – службові особи, до компетенції яких включено повноваження зі зміни мережі державних і комунальних закладів охорони здоров'я.

### 7.7. Злочини проти прав інтелектуальної власності

Ст. 54 Основного Закону України передбачає, що громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, встановленими законом.

У розділі V Особливої частини КК міститься дві статті, які здійснюють охорону прав, передбачених названою конституційною нормою, – це ст. 176 «Порушення авторського права і суміжних прав» і ст. 177 «Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію». Проте у літературі правильно звертається увага на те, що вказані кримінально-правові норми відносяться до групи норм, які стосуються охорони прав інтелектуальної власності, хоча й розміщені в різних розділах Особливої частини КК.

Зокрема, аналізуючи це питання, А.С. Нерсесян запропонував класифікувати об'єкти прав інтелектуальної власності як об'єктів кримінально-правової охорони відповідно до того, який саме аспект в них є домінуючим – творчий, інтелектуальний (літературні і художні твори, винаходи, корисні моделі тощо) чи господарський (засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг, комерційна таємниця). Попри всю умовність такої класифікації, зазначає вчений, саме на ній побудовано чинний КК: ст.ст. 176, 177 входять до Розділу V «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і

громадянина»<sup>232</sup>, а ст.ст. 229, 231, 232 – до Розділу VII «Злочини у сфері господарської діяльності»<sup>233</sup>.

С.Я. Лихова наголошує на тому, що розділ V Особливої частини КК охороняє конституційні права і свободи людини, а тому не повинен включати норми, що забезпечують особисті цивільні права, які є предметом регулювання цивільного права. Саме тому норми, передбачені ст.ст. 176, 177 КК, на її думку, слід віднести до злочинів проти інтелектуальної власності або до злочинів проти власності в цілому, а не до злочинів проти конституційних правовідносин. Враховуючи сказане, вона пропонує визначити місце групи злочинів проти інтелектуальної власності в розділі VI «Злочини проти власності» Особливої частини КК, включивши до цієї групи діяння, кримінальна відповідальність за які на сьогодні передбачена такими статтями КК:

а) ст. 176 КК, яка охороняє права інтелектуальної власності на твір (авторське право) та суміжні права (право на виконання, фонограму, відеограму, програму мовлення);

б) ст. 177 КК, яка охороняє права інтелектуальної власності на окремі об'єкти права промислової власності, які є результатом творчої діяльності їх авторів (зокрема, винахід, корисна модель, промисловий зразок, топографія інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторська пропозиція);

в) ст. 229 КК, яка охороняє права інтелектуальної власності на окремі об'єкти права промислової власності, які є засобами індивідуалізації учасників цивільного (господарського) обороту виробленої продукції та послуг, що надаються такими учасниками (зокрема, торговельна марка (знак для товарів і послуг), фірмове найменування та кваліфіковане зазначення походження товару);

г) ст.ст. 231, 232, 232-1 КК, яка охороняє права інтелектуальної власності на інформацію, яка становить комерційну та банківську таємницю, та неоприлюднену інформацію про емітента та його цінні папери (інсайдерську інформація)<sup>234</sup>.

<sup>232</sup> Додаток запропонував доповнити цей розділ КК ст. 175-1 «Порушення особистих немайнових прав інтелектуальної власності», на підставі норм якої буде здійснюватись охорона немайнових прав на результати літературної, художньої, музичної, наукової і технічної творчості (Нерсесян А.С.. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 6).

<sup>233</sup> Нерсесян А.С.. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 8.

<sup>234</sup> Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 72, 121; Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадяни-



Хоч С.Я. Лихова не єдина, хто відносить злочини, що посягають на права інтелектуальної власності, до злочинів проти власності<sup>235</sup>, більшість авторів все ж пропонують виокремити відповідні кримінально-правові норми в окремий розділ Особливої частини КК. Скажімо, П.С. Берзін вважає за потрібне створити окремий розділ КК «Злочини, що посягають на право інтелектуальної власності», тоді як В.Д. Гулкевич пропонує ввести в КК розділ VI-1 «Злочини проти інтелектуальної власності» (причому останній пропонує об'єднати в цьому розділі чинні ст.ст. 177, 203-1, 229, 231, 232 та 232-1 КК України)<sup>236</sup>. П.П. Андрушко розглядає ці два варіанти як альтернативні<sup>237</sup>.

В.Б. Харченко пояснює наявність таких позицій існуванням двох концепцій права інтелектуальної власності: «пропріетарної» та «виключних прав». Як зазначає цей дослідник, прихильники пропріетарного (від англ. property – власність) підходу виходять з того, що продукти інтелектуальної діяльності є різновидом продуктів людської праці взагалі, а тому володіють економічною цінністю, можуть бути привласнені конкретними людьми, що дає підставу говорити про виникнення правовідносин власності. Через це творець будь-чого нового визнається юридично повноцінною і значущою фігурою, власником на за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 14-16.

Пропозиція перенести до розділу VI Особливої частини КК «Злочини проти власності» норми про відповідальність за злочини проти інтелектуальної власності, до яких С.Я. Лихова відносить діяння, передбачені ст. ст. 176, 177, 229, 231, 232, 232-1 КК, сприймається неоднозначно. Адже покладена в основу такої пропозиції думка про те, що правовідносини інтелектуальної власності входять як складова частина в більш широкий за своїм змістом родовий об'єкт – правовідносини власності, не враховує тієї обставини, що у Цивільному кодексі України праву власності та іншим речовим правам і праву інтелектуальної власності присвячені окремі книги (відповідно, Книга третя і Книга четверта). До того ж, місцезнаходження тієї чи іншої заборони у системі Особливої частини КК варто визначати з урахуванням змісту тих правовідносин, які ставляться під охорону за допомогою цієї заборони. Наприклад, ст. 232-1 КК, яка встановлює відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації, лежить у площині захисту нормального функціонування фондового ринку, а тому цілком виправдано розміщена у розділі Особливої частини КК, присвяченому злочинам у сфері господарської діяльності.

<sup>235</sup> Див., наприклад: Клепицький І.А. Объект и система имущественных преступлений в связи с реформой уголовного законодательства России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1995. – С. 44-45.

<sup>236</sup> Берзін П.С. Незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг: аналіз складів злочину, передбаченого ст. 229 КК України: Монографія. – К.: Атіка, 2005. – С. 290; Гулкевич В.Д. Кримінально-правова охорона авторського права і суміжних прав: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2008. – С. 10.

<sup>237</sup> Андрушко П. П. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності в Україні. – К.: Форум, 2004. – С. 38.

продукту своєї творчої праці. Зміст прав власника інтелектуального продукту, як правило, розкривається через традиційну для речового права триаду правомочності: володіння, користування і розпорядження. Прихильники другої концепції вважають, що права на результати інтелектуальної власності є самостійною групою виключних прав, відмінних від права власності. З їх точки зору, відносно нематеріальних благ, якими є результати творчої діяльності, непридатна правомочність володіння: не можна фактично володіти ідеями та образами. Не можна застосувати до нематеріальних об'єктів і речову правомочність користування, адже науково-технічні ідеї та художні образи можуть перебувати одночасно в користуванні невизначеного кола осіб. При цьому дані об'єкти не споживаються в процесі використання, не амортизуються у фізичному розумінні цього слова. До того ж, набуття права власності на предмет, в якому виражений об'єкт права інтелектуальної власності (наприклад, на книгу, компакт-диск з музикою, фільмом чи програмою тощо), не означає набуття права інтелектуальної власності на цей об'єкт (зміст книги, музику, фільм чи програму тощо). Принципово важливими особливостями користування та розпорядження результатами творчої діяльності, на думку В.Б. Харченка, є право дозволити їх використання за ліцензійним договором. При цьому ліцензіар, як правило, не позбавляється можливості продовжувати користуватися результатами своєї інтелектуальної діяльності. Водночас автор зазначає, що в окремих законодавчих актах України ще збереглися окремі ознаки пропріетарного підходу, відповідно до якого право на результати творчої діяльності є різновидом права власності, що не відповідає концепції більш нового ЦК. Отже, виходячи із цих міркувань, правознавець приходить до наступних висновків:

- родовим об'єктом групи злочинів, яка розглядається, є саме право на об'єкти інтелектуальної власності як сукупність відносин, які становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності;

- існує нагальна потреба на підставі єдності родового об'єкта виокремити ці злочини в самостійний розділ Особливої частини КК «Злочини у сфері інтелектуальної власності», визначивши їх систему відповідно до видового об'єкту цих посягань;

- видовими об'єктами злочинів у сфері інтелектуальної власності є: а) відносини щодо результатів інтелектуальної, творчої діяльності; б)

відносини щодо засобів індивідуалізації; в) відносини щодо захисту від недобросовісної конкуренції<sup>238</sup>.

### **Порушення авторського права і суміжних прав** (ст. 176 КК).

**Суспільна небезпека** злочинів проти авторського права і суміжних прав полягає передусім у тому, що вони позбавляють громадян не лише морального задоволення від створення нових творів науки, літератури й мистецтва, а й матеріальної зацікавленості у цьому. Величезні збитки несуть не тільки суб'єкти авторського права, а й державний бюджет, куди не надходять відповідні податки й збори. Порушуються інтереси споживачів, які нерідко отримують товар неналежної якості. Створюється загроза послаблення культурного й творчого потенціалу Українського народу й людства в цілому. Страждає міжнародний авторитет України та її зовнішньоекономічні зв'язки. Враховуючи це та з огляду на недостатню ефективність цивільно-правових і адміністративних заходів протидії порушенням прав інтелектуальної власності, в Україні були криміналізовані відповідні діяння, що завдають істотну шкоду<sup>239</sup>.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є авторські та суміжні права<sup>240</sup>.

<sup>238</sup> Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: Монографія. – Х.: ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2011. – С. 37-39, с. 130. Крім того, про існуючі концепції права інтелектуальної власності та про розмежування понять «виключні права» та «право власності» див. також: Кохановська О. Основні теорії права інтелектуальної власності та їх вплив на розвиток сучасного законодавства в Україні // Право України. – 2011. – № 5. – С. 52-59; Сурженко О.А. Юридична природа права інтелектуальної власності // Університетські наукові записки. – 2006. – № 2. – С. 112-116; Демченко Т.С. Право власності на товарний знак // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2 тощо.

<sup>239</sup> Про обґрунтування суспільної небезпеки цього злочину див.: Морозов А.Г. Преступлення в сфері авторських і суміжних прав: общественная опасность и правила квалификации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2004. – 30 с. [Электронный ресурс] // Юридическая Россия. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100052625>; Камилов А.Р. Уголовно-правовая характеристика объекта преступления предусмотренного статьей 146 Уголовного кодекса РФ «Нарушение авторских и смежных прав» // Вестник Челябинского государственного университета. – 2010. – № 19. – Право. Вып. 24. – С. 77.

Про історію становлення кримінальної відповідальності за цей злочин див.: Гулакевич В.Д. Історія розвитку кримінального законодавства про охорону авторського права і суміжних прав на території України // Кримінальне право України. – 2005. – № 9. – С. 37-58.

<sup>240</sup> На думку В.Б. Харченка, авторське право та суміжні права утворюють два відносно самостійних інститути права інтелектуальної власності і відповідно пов'язані з посяганням на дві окремих самостійних групи предметів злочину: 1) твори та 2) виконання, фонограма, відеограма, програма

*Авторські права* – це особисті немайнові та майнові права авторів, їх правонаступників, також інших фізичних і юридичних осіб, які набули прав на твори відповідно до договору або закону. Відповідно до ст. 433 ЦК та ст. 8 Закону України від 23 грудня 1993 року «Про авторське право і суміжні права» об'єктами авторського права є твори, а саме:

- 1) літературні та художні твори, зокрема:
  - романи, поеми, статті та інші письмові твори;
  - лекції, промови, проповіді та інші усні твори;
  - драматичні, музично-драматичні твори, пантоміми, хореографічні, інші сценічні твори;
  - музичні твори (з текстом або без тексту);
  - аудіовізуальні твори;
  - твори живопису, архітектури, скульптури та графіки;
  - фотографічні твори;
  - твори ужиткового мистецтва у т. ч. твори декоративного ткацтва, кераміки, різьблення, ливарства, з художнього скла, ювелірні вироби тощо;
  - ілюстрації, карти, плани, ескізи і пластичні твори, що стосуються географії, топографії, архітектури або науки;
  - переклади, адаптації, аранжування та інші переробки літературних або художніх творів;
  - збірники творів, якщо вони за добором або упорядкуванням їх складових частин є результатом інтелектуальної діяльності;
- 2) комп'ютерні програми;
- 3) компіляції даних (бази даних), якщо вони за добором або упорядкуванням їх складових частин є результатом інтелектуальної діяльності;
- 4) інші твори.

Твори є об'єктами авторського права без виконання будь-яких формальностей щодо них та незалежно від їх завершеності, призначення, цінності тощо, а також способу чи форми їх вираження. Комп'ютерні програми охороняються як літературні твори. Компіляції даних (бази даних) або іншого матеріалу охороняються як такі. Ця охорона не поширюється на дані або матеріал як такі та не зачіпає авторське право на дані або матеріал, що є складовими компіляції.

Авторське право не поширюється на ідеї, процеси, методи діяльності або математичні концепції як такі.

Згідно із ст. 434 ЦК, ст. 10 Закону Укра-

(передача) організації мовлення, що зумовлює необхідність встановлення кримінальної відповідальності за вказані посягання двома окремими самостійними нормами відповідного розділу Особливої частини КК (Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: Монографія. – Х.: ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2011. – С. 422).

їни «Про авторське право і суміжні права» не є об'єктами авторського права:

1) акти органів державної влади та органів місцевого самоврядування (закони, укази, постанови, рішення тощо), а також їх офіційні переклади;

2) державні символи України, грошові знаки, емблеми тощо, затверджені органами державної влади;

3) повідомлення про новини дня або інші факти, що мають характер звичайної прес-інформації;

4) твори народної творчості (фольклор);

5) розклади руху транспортних засобів, розклади телерадіопередач, телефонні довідники та інші аналогічні бази даних, що не відповідають критеріям оригінальності і на які поширюється право *sui-generis* (своєрідне право, право особливого роду);

6) інші твори, встановлені законом.

Відповідно до ст.ст. 423, 438, 440 ЦК, ст.ст. 14, 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» авторські права охоплюють цілу низку прав, зокрема:

1. Особисті немайнові права, які не можуть бути передані (відчужені) іншим особам:

1) вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі і його примірниках і за будь-якого публічного використання твору, якщо це практично можливо;

2) забороняти під час публічного використання твору згадування свого імені, якщо він як автор твору бажає залишитись анонімом;

3) вибирати псевдонім, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора на творі і його примірниках і під час будь-якого його публічного використання;

4) вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора.

2. Майнові права автора чи іншої особи, яка має авторське право:

а) виключне право на використання твору;

б) виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами.

Майнові права автора (чи іншої особи, яка має авторське право) можуть бути передані (відчужені) іншій особі згідно з положеннями статті 31 цього Закону, після чого ця особа стає суб'єктом авторського права.

Виключне право на використання твору автором (чи іншою особою, яка має авторське право) дозволяє йому використовувати твір у будь-якій формі і будь-яким способом. Виключне

право автора (чи іншої особи, яка має авторське право) на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами дає йому право дозволяти або забороняти:

1) відтворення творів;

2) публічне виконання і публічне сповіщення творів;

3) публічну демонстрацію і публічний показ;

4) будь-яке повторне оприлюднення творів, якщо воно здійснюється іншою організацією, ніж та, що здійснила перше оприлюднення;

5) переклади творів;

6) переробки, адаптації, аранжування та інші подібні зміни творів;

7) включення творів як складових частин до збірників, антологій, енциклопедій тощо;

8) розповсюдження творів шляхом першого продажу, відчуження іншим способом або шляхом здавання в майновий найм чи у прокат та шляхом іншої передачі до першого продажу примірників твору;

9) подання своїх творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором;

10) здавання в майновий найм і (або) комерційний прокат після першого продажу, відчуження іншим способом оригіналу або примірників аудіовізуальних творів, комп'ютерних програм, баз даних, музичних творів у нотній формі, а також творів, зафіксованих у фонограмі чи відеограмі або у формі, яку зчитує комп'ютер;

11) імпорт примірників творів.

12) тощо.

Виключні права авторів на використання творів архітектури, містобудування, садово-паркового мистецтва передбачають і право їх участі у реалізації проектів цих творів.

*Суміжні права* – це особисті немайнові та майнові права виконавців, виробників фонограм, виробників відеограм, організацій мовлення, а також інших осіб, які набули таких прав відповідно до договору чи закону. Відповідно до ст. 449 ЦК та ст. 35 Закону «Про авторське право і суміжні права» об'єктами *суміжних прав*, незалежно від призначення, змісту, оцінки, способу і форми вираження, є:

а) виконання літературних, драматичних, музичних, музично-драматичних, хореографічних, фольклорних та інших творів;

б) фонограми, відеограми;

в) передачі (програми) організацій мовлення.

Відповідно до ст. 452 ЦК, ст.ст. 38-41 Закону «Про авторське право і суміжні права» *суміжні права* охоплюють такі права:

1. Особисті немайнові права виконавців та права на ім'я (назву) виробників фонограм, ві-



деограм і організацій мовлення, що полягають у праві:

- виконавця твору вимагати визнання того, що він є виконавцем твору; вимагати, щоб його ім'я або псевдонім зазначалися чи повідомлялися у зв'язку з кожним його виступом, записом чи виконанням (у разі, якщо це можливо); вимагати забезпечення належної якості запису його виконання і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій суттєвій зміні, що може завдати шкоди його честі і репутації.

- виробника фонограми, виробника відеограми зазначати своє ім'я (назву) на кожному носії запису або його упаковці поряд із зазначенням авторів, виконавців і назв творів, вимагати його згадування у процесі використання фонограми (відеограми).

- організації мовлення вимагати згадування своєї назви у зв'язку із записом, відтворенням, розповсюдженням своєї передачі і публічним повторним сповіщенням її іншою організацією мовлення.

2. Майнові (виключні) права, у т. ч. :

- право на використання об'єкта суміжних прав;

- виключне право дозволяти використання об'єкта суміжних прав;

- право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта суміжних прав, у т. ч. забороняти таке використання;

- інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Слід зазначити, що ст. 176 КК охороняє, головним чином, майнові авторські й суміжні права. Порушення тільки особистих немайнових прав не тягне кримінальної відповідальності, якщо лише воно не було певним чином поєднане із завданням матеріальної шкоди щонайменше у значному розмірі<sup>241</sup>.

*Виключне право* – майнове право особи, яка має щодо твору, виконання, постановки, передачі організації мовлення, фонограми чи відеограми авторське право і (або) суміжні права, на використання цих об'єктів авторського права і (або) суміжних прав лише нею і на видачу лише цією особою дозволу чи заборону їх використання іншим особам у межах строку, встановленого законом (ст. 1 Закону «Про авторське право і суміжні права»).

<sup>241</sup> А.С. Нерсисян робить більш категоричний висновок: «Фактично предметом всіх злочинів, що посягають на права інтелектуальної власності, є виключно майнові права інтелектуальної власності. Це виходить і з того, які саме діяння складають об'єктивну сторону складу злочину, і з того, що диспозиції відповідних кримінально-правових норм вказують на суспільно небезпечні наслідки у вигляді значної майнової шкоди...» (Нерсисян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 183).

*Предметом* злочину можуть бути вищезазначені об'єкти авторських і суміжних прав.

*Твір* – це оригінальний, як оприлюднений, так і неоприлюднений, продукт творчої праці вченого, письменника, художника та ін. (як літературні, художні, наукові твори, так і інші твори, указані вище при характеристиці об'єктів авторського права<sup>242</sup>).

*Аудіовізуальний твір* – твір, що фіксується на певному матеріальному носії (кіноплівці, магнітній плівці чи магнітному диску, компакт-диску тощо) у вигляді серії послідовних кадрів (зображень) чи аналогових або дискретних сигналів, які відображають (закодовують) рухомі зображення (як із звуковим супроводом, так і без нього), і сприйняття якого є можливим виключно за допомогою того чи іншого виду екрана (кіноекрана, телевізійного екрана тощо), на якому рухомі зображення візуально відображаються за допомогою певних технічних засобів. Видами аудіовізуального твору є кінофільми, телефільми, відеофільми, діафільми, слайдофільми тощо, які можуть бути ігровими, анімаційними (мультиплікаційними), неігровими чи іншими.

*Похідний твір* – твір, що є творчою переробкою іншого існуючого твору без завдання шкоди його охороні (анотація, адаптація, аранжування, обробка фольклору, інша переробка твору) чи його творчим перекладом на іншу мову (до похідних творів не належать аудіовізуальні твори, одержані шляхом дублювання, озвучення, субтитрування українською чи іншими мовами інших аудіовізуальних творів).

*Твір архітектури* – твір у галузі мистецтва спорудження будівель і ландшафтних утворень (креслення, ескізи, моделі, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо).

*Твір образотворчого мистецтва* – скульптура, картина, малюнок, гравюра, літографія, твір художнього (в т. ч. сценічного) дизайну тощо.

*Твір ужиткового мистецтва* – твір мистецтва, у т. ч. твір художнього промислу, створений ручним або промисловим способом для користування у побуті або перенесений на предмети такого користування.

*Комп'ютерна програма* – набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для читування комп'ютером, які приводять його у дію для досягнення певної мети або результату (це поняття охоплює як операційну систему, так і прикладну програму, виражені

<sup>242</sup> Л. Закорецька доводить, що твори як об'єкти авторського права можуть бути як письмові, так і усні (лекції, промови, проповіді тощо) (Закорецька Л. Деякі проблемні питання щодо поняття окремих об'єктів авторського права // Право України. – 2008. – № 9. – С. 52).

у вихідному або об'єктному кодах).

*База даних (компіляція даних)* – сукупність творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації у довільній формі, в т.ч. – електронній, підбір і розташування складових частин якої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові частини якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів.

*Відеограма* – відеозапис на відповідному матеріальному носії (магнітній стрічці, магнітному диску, компакт-диску тощо) виконання або будь-яких рухомих зображень (із звуковим супроводом чи без нього), крім зображень у вигляді запису, що входить до аудіовізуального твору. Відеограма є вихідним матеріалом для виготовлення її копій.

*Фонограма* – звукозапис на відповідному носії (магнітній стрічці чи магнітному диску, грамофонній платівці, компакт-диску тощо) виконання або будь-яких звуків, крім звуків у формі запису, що входить до аудіовізуального твору. Фонограма є вихідним матеріалом для виготовлення її примірників (копій).

*Публічне виконання* – подання за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав творів, виконань, фонограм, передач організації мовлення шляхом декламації, гри, співу, танцю та іншим способом як безпосередньо (у живому виконанні), так і за допомогою будь-яких пристроїв і процесів (за винятком передачі в ефір чи по кабелях) у місцях, де присутні чи можуть бути присутніми особи, які не належать до кола сім'ї або близьких знайомих цієї сім'ї, незалежно від того, чи присутні вони в одному місці і в один і той самий час або в різних місцях і в різний час.

*Програма мовлення* – програма, яка містить певні передачі і може бути сповіщена шляхом ретрансляції або в інший спосіб.

Як відзначають деякі правники, обов'язковою ознакою злочину є наявність *потерпілого* – суб'єкта авторського права чи суміжних прав<sup>243</sup>.

<sup>243</sup> Див.: наприклад: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 452; Коваль А. Кримінально-правова характеристика об'єкту злочину «Порушення авторського права і суміжних прав» // Юридичний журнал. – 2005. – № 11 (41). – С. 49. А. Коваль взагалі пропонує прямо закріпити цю ознаку в тексті ст. 176 КК (Коваль А. Вказ. праця. – С. 51).

Втім, дискусійним в юридичній літературі залишається питання про те, чи можна визнати потерпілим від цього злочину юридичну особу. Згідно з чинним цивільним законодавством юридична особа може мати виключні права на об'єкти авторського права і суміжних прав. А. Коваль, заперечуючи проти позиції щодо можливості визнання юридичної особи потерпілим від цього злочину, висловленої Л.Б. Ільковець, апелює до положень чинного кримінально-процесуального законодавства й наполягає на зворотному, вважаючи, що

Дійсно, якщо немає конкретного суб'єкта, якому належать авторське право чи суміжні права, то неможливе і порушення його прав (наприклад, неможливо порушити авторське право, відтворюючи та розповсюджуючи анекдоти, автори яких, зазвичай, залишаються невідомими).

**Об'єктивна сторона** злочину може знаходити вираження в таких формах<sup>244</sup>:

1) незаконне відтворення об'єктів авторського права – творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних;

3) незаконне відтворення об'єктів суміжних прав – виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення;

2) незаконне розповсюдження об'єктів авторського права – творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних;

4) незаконне розповсюдження об'єктів суміжних прав – виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення;

5) незаконне тиражування та розповсюдження виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення на аудіо- та відеокасетах, дисках, інших носіях інформації;

6) інше порушення авторського права і суміжних прав.

*Відтворення творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних та відтворення виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення* – це виготовлення одного або більше їх примірників в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (у т.ч. цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер.

*Так, 3 серпня 2010 року Жидачівським районним судом Львівської області за порушення авторського права корпорації «Microsoft» за ч. 1 ст. 176 КК України була засуджена особа, яка без дозволу володільця авторського права або його представника встановила отримані нею з ме-*

потерпілим може бути лише фізична особа, а юридична особа може бути цивільним позивачем (Коваль А. Вказ. праця. – С. 49, 51).

З такою аргументацією А. Коваль погодитися важко, адже в наукових джерелах уже доведено й обґрунтовано, що поняття «потерпілий» в кримінальному праві та процесі має різне значення. Так, наприклад, М.В. Сенаторов вважає, що в кримінальному праві потерпілим від злочину є соціальний суб'єкт, благо, праву чи інтересу якого, що знаходиться під охороною кримінального закону, злочином заподіюється шкода або створюється загроза такої; це можуть бути: фізичні особи, юридичні особи, держава, інші соціальні утворення та суспільство в цілому (Сенаторов М.В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві: Дис... канд. юрид. наук. – Х., 2005. – 215 с.).

<sup>244</sup> Про кримінально-правову та криміналістичну характеристику способів вчинення аналізованого злочину див. також: Кравчук О.В. Класифікація способів вчинення злочинних порушень авторського права і суміжних прав // Митна справа. – 2011. – № 2 (74). – Ч. 2. – С. 458-462.

режі Інтернет комп'ютерні програми (Microsoft Windows XP Service Pack 3, Microsoft Windows XP Service Pack 2 та програмні пакети Microsoft Office — професійний випуск версії 2003) на жорсткі диски семи персональних комп'ютерів. Таким чином, суд дійшов висновку про винність підсудного у скоєнні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК України, що виявилось у незаконному відтворенні комп'ютерних програм без дозволу осіб, які мають авторське право, що завдало матеріальної шкоди володільцю прав на суму 21186 грн., що у двадцять і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян, тобто у значному розмірі<sup>245</sup>.

Розповсюдження творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних та розповсюдження виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення – це будь-яка дія, за допомогою якої указані об'єкти авторського права і (або) суміжних прав безпосередньо чи опосередковано пропонуються публіці, у т. ч. доведення цих об'єктів до відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до цих об'єктів з будь-якого місця і в будь-який час за власним вибором.

Тиражування та розповсюдження виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення на аудіо- та відеокасетах, дискетах, інших носіях інформації – виготовлення копій (примірників) названих об'єктів суміжних прав на різноманітних носіях інформації, придатних для зберігання цих об'єктів в ідентичному чи наближеному до оригіналу вигляді (у т. ч., на оптичних дисках CD, DVD, Blu-ray, картах пам'яті, USB-флеш-накопичувачах, HDD, SSD тощо) та введення їх в обіг шляхом їх продажу чи іншої передачі права власності.

Інше порушення авторського права і суміжних прав означає вчинення будь-яких інших дій, що порушують встановлений чинним законодавством України порядок реалізації виключних прав на об'єкти авторського права чи суміжних прав.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони даного злочину є *незаконність* дій, передбачених в ч. 1 ст. 176 КК. Особливістю диспозиції цієї норми є її бланкетність, тому при кваліфікації указаних дій слід з'ясувати, чи порушували вони чинне законодавство або ні.

На сьогодні нормативна база з питань авторського права та суміжних прав складається з ЦК (глави 35-37, ст.ст. 418-456), законів України – «Про авторське право і суміжні права», від 13 січ-

ня 1998 року «Про кінематографію», від 21 грудня 1993 року «Про телебачення і радіомовлення», від 5 червня 1997 року «Про видавничу справу», від 23 березня 2000 року «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних», інших законів України, що регулюють відносини у сфері правової охорони особистих немайнових прав та майнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав. Окремі положення цих законодавчих актів роз'яснені в постанові Пленуму ВСУ № 5 від 4 червня 2010 року «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав». Крім того, у зв'язку з тим, що низка положень, які містяться у міжнародних договорах, не закріплені в законодавстві України, необхідно також враховувати, що Україна є учасницею низки міжнародних договорів, які регулюють відповідні правовідносини, зокрема:

- Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (Паризького акта від 24 липня 1971 року, зміненого 2 жовтня 1979 року; дата приєднання України – 31 травня 1995 року, дата набрання чинності для України – 25 жовтня 1995 року);

- Всесвітньої конвенції про авторське право 1952 року (Женева, 6 вересня 1952 року, дата набрання чинності для України – 17 січня 1994 року);

- Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятого Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 року (дата приєднання України – 20 вересня 2001 року);

- Міжнародної конвенції про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення (Рим, 26 жовтня 1961 року, дата приєднання України – 20 вересня 2001 року, дата, з якої Україна є учасником – 12 червня 2002 року);

- Конвенції про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм від 29 жовтня 1971 року (дата приєднання України – 15 червня 1999 року, дата набрання чинності для України – 18 лютого 2000 року);

- Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми, прийнятого Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 року (дата приєднання України – 20 вересня 2001 року);

- Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 року (дата приєднання України – 16 травня 2008 року).

Іншою обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК, є спричинення *матеріальної шкоди у значному*

<sup>245</sup> Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: Монографія. – Х.: ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2011. – С. 207.



розмірі, під якою слід розуміти шкоду, розмір якої у двадцять і більше разів перевищує НМДГ.

Деякі автори звертають увагу на складність встановлення дійсного розміру завданої порушенням прав інтелектуальної власності шкоди<sup>246</sup>. Зокрема, на думку М.І. Хавронюка, висловленої з аналогічного питання при характеристиці складу злочину, передбаченого ст. 177 КК, при визначенні матеріальної шкоди, завданої діями, передбаченими в указаній статті, слід враховувати як прямі збитки, так і неодержані доходи (упущену вигоду)<sup>247</sup>.

В.Д. Гулкевич у своїй дисертації робить висновок, що в чинній редакції ст. 176 КК під матеріальною шкодою необхідно розуміти вартість порушеного майнового права автора, виконавця, виробника фонограми, відеограми, організації мовлення<sup>248</sup>. А. Коваль, аналізуючи цю проблему, звертається до судової практики.

Так, у кримінальній справі по обвинуваченню К. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 176 КК України, було встановлено, що всього незаконними діями К., пов'язаними з порушенням майнових суміжних прав ПП «Юкрейніен Рекордс», ТОВ «Комп Мюзік» і ТОВ «Соні Мюзік Ентертейнмент (РУС)» завдано матеріальну шкоду в особливо великому розмірі, оскільки загальна вартість примірників незаконно розповсюджених фонограм на компакт-дисках складає суму 30 217 грн 49 коп., яка у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Таким чином, у цій кримінальній справі в основу визначення розміру матеріальної шкоди, завданої порушенням авторського права і суміжних прав, було покладено вартість незаконно розповсюджених об'єктів авторського права і суміжних прав.

Водночас в іншій кримінальній справі по обвинуваченню Ж. у вчиненні аналогічного злочину було встановлено, що Ж. порушував авторські права на чужий твір шляхом відтворення та розповсюдження програмних продуктів – операційної системи Windows 98 та пакета Office 97, чим спричиняв корпорації Майкрософт (США) шкоду. Внаслідок протиправних дій Ж., що виразились у незаконному використанні об'єкта права інтелектуальної власності, а саме встановлення двох примірників операційної системи

<sup>246</sup> Див., наприклад: Котюжинська Т., Коташевський О. Порушення авторського права на комп'ютерну програму [Електронний ресурс] // Правовий тиждень. – 2009. – 13 січня. – № 1-2 (127-128). – Режим доступу: <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=837>.

<sup>247</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 458.

<sup>248</sup> Гулкевич В.Д. Кримінально-правова охорона авторського права і суміжних прав: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2008. – С. 11.

Microsoft Windows 98 та пакета Microsoft Office 97, компанії Майкрософт (США) було спричинено шкоду у розмірі 1074 дол. США, що за курсом НБУ станом на 13 лютого 2001 р. та 20 квітня 2001 р. становило 5824, 89 грн. Отже, у цій кримінальній справі в основу визначення розміру матеріальної шкоди, завданої порушенням авторського права і суміжних прав, було покладено вартість ліцензії на використання об'єкта авторського права.

Викладене вказує на неоднозначність підходу судових і правоохоронних органів до визначення розміру шкоди, що завдається цим злочинном. На думку, А. Ковалю, виходячи з положень ст.ст. 445, 452 ЦК України, а також ст.ст. 15, 39, 40, 41 Закону про авторське право, розмір завданої суб'єкту авторського права чи суміжних прав матеріальної шкоди в її цивільно-правовому розумінні (значенні) має визначатись як сума коштів (винагороди), яку б отримав (повинен був отримати) суб'єкт авторського права чи суміжних прав на відповідні об'єкти авторського права та/або суміжних прав у разі, якщо б зазначені у диспозиції ст. 176 КК дії були вчинені з дотриманням чинного законодавства України, яке визначає (регламентує) їх вчинення, тобто як сума втраченої (упущеної) вигоди. Для точного та об'єктивного визначення розміру цієї матеріальної шкоди необхідно призначати судову експертизу<sup>249</sup>.

Цікавим є досвід Росії, де в ч.ч. 2 і 3 ст. 146 КК мова йде не про «шкоду», а про «розмір» діянь: «Незаконне використання об'єктів авторського права чи суміжних прав, а так само придбання, зберігання, перевезення контрафактних примірників творів або фонограм з метою збуту, вчинені у великому розмірі, – караються...» (ч. 2 ст. 146 КК РФ). Причому згідно з приміткою до цієї статті діяння, які в ній передбачені, визнаються вчиненими у великому розмірі, якщо вартість екземплярів творів або фонограм чи вартість прав на використання об'єктів авторського права й суміжних прав перевищує п'ятдесят тисяч рублів, а в особливо великому розмірі – двісті п'ятдесят тисяч рублів. Як роз'яснює Пленум Верховного Суду РФ у п. 6 постанови від 26 квітня 2007 р. № 14 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про порушення авторських, суміжних, винахідницьких і патентних прав, а також про незаконне використання товарного знака»,

<sup>249</sup> Коваль А. Порушення авторського права і суміжних прав: кримінально-правові проблеми, які потребують свого вирішення [Електронний ресурс] // Юридична газета. – 2005. – 23 травня. – № 9 (45). – Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com/oarticle/1530/>; Коваль А. Як визначити шкоду, завдану «кримінальним» порушенням прав інтелектуальної власності? [Електронний ресурс] // Юридична газета. – 2004. – 8 квітня. – № 7 (19). – Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com/ru/oarticle/659/>.

передбачені ч.ч. 2 і 3 ст. 146 КК РФ діяння слід уважати закінченими з моменту здійснення їх у великому (особливо великому) розмірі незалежно від настання злочинних наслідків у вигляді фактичного завдання шкоди правовласнику»<sup>250</sup>.

Певною мірою схожий підхід пропонує закріпити в КК Республіки Білорусь В.В. Хілюта, котрий пропонує таку кримінально-правову норму: «Отримання майнової вигоди в значному розмірі в результаті умисного порушення прав на інтелектуальну власність»<sup>251</sup>. Натомість російська дослідниця Г.О. Глухова взагалі пропонує виключити із тексту ч. 2 ст. 146 КК РФ криміноутворюючу ознаку «вчинення у великому розмірі», замінивши її указівкою на спеціальну мету – «з метою збуту»<sup>252</sup>.

Схожу точку зору висловлює український правознавець В.Д. Гулкевич, котрий пропонує вдосконалити чинну редакцію ст. 176 КК, визнавши злочином порушення майнового права автора, виконавця, виробника фонограми, відеограми, організації мовлення *незалежно від розміру заподіяної шкоди*, а також встановити кримінальну відповідальність за незаконне придбання, перевезення або зберігання з метою розповсюдження контрафактних примірників об'єктів авторського права і суміжних прав, *вчинене у значному розмірі*, а так само за умисні дії з обходу або нейтралізації технологічних засобів захисту авторського права і суміжних прав, незаконного вилучення або зміни будь-якої інформації про управління цими правами»<sup>253</sup>.

Проте, на нашу думку, найбільш правиль-

<sup>250</sup> Щодо цього питання див. також: Середя С. Определение размера нарушения авторских прав: проблемы и подходы [Электронный ресурс] // Лабрейт.Ру. – 2007. – Режим доступа: [http://www.labrate.ru/20071010/sereda\\_tezis.htm](http://www.labrate.ru/20071010/sereda_tezis.htm).

<sup>251</sup> Хілюта В.В. Проблемы совершенствования уголовной ответственности за посягательства на интеллектуальную собственность // Право.by. – 2008. – № 1. – С. 138-139.

<sup>252</sup> Глухова Г.О. Уголовная ответственность за нарушение авторских и смежных прав: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – С. 11.

<sup>253</sup> Гулкевич В.Д. Кримінально-правова охорона авторського права і суміжних прав: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2008. – С. 11-12.

Водночас варто зауважити, що позиція В.Д. Гулкевича з питання про вплив на кримінальну відповідальність за злочинне порушення авторського та суміжних прав такого показника, як заподіяна шкода виглядає не зовсім послідовною. З одного боку, дослідник неодноразово вказує на те, що порушення майнового права суб'єкта авторського та суміжних прав має визнаватися злочином незалежно від розміру заподіяної матеріальної шкоди. З іншого боку, як це випливає з авторської редакції ст. 198-1 КК «Порушення авторського права і суміжних прав» (Гулкевич В.Д. Кримінально-правова охорона авторського права і суміжних прав: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2008. – С. 12-13), науковець не відмовляється від диференціації кримінальної відповідальності за порушення авторського та суміжних прав залежно від розміру заподіяної матеріальної шкоди.

ним і швидким способом вирішення проблеми неоднозначності підходів до визначення розміру шкоди, завданої діями, передбаченими ст. 176 КК (а так само і ст. 177 КК), необхідно чітко вказати на те, що розуміється під шкодою в ст.ст. 176-177 КК шляхом або внесення в законодавчому порядку змін до примітки до ст. 176 КК, або прийняття відповідних роз'яснень Пленумом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 176 КК, є причинний зв'язок між діями винної особи та завданою шкодою. За своєю конструкцією злочин, передбачений у ч. 1 ст. 176 КК, є матеріальним і вважається закінченим з моменту заподіяння матеріальної шкоди.

Незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності, привласнення авторства на такий об'єкт або інше умисне порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності, що охороняється законом, якщо ці дії не пов'язані із заподіянням матеріальної шкоди, або заподіяли матеріальну шкоду в розмірі, який відповідно до ч. 1 ст. 176 КК не є значним, кваліфікуються за ст. 51-2 КпАП. Крім того, захист авторського права і суміжних прав може здійснюватися також у межах цивільного чи господарського судочинства.

Незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених контрольних марок для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних чи голографічних захисних елементів кваліфікується за ст. 216 КК, а якщо ці дії були поєднані з порушенням авторського права чи суміжних прав, то вони мають кваліфікуватися за сукупністю ст. 176 і ст. 216 КК.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК, є загальним. Ним може бути навіть автор (виконавець, виробник фонограми чи відеограми тощо) відповідного об'єкта інтелектуальної власності, якщо він порушує виключні права іншої особи, якій він раніше передав ці права в порядку, визначеному законодавством.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим або непрямым умислом.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину, згідно з ч. 2 ст. 176 КК, є: а) вчинення його повторно, б) вчинення його за попередньою змовою групою осіб, в) заподіяння матеріальної шкоди у великому розмірі.

**Особливо кваліфікуючими ознаками** злочину, згідно з ч. 3 ст. 176 КК, є: а) вчинення його службовою особою з використанням службово-

го становища, б) вчинення його організованою групою, в) заподіяння матеріальної шкоди в особливо великому розмірі.

Матеріальна шкода вважається завданою у великому розмірі, якщо її розмір у двісті і більше разів перевищує НМДГ, а завданою в особливо великому розмірі, якщо її розмір у тисячу і більше разів перевищує НМДГ (примітка до ст. 176 КК).

**Незаконне використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка, топографії інтегральної мікросхеми, сорту рослин, раціоналізаторської пропозиції, привласнення авторства на них, або інше умисне порушення права на ці об'єкти, якщо це завдало матеріальної шкоди у значному розмірі** (ст. 177 КК).

Чинне законодавство України визнає та забезпечує не тільки авторське право та суміжні права, але й інші аспекти права інтелектуальної власності, у зв'язку з чим до КК було включено ст. 177 КК, яка охороняє права на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є права інтелектуальної власності щодо винаходів, корисних моделей, промислових зразків, топографій інтегральних мікросхем, сортів рослин<sup>254</sup>, раціоналізаторських пропозицій.

Як указано в ст. 464 ЦК, майновими правами інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок є: 1) право на використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка; 2) виключне право дозволяти використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка (видавати ліцензії); 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню винаходу, корисної моделі, промислового зразка, зокрема забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Майнові права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок належать володільцю відпо-

<sup>254</sup> С.Я. Лихова та А.С. Нерсисян звертають на увагу на наявну прогалину в кримінальному законодавстві: захищаючи права на сорт рослин, ст. 177 КК не містить згадки про породи тварин, що потребує внесення відповідних змін до цієї статті (Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 85; Нерсисян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 6). Справедливість цієї пропозиції підтверджується тим, що права на сорт рослин і породи тварин гарантуються одними нормами, що містяться в главі 42 «Право інтелектуальної власності на сорт рослин, породи тварин» Цивільного кодексу України.

відного патенту, якщо інше не встановлено договором чи законом.

Ст. 474 ЦК передбачає, що майновими правами інтелектуальної власності на компонування інтегральної мікросхеми<sup>255</sup> є: 1) право на використання компонування інтегральної мікросхеми; 2) виключне право дозволяти використання компонування інтегральної мікросхеми; 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню компонування інтегральної мікросхеми, в т.ч. забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Законом України від 21 квітня 1993 року «Про охорону прав на сорти рослин» передбачено, що права на сорти рослин включають: 1) особисті немайнові права інтелектуальної власності на сорт рослин, підтверджені свідоцтвом про авторство на сорт рослин; 2) майнові права інтелектуальної власності на сорт рослин, підтверджені патентом на сорт рослин; 3) майнове право інтелектуальної власності на поширення сорту рослин, підтверджене свідоцтвом про державну реєстрацію сорту рослин.

Відповідно до ст. 484 ЦК автор раціоналізаторської пропозиції має право на добросовісне заохочення від юридичної особи, якій ця пропозиція подана, проте право на використання цієї пропозиції у будь-якому обсязі має юридична особа, яка визнала пропозицію раціоналізаторською.

*Предметом* злочину, передбаченого ст. 177 КК, є відповідні об'єкти права інтелектуальної власності: винаходи, корисні моделі, промислові зразки, топографії інтегральних мікросхем, сорти рослин, раціоналізаторські пропозиції.

*Винахід (корисна модель)* – результат інтелектуальної діяльності людини в будь-якій сфері технології. Відповідно до ст. 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» *об'єктом винаходу (корисної моделі)*, правова охорона якому (якій) надається згідно з цим Законом, може бути: а) продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо); б) процес (спосіб), а також нове застосування відомого продукту чи процесу<sup>256</sup>. Згідно з ч. 1 ст. 459 і ч. 1 ст. 460 ЦК ви-

<sup>255</sup> Поняття «компонування інтегральної мікросхеми», яке міститься в Цивільному кодексі України, слід вважати синонімом поняття «топографія інтегральної мікросхеми», що вживається в Законі України «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» і в ст. 177 КК.

<sup>256</sup> В.Д. Гулкевич зауважує, що в юридичній літературі висловлюється думка, що за певних обставин винаходом може бути визнана й комп'ютерна програма. Враховуючи це, він вважає, що порушення прав на комп'ютерну програму, за загальним правилом, слід кваліфікувати за ст. 176 КК, а у випадку визнання її винаходом і видачі відповідного патенту – за ст. 177 КК (Гулкевич В. Розмежування порушення



нахід вважається придатним для набуття права інтелектуальної власності на нього, якщо він, відповідно до закону, є новим, має винахідницький рівень і придатний для промислового використання; корисна модель – якщо вона, відповідно до закону, є новою і придатною для промислового використання.

*Промисловий зразок* – результат творчої діяльності людини у галузі художнього конструювання. Згідно з ч. 2 ст. 5 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» об'єктом промислового зразка може бути форма, малюнок чи розфарбування або їх поєднання, які визначають зовнішній вигляд промислового виробу і призначені для задоволення естетичних та ергономічних потреб. Промисловий зразок, відповідно до ч. 1 ст. 461 ЦК, вважається придатним для набуття права інтелектуальної власності на нього, якщо він, відповідно до закону, є новим.

*Інтегральна мікросхема* – мікроелектронний виріб кінцевої або проміжної форми, призначений для виконання функцій електронної схеми, елементи і з'єднання якого неподільно сформовані в об'ємі і (або) на поверхні матеріалу, що становить основу такого виробу, незалежно від способу його виготовлення. *Топографія інтегральної мікросхеми* – зафіксоване на матеріальному носії просторово-геометричне розміщення сукупності елементів інтегральної мікросхеми та з'єднань між ними. При цьому права на топографію інтегральної мікросхеми визначені Законом України від 5 листопада 1997 року «Про охорону прав на топографію інтегральних мікросхем», не включають ідеї, способи, системи, технології або закодовану інформацію, які можуть бути втілені в топографію такої мікросхеми. Відповідно до ст. 471 ЦК компонування інтегральної мікросхеми вважається придатним для набуття права інтелектуальної власності на нього, якщо воно є оригінальним.

*Сорт рослин* – окрема група рослин (клон, лінія, гібрид першого покоління, популяція) в рамках нижчого із відомих ботанічних таксонів<sup>257</sup>, яка: а) може бути визначена ступенем прояву ознак, що є результатом діяльності даного генотипу або комбінації генотипів; б) може бути відрізнена від будь-якої іншої групи рослин ступенем прояву принаймні однієї з цих ознак; в) може розглядатися як єдине ціле з точки зору її придатності для відтворення в незмінному вигляді цілих рослин сорту.

*Раціоналізаторською пропозицією* є визнана

авторського права і суміжних прав від інших злочинів проти інтелектуальної власності // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2007. – Вип. 44. – С. 253).

<sup>257</sup> Ботанічний таксон – це відособлена група рослин, споріднених між собою спільністю ознак і властивостей, завдяки чому їм можна присвоїти таксономічну категорію.

юридичною особою пропозиція, яка містить технологічне (технічне) або організаційне рішення у будь-якій сфері її діяльності. Об'єктом раціоналізаторської пропозиції може бути матеріальний об'єкт або процес (ст. 481 ЦК)<sup>258</sup>.

Не є предметом злочину, передбаченого ст. 177 КК, не вказані в цій статті об'єкти права інтелектуальної власності, у т. ч.: наукові відкриття, знаки для товарів і послуг, фірмові найменування, твори, комп'ютерні програми, бази даних, виконання, фонограми, відеограми і програми мовлення, кваліфіковані зазначення походження товару.

**Об'єктивна сторона** злочину може бути реалізована в таких формах:

1) незаконне використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка, топографії інтегральної мікросхеми, сорту рослин, раціоналізаторської пропозиції;

2) привласнення авторства на вказані об'єкти права інтелектуальної власності;

3) інше порушення права на ці об'єкти.

*Використанням винаходу (корисної моделі)*, відповідно до ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», визнається:

- виготовлення продукту із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі), застосування такого продукту, пропонування для продажу, в т.ч. через Інтернет, продаж, імпорт (ввезення) та інше введення його в цивільний оборот або зберігання такого продукту в зазначених цілях;

- застосування процесу, що охороняється патентом, або пропонування його для застосування в Україні, якщо особа, яка пропонує цей процес, знає про те, що його застосування забороняється без згоди власника патенту або, виходячи з обставин, це і так є очевидним.

При цьому продукт визнається виготовленим із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі), якщо при цьому використано кожну ознаку, включену до незалежного пункту формули винаходу (корисної моделі), або ознаку, еквівалентну їй. Процес, що охороняється патентом, визнається застосованим, якщо використано кожну ознаку, включену до незалежного пункту формули винаходу, або ознаку, еквівалентну їй.

*Використанням промислового зразка*, відпо-

<sup>258</sup> В.Б. Харченко висловлює думку, що раціоналізаторська пропозиція не може розглядатися як предмет злочинів у сфері інтелектуальної власності, по-перше, через відсутність у її «володільців» майнових прав інтелектуальної власності, охорона яких могла би бути забезпечена кримінально-правовими засобами, по-друге – через те, що за своїм змістом і критеріями охороноздатності вона взагалі не може бути віднесена до права на об'єкти інтелектуальної власності (Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: Монографія. – Х.: ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2011. – С. 419-420, 423).

відно до ст. 20 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки», визнається виготовлення виробу із застосуванням запатентованого промислового зразка, застосування такого виробу, пропонування для продажу, в т.ч. через Інтернет, продаж, імпорту (ввезення) та інше введення його в цивільний оборот або зберігання такого виробу в зазначених цілях. Виріб визнається виготовленим із застосуванням запатентованого промислового зразка, якщо при цьому використані всі суттєві ознаки промислового зразка.

Під використанням *топографії інтегральної мікросхеми (ІМС)*, відповідно до Закону України «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем», слід розуміти: а) копіювання топографії ІМС; б) виготовлення ІМС із застосуванням даної топографії; в) виготовлення будь-яких виробів, що містять такі ІМС; г) ввезення таких ІМС та виробів, що їх містять, на митну територію України; д) пропонування для продажу, в т.ч. через Інтернет, продаж та інше введення в цивільний оборот або зберігання в зазначених цілях ІМС, виготовлених із застосуванням топографії ІМС, та будь-яких виробів, що містять такі ІМС. Інтегральна мікросхема визнається виготовленою із застосуванням зареєстрованої топографії, якщо при цьому використано всі елементи, які визначають топографію ІМС оригінальною.

*Використання сорту рослин* – це будь-яка дія щодо сорту, що зазначена у Законі України «Про охорону прав на сорти рослин» в переліку дій, які потребують дозволу володільця патенту. Зокрема, відповідно до ст. 39 цього Закону виключне право на дозвіл чи заборону використання сорту полягає в тому, що ніхто без дозволу володільця патенту не може здійснювати щодо посадкового матеріалу сорту такі дії: а) виробництво або відтворення (з метою розмноження); б) доведення до кондиції з метою розмноження; в) пропонування до продажу; г) продаж або інший комерційний обіг; д) вивезення за межі митної території України; е) ввезення на митну територію України; є) зберігання для вищезазначених цілей. Крім того, ст.ст. 39, 39-1 названого Закону визначають і деякі інші дії, які не можна вчиняти без дозволу володільця патенту або власника майнового права інтелектуальної власності на поширення сорту рослин.

Під використанням *раціоналізаторської пропозиції* слід розуміти її втілення в життя, безоплатне поширення, продаж тощо.

Під *привласненням авторства на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію* слід розуміти оформлення в повному обсязі або частково відповідних реєстраційних документів на чужі права інтелектуальної власності під своїм прізвищем; реєстрацію під

своїм прізвищем предмета інтелектуальної власності, створеного у співавторстві з іншими особами, без позначення цього<sup>259</sup>.

Під *іншим порушенням права на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію* слід розуміти вчинення будь-яких інших діянь, які порушують встановлений чинним законодавством порядок реалізації особистих немайнових і майнових прав на ці об'єкти.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони даного злочину є *незаконність* дій, передбачених в ч. 1 ст. 177 КК. Особливістю цієї норми є її бланкетність, тому при кваліфікації указаних дій слід з'ясовувати, чи порушували вони чинне законодавство або ні.

Чинна нормативна база з цих питань складається з ЦК (глави 39-42, ст.ст. 439-488), законів України – від 15 грудня 1993 року «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», від 15 грудня 1993 року «Про охорону прав на промислові зразки», від 5 листопада 1997 року «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем», від 21 квітня 1993 року «Про охорону прав на сорти рослин» та інших нормативно-правових актів.

Іншою обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 1 ст. 177 КК, є спричинення матеріальної шкоди у значному розмірі, під якою, згідно з приміткою до ст. 176 КК, слід розуміти шкоду, розмір якої у двадцять і більше разів перевищує НМДГ. Крім того, повинен існувати причинний зв'язок між діями винної особи та шкодою, що настала.

Незаконне використання названих вище об'єктів права інтелектуальної власності, привласнення авторства на ці об'єкти або інше умисне порушення прав на них, якщо ці дії не пов'язані із заподіянням матеріальної шкоди, або заподіяли матеріальну шкоду в розмірі, який відповідно до ч. 1 ст. 177 КК не є значним, кваліфікуються за ст. 51-2 КпАП. Крім того, прав на об'єкти права інтелектуальної власності, що розглядаються, може здійснюватися також у межах цивільного чи господарського судочинства.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого ч. 1 ст. 177 КК, є загальним.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим або непрямым умислом.

**Кваліфікуючі та особливо кваліфікуючі ознаки** злочину, передбачені в ч.ч. 2 і 3 ст. 177 КК, є аналогічними ознакам, указаним в ч.ч. 2 і 3 ст. 176 КК.

<sup>259</sup> Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Х.: Одиссей, 2004. – С. 471.

### 7.8. Злочини проти релігійних прав і правовідносин

Конституція України гарантує, що кожен має право на свободу світогляду і віросповідання (ст. 35). Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність. Здійснення цього права може бути обмежене законом лише в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей.

Відповідно до ст. 3 Закону України від 23 квітня 1991 року «Про свободу совісті та релігійні організації» право на свободу совісті включає свободу мати, приймати й змінювати релігію або переконання за своїм вибором і свободу одноособово чи разом з іншими сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, відправляти релігійні культи, відкрито виражати і вільно поширювати свої релігійні або атеїстичні переконання. Ніхто не може встановлювати обов'язкових переконань і світогляду. Не допускається будь-яке примушування при визначенні громадянином свого ставлення до релігії, до сповідання або відмови від сповідання релігії, до участі або неучасті в богослужіннях, релігійних обрядах і церемоніях, навчання релігії. Батьки або особи, які їх замінюють, за взаємною згодою мають право виховувати своїх дітей відповідно до своїх власних переконань та ставлення до релігії. Здійснення свободи сповідувати релігію або переконання підлягає лише тим обмеженням, які необхідні для охорони громадської безпеки та порядку, життя, здоров'я і моралі, а також прав і свобод інших громадян, встановлені законом і відповідають міжнародним зобов'язанням України. Ніхто не має права вимагати від священнослужителів відомостей, одержаних ними при сповіді віруючих.

Статті 178-181 КК здійснюють кримінально-правову охорону відносин, пов'язаних із свободою совісті та релігією. Хоча говорити, що всі вони мають один видовий об'єкт, не можна. Зокрема, якщо перші три статті, дійсно, охороняють різні аспекти свободи світогляду і віросповідань, то остання (ст. 181 КК), навпаки, обмежує цю свободу з метою захисту здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей, як це передбачено в Конституції. Але про це мова йтиме при характеристиці вказаної кримінально-правової норми.

Крім названих норм, чинний КК містить інші положення, спрямовані на захист релігійних прав громадян. Так, ст. 67 КК серед обставин, що обтяжують покарання, називає «вчинення злочину на ґрунті ... релігійної ворожнечі або розбрату».

Ціла низка статей КК містить посилання на мотив релігійної нетерпимості як на кваліфікуючу ознаку злочину (ст.ст. 110, 115, 121, 122, 126, 127, 129). Ст. 161 КК визнає злочином, крім іншого, умисні дії, спрямовані на розпалювання релігійної ворожнечі та ненависті, образу почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, а також пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками релігійних переконань. Ст. 300 КК забороняє ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують релігійну нетерпимість та дискримінацію. Ст. 442 КК встановлює кримінальну відповідальність за геноцид, у т.ч. щодо певної релігійної групи.

Але, на думку деяких правознавців, свобода совісті досі залишається не достатньо захищеною вітчизняним кримінальним правом. Наприклад, як зауважує К.Б. Марисюк, поза увагою вітчизняного законодавця й досі залишаються певні аспекти, яким варто було б надати кримінально-правову охорону. Зокрема, він говорить про необхідність встановити кримінальну відповідальність за порушення таємниці сповіді та виділення в окрему норму примушування священнослужителя до давання показань чи свідчень тощо<sup>260</sup>.

**Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків** (ст. 178 КК).

Ст. 178 КК встановлює кримінальну відповідальність за пошкодження релігійних споруд чи культових будинків. **Суспільно небезпечний** характер цього злочину зумовлений тим, що його вчинення може привести до розпалювання релігійної ворожнечі, конфліктів між представникам різних конфесій, порушення права релігійних організацій щодо реалізації своїх конституційних прав тощо.

**Безпосереднім об'єктом** злочину в науковій літературі називають: «конституційне право людини на свободу віросповідання, яке у даному випадку включає свободу сповідувати будь-яку релігію, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність, у т.ч. з використанням релігійних споруд чи культових будинків. Обов'язковим додатковим об'єктом виступає право власності»<sup>261</sup>; «суспільні відносини, що забезпечують свободу совісті й віросповідання. Додатко-

<sup>260</sup> Марисюк К.Б. Чи потрібна кримінально-правова відповідальність за порушення таємниці сповіді? // Вісник Львівського інституту внутрішніх справ при НАВС України. – 2003. – № 1. – С. 104; Марисюк К. Кримінально-правова відповідальність за порушення законодавства у сфері свободи віросповідання у державах пострадянського простору // Право України. – 2003. – № 9. – С. 34.

<sup>261</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 460.



вим обов'язковим об'єктом виступають відносно власності»<sup>262</sup>; «конституційне право громадян вільно і безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культури і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність»<sup>263</sup>; «свобода задоволення релігійних (духовних) потреб людей з використанням релігійних споруд чи культових будинків, при цьому додатковим обов'язковим об'єктом розглядуваного складу злочину виступає право власності на релігійні споруди, культові будинки»<sup>264</sup>.

Виходячи зі змісту диспозиції ст. 178 КК, можна зробити висновок, що *предметом* злочину є релігійні споруди чи культові будинки.

В юридичній літературі більшість науковців схиляються до вузького розуміння релігійних споруд, культових будинків, як предмета злочинів проти свободи віросповідання, розуміючи під ними приміщення, призначені для проведення богослужінь, релігійних обрядів і церемоній, наприклад, церкви, собори, костьоли, синагоги, мечеті, пагоди, каплиці, дзвіниці, мінарети, молитовні, храми, кенафи, кірхи тощо<sup>265</sup>.

На думку В. Маркіна релігійним спорудам, культовим будинкам як предмету складів злочинів проти свободи віросповідання властива низка ознак: фізичні (такі об'єкти є матеріальними, реально існуючими утвореннями навколишнього світу), соціальні (вони спеціально призначені для задоволення релігійних (духовних) потреб людей) та юридичні (ці об'єкти мають бути чужими для винної особи та бути власністю суб'єкта права власності). Враховуючи змістовні ознаки *культових будинків*, їх можна визначити як будівлі, що мають внутрішнє приміщення і спеціально призначені для задоволення релігійних (духовних) потреб людей (насамперед потреб у відправленні богослужінь, релігійних обрядів, церемоній і процесій). Поняття «релігійна споруда», на думку В. Маркіна, є ширшим за обсягом, ніж поняття «культовий будинок» і охоплює останній. У кримінально-правовому розумінні *релігійними спорудами* доцільно визнавати усі інші (крім культових будинків) будівлі, спеціально призначені для за-

доволення релігійних (духовних) потреб людей<sup>266</sup>.

Відповідно до ст. 18 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» у власності релігійних організацій можуть бути будівлі, предмети культу, об'єкти виробничого, соціального і добродійного призначення, транспорт, кошти та інше майно, необхідне для забезпечення їх діяльності.

У випадку знищення або пошкодження майна релігійних організацій, що спеціально не призначене для задоволення релігійних потреб, вчинене на ґрунті релігійної ворожнечі або розбрату, необхідно кваліфікувати за відповідною статтею КК (у такому випадку це можуть бути злочини проти власності або громадського порядку) при наявності обставини, передбаченої п. 3 ч. 1 ст. 67 КК. За наявності необхідних ознак ці дії також можуть бути кваліфіковані також за ст. 161 КК.

**Об'єктивна сторона** досліджуваного злочину полягає у вчиненні дій, спрямованих на пошкодження або зруйнування релігійних споруд чи культових будинків.

Під *пошкодженням релігійних споруд чи культових будинків* необхідно розуміти приведення їх у часткову непридатність за цільовим призначенням на певний проміжок часу, тобто неможливість їх використання для задоволення релігійних потреб, та погіршенні їх якісних показників і зменшенні цінності.

Під *зруйнуванням релігійних споруд чи культових будинків* необхідно розуміти вчинення дій щодо доведення їх до повної непридатності для цільового використання, внаслідок чого предмет даного злочину або зовсім перестає існувати, або втрачає свою цінність, і не може слугувати для задоволення релігійних потреб.

На думку М.І. Мельника, ст. 178 КК не зумовлює кримінальну відповідальність за пошкодження чи зруйнування релігійної споруди або культового будинку розміром завданої в результаті таких дій шкоди. Таким чином, вчений робить висновок, що кримінально каранім є будь-яке пошкодження чи зруйнування релігійної споруди або культового будинку, яке заподіяло чи могло заподіяти істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству. Виняток, на його думку, становлять випадки малоозначного пошкодження чи зруйнування релігійної споруди або культового будинку, яке в силу ч. 2 ст. 11 КК не може бути визнане злочином<sup>267</sup>.

У разі пошкодження або зруйнування релігій-

<sup>262</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / 3-тє вид., перероб. і доп.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 149.

<sup>263</sup> Коржанський М.Й. Науковий коментар Кримінального кодексу України. – К.: Атіка, 2001. – С. 277.

<sup>264</sup> Маркін В.І. Безпосередній об'єкт складу злочину, передбаченого ст. 178 «Пошкодження релігійних споруд ч культових будинків» Кримінального кодексу України // Університетські наукові записки. – 2009. – № 2. – С. 244-245.

<sup>265</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко та ін.; За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – С. 141-142.

<sup>266</sup> Маркін В. Предмет складів злочинів проти свободи віросповідання // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2008. – Вип. 47. – С. 199.

<sup>267</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – С. 142.

ної споруди, культового будинку, вчиненого шляхом підпаалу чи іншим загальнонебезпечним способом, або якщо це спричинило загибель людей чи інші тяжкі наслідки, дії винної особи необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів: за ст. 178 та ч. 2 ст. 194 КК.

Відповідно до ч. 4 ст. 17 Закону «Про свободу совісті та релігійні організації» релігійним організаціям можуть бути передані і використовуватися ними, з додержанням установлених правил охорони і використання пам'яток історії та культури, культові будівлі та інше майно, які становлять історичну, художню або іншу культурну цінність. Тому у разі, коли винна особа усвідомлювала, що пошкоджує або знищує релігійну споруду чи культовий будинок, що має вищевказаний статус, її дії необхідно кваліфікувати за відповідною частиною ст. 298 КК.

За конструкцією об'єктивної сторони склад злочину, передбаченого ст. 178 КК, є матеріальним. Останній вважається закінченим з моменту настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді пошкодження або зруйнування релігійної споруди чи культового будинку. При цьому розмір завданої шкоди для кваліфікації дій винної особи значення не має (крім, як вже зазначалось, випадку малозначності такої шкоди в розумінні ч. 2 ст. 11 КК).

**Суб'єкт** злочину – загальний.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною формою вини. У разі, коли винна особа не усвідомлює, що пошкоджує або руйнує релігійну споруду, її дії за наявності підстав необхідно кваліфікувати як відповідний злочин проти власності. Мотиви та мета вчинення злочину не є обов'язковими ознаками його суб'єктивної сторони.

### **Незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь** (ст. 179 КК).

Стратегічною метою етнопатристичної політики Української держави є консолідація та розвиток української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, розвиток етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України на основі забезпечення прав і свобод людини та громадянина<sup>268</sup>. Серед принципів етнопатристичної політики особливе значення посідає право громадян, які належать до української нації, українського народу, всіх корінних народів і національних меншин України, здійснювати свої права і свободи одноосібно та разом з іншими, в т.ч. щодо збереження

й розвитку своєї національної самобутності.

Ст. 21 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» передбачає, що релігійні організації мають право засновувати і утримувати вільно доступні місця богослужінь або релігійних зібрань, а також місця, шановані в тій чи іншій релігії (місця паломництва). Через це особливого значення набувають кримінально-правові гарантії реалізації даного права. Так, ст. 179 КК передбачає кримінальну відповідальність за незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь.

**Суспільна небезпека** злочину полягає у тому, що дії винної особи, перш за все, порушують конституційне право громадян України вільно і безперешкодно відправляти одноособове чи колективно релігійні культури і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність.

**Безпосередній об'єкт** злочину в юридичній літературі визначають, як: «право людини на свободу віросповідання»<sup>269</sup>; «суспільні відносини у сфері охорони прав громадян на свободу совісті, проголошену ст. 35 Конституції України, і їх прав щодо своїх релігійних святинь»<sup>270</sup>; «суспільні відносини, що забезпечують свободу віросповідання і повагу почуттів віруючих»<sup>271</sup>; «правовідносини, змістом яких є право релігійних організацій та громадян володіти, користуватися та розпоряджатися спеціальними предметами – релігійними святинями, з метою реалізації права на свободу віросповідання»<sup>272</sup>.

*Предметом* злочину є релігійні святині. Чинне законодавство не дає визначення цього злочину, через що виникають питання щодо відмежування цього складу злочину від складу злочину, передбаченого ст. 178 КК. Так, під релігійними святинями розуміються «шановані віруючими певної релігії предмети та місця релігійного поклоніння, а також місця паломництва віруючих. Релігійними святинями можуть бути будь-які предмети релігійного поклоніння – релігійні реліквії, тобто предмети, яким служителі чи віруючі певного релігійного культу приписують чудодійну силу, роблячи їх предметами релігійного поклоніння: ікони та хрести, зокрема, чудотворні, книги, манускрипти, останки і мощі святих, а так само інші речі

<sup>269</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 461.

<sup>270</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. Є.А. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 73.

<sup>271</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / 3-тє вид., перероб. і доп.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 150–151.

<sup>272</sup> Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 212.

<sup>268</sup> Котигоренко В.О. Щодо стратегії державної етнопатристичної політики // Стратегічні пріоритети: науково-аналітичний щоквартальний збірник. – 2008. – № 1 (6). – С. 45.

– релігійні реліквії»<sup>273</sup>. Поряд з цим релігійними святинями можуть визнаватися і найбільш відомі й шановані віруючими певних релігій культові будинки і релігійні споруди, цільове призначення яких полягає у задоволення релігійних потреб.

Питання про визнання того чи іншого предмета матеріального світу чи місця релігійною святинєю має вирішуватися на підставі висновків релігієзнавчої експертизи.

**Об'єктивна сторона** злочину може виражатися у формі:

- 1) незаконного утримування релігійних святинь;
- 2) оскверненні релігійних святинь;
- 3) знищенні релігійних святинь.

Під *незаконним утримуванням релігійних святинь* необхідно розуміти самоправні, всупереч встановленому законодавством порядку, дії винної особи щодо безпідставного збереження їх під своїм контролем, непередачі їх без правових підстав релігійним організаціям, які мають на них законне право, позбавляючи таким чином останніх передбаченої законом можливості реалізувати за їх допомогою свої релігійні потреби. При цьому обов'язковими умовами є відсутність права винної особи на релігійну святиню, наявність вимог релігійної організації, якій належить даний релігійний предмет або місце релігійного поклоніння щодо їх повернення або звільнення, позбавлення можливості використовувати їх законними власниками для задоволення своїх духовних потреб.

Відповідно до ст. 20 Закону «Про свободу совісті та релігійні організації» у разі припинення діяльності релігійної організації майнові питання вирішуються відповідно до її статуту (положення) і чинного законодавства. Після припинення діяльності релігійних організацій майно, надане їм у користування державними, громадськими організаціями або громадянами, повертається його колишньому власнику. У разі припинення діяльності релігійної організації у зв'язку з порушенням названого Закону або інших законодавчих актів України майно, що перебуває в її власності, за винятком культового, може безоплатно переходити у власність держави. Культове майно передається іншим релігійним організаціям. Тому незаконним утримуванням може виступати непередача релігійних святинь після припинення своєї діяльності релігійною організацією відповідним суб'єктам.

Дана форма об'єктивної сторони злочину не охоплює порушення *порядку користування* різними релігійними святинями, якщо відповідні особи чи організації користуються ними на за-

конних підставах. Тому порушення такого порядку може або взагалі не містити складу злочину, або містити склад іншого злочину, наприклад, передбаченого ст. 180 КК – у випадку створення незаконних перешкод для відправлення у святих місцях релігійних обрядів, обмеження доступу до них, тощо.

Під *оскверненням релігійних святинь* розуміється вчинення публічно чи таємно будь-яких дій щодо релігійних святинь, які свідчать про принизливе ставлення до релігійних почуттів громадян певної конфесії. Такі дії можуть виразитися у розмалюванні предметів та (або) місць релігійного поклоніння, здійсненні на них написів, інших дій, пов'язаних з наругою над святинями, тощо.

Під *знищенням релігійних святинь* необхідно розуміти вчинення дій щодо доведення їх до повної непридатності для цільового використання, внаслідок чого предмет даного злочину або зовсім перестає існувати, або втрачає свою цінність, і не може слугувати для задоволення релігійних потреб.

У випадку вчинення дій, пов'язаних із знищенням релігійних святинь, що становлять собою могили або інші місця поховання, тіло (останки, прах) померлого або урну з прахом померлого, вони повинні додатково кваліфікуватися за ст. 297 КК. За наявності необхідних ознак дії винної особи можуть бути кваліфіковані також за ст. 161 КК.

Злочин вважається закінченим з моменту вчинення будь-якої дії (дій), що утворює (утворюють) незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь. Обов'язковою ознакою злочину у формі знищення релігійних святинь є завдання відповідної шкоди.

**Суб'єкт** злочину – загальний. Якщо цей злочин вчиняється службовою особою з використанням свого службового становища за наявності підстав потребує додаткової кваліфікації, зокрема, за статтями 364 або 365 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною формою вини. У випадку незаконно утримання релігійної святині об'єктивним підтвердженням наявності умислу винної особи можуть бути: пряме висловлення наміру утримання релігійної святині, характер дій (блокування, застосування насильства тощо), тривалість утримання тощо.

**Перешкоджання здійсненню релігійного обряду** (ст. 180 КК).

Права на свободу віросповідання відповідно до ст. 35 Конституції України реалізуються через сповідання релігії, відправлення одноособово чи колективно релігійних культів і ритуальних обрядів та ведення релігійної діяльності.

<sup>273</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 2-ге вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2002. – С. 364–365.



Ст. 180 КК установлює кримінальну відповідальність за перешкоджання здійсненню релігійного обряду, яке виражається у двох самостійних складах злочинів: незаконне перешкоджання здійсненню релігійного обряду, що зірвало або поставило під загрозу зриву релігійний обряд; та примушування священнослужителя шляхом фізичного або психічного насильства до проведення релігійного обряду.

**Суспільна небезпека** цих діянь зумовлена тим, що вони порушують вищевказане конституційне право, а так само принцип соціальної справедливості, рівності, захисту прав і законних інтересів громадян незалежно від ставлення до релігії.

Особливістю аналізованої статті КК є те, що у ній передбачено два окремі склади злочинів. Діяння, юридичний склад якого передбачений у диспозиції ч. 2 ст. 180 КК, не утворює кваліфікованого виду злочину «перешкоджання здійсненню релігійного обряду», а має самостійний склад. Тому в науковій літературі зустрічаються пропозиції щодо необхідності закріпити ці норми в двох окремих статтях для уникнення необґрунтованого об'єднання в одній статті двох різних складів злочинів<sup>274</sup>.

**Безпосередній об'єкт** злочину в юридичній літературі визначають, як: «право на свободу віросповідання. Фізична або психічна недоторканність особи виступає додатковим факультативним (ч. 1 ст. 180) чи додатковим обов'язковим (ч. 2 ст. 180) об'єктом»<sup>275</sup>; «суспільні відносини у сфері охорони прав кожного на свободу совісті, включаючи безперешкодне здійснення ним релігійних обрядів»<sup>276</sup>; «право на безперешкодне здійснення релігійного обряду, додатковим факультативним об'єктом – діяльність релігійної організації»<sup>277</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ч. 1 ст. 180 КК, виражається у формі незаконного перешкоджання здійсненню релігійного обряду, що зірвало або поставило під загрозу зриву релігійний обряд, а злочину, передбаченого ч. 2 ст. 180 КК – у примушуванні священнослужителя шляхом фізичного або психічного насильства до проведення релігійного обряду.

<sup>274</sup> Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 222.

<sup>275</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 462.

<sup>276</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. Є.А. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 74.

<sup>277</sup> Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В.Т. Малярника, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 2-ге вид., переробл. і доп. – Х.: Одиссей, 2004. – С. 180.

Слід зазначити, що *релігійний обряд* – це низка послідовних дій, що супроводжують і оформляють вчинення акту чи актів культового характеру. Проте це лише один із аспектів діяльності релігійної організації. Крім релігійного обряду, чинне законодавство визначає також інші форми релігійної діяльності: богослужіння, церемонії, навчання релігії, процесії, та інші індивідуальні чи колективні дії, пов'язані із сповіданням та поширенням віри. Через це С.Я. Лихова висловлює думку, що диспозицію ст. 180 КК слід сформулювати більш широко, а саме: «перешкоджання здійсненню богослужіння, релігійного обряду та інших видів релігійної діяльності...»<sup>278</sup>. Приблизно так, до речі, поступив законодавець Грузії, виклавши ст. 155 КК Грузії в такій редакції: «незаконне перешкоджання богослужінню або здійсненню інших релігійних обрядів чи звичаїв із застосуванням насильства або з погрозою насильства, чи поєднане з образою релігійних почуттів віруючих чи священнослужителів».

Богослужіння, релігійні обряди, церемонії та процесії безперешкодно проводяться в культових будівлях і на прилеглій території, у місцях паломництва, установах релігійних організацій, на кладовищах, в місцях окремих поховань і крематоріях, квартирах і будинках громадян, а також в установах, організаціях і на підприємствах за ініціативою їх трудових колективів і згодою адміністрації. Командування військових частин надає можливість військовослужбовцям брати участь у богослужіннях і виконанні релігійних обрядів. Богослужіння та релігійні обряди в лікарнях, госпіталях, будинках для престарілих та інвалідів, місцях попереднього ув'язнення і відбування покарання проводяться на прохання громадян, які перебувають в них, або за ініціативою релігійних організацій. Адміністрація зазначених установ сприяє цьому, бере участь у визначенні часу та інших умов проведення богослужіння, обряду або церемонії. В інших випадках публічні богослужіння, релігійні обряди, церемонії та процесії проводяться щоразу з дозволу відповідної місцевої державної адміністрації, виконавчого комітету сільської, селищної, міської ради. клопотання про видачу вказаного дозволу подається не пізніше як за десять днів до призначеного строку проведення богослужіння, обряду, церемонії чи процесії, крім випадків, які не терплять зволікання.

*Перешкоджання відправленню релігійного обряду* полягає у обмеженні або позбавленні можливості провести релігійний обряд. Це може здійснюватися шляхом безпідставного недопущення

<sup>278</sup> Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 215.

віруючих до місця проведення релігійного обряду, залякування, погроз, застосування фізичного впливу.

Якщо спосіб перешкоджання утворює самостійний склад злочину, вчинене необхідно додатково кваліфікувати, наприклад, за ст. ст. 125, 126, 129, 179 КК.

Обов'язковою ознакою злочину, передбаченого в ч. 1 ст. 179 КК, є *незаконність* перешкоджання здійсненню релігійного обряду. Тому, наприклад, перешкоджання здійсненню обряду, поєданого з жертвоприношенням, завданням людям тілесних ушкоджень тощо, не є незаконним.

Злочин вважається закінченим, коли протиправні дії винної особи зірвали або поставили під загрозу зриву релігійний обряд. Під *зривом релігійного обряду* слід розуміти будь-які протиправні дії, які призвели до припинення здійснення релігійного обряду або неможливості проведення, якщо він ще не був розпочатий. Під *загрозою зриву релігійного обряду* необхідно розуміти будь-яку протиправну цілеспрямовану діяльність, внаслідок якої виникає ситуація, за якої релігійний обряд не може бути проведений, проте це не відбувається в результаті вжиття додаткових заходів, спрямованих на усунення цієї загрози. Загрозою зриву релігійного обряду має бути реальною (безпосередньою), а не гіпотетичною.

У цьому контексті необхідно відзначити триваючу в науковій літературі дискусію щодо доцільності існування у диспозиції ч. 1 ст. 180 КК вказівки на такий суспільно небезпечний наслідок дій винної особи, як створення загрози зриву релігійного обряду. Зокрема, одні автори вважають, що незаконне перешкоджання здійсненню релігійної діяльності, якщо воно лише поставило таку діяльність під загрозу зриву, слід розглядати як замах на незаконне перешкоджання здійсненню богослужіння, а з урахуванням того, що злочин, передбачений ч. 1 ст. 180 КК, є злочином невеликої тяжкості, такий замах доцільно визнати малозначним діянням<sup>279</sup>.

Інші автори вважають, що «загроза зриву» релігійного обряду (у кримінально-правовому розумінні) є, умовно кажучи, більш об'єктивною категорією ніж сам «зрив» релігійного обряду. І пов'язано це з тим, що подальше продовження релігійного обряду чи його припинення дуже часто залежить не стільки від способу злочинного посягання чи його інтенсивності, скільки від особи, яка проводить обряд. Наприклад, у випадку перешкоджання здійсненню релігійного обряду

<sup>279</sup> Див., наприклад: Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 184; Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 216.

шляхом відключення електроенергії один священнослужитель може все одно продовжувати релігійний обряд, завершуючи його без освітлення та акустичних приладів, тоді як інший може припинити його проведення. Тому, якщо виключити із диспозиції ч. 1 ст. 180 КК слова «...або поставило під загрозу зриву релігійний обряд», в усіх подібних випадках питання про стадії вчинення злочину часто залежатиме від того, наскільки наполегливим у виконанні своїх функцій виявиться священнослужитель<sup>280</sup>.

Слід зазначити, що дії винної особи можуть бути кваліфіковані за ч. 1 ст. 180 КК, лише якщо вони зірвали або створили загрозу зриву релігійного обряду *в цілому*. Якщо ж дії особи були спрямовані, наприклад, на позбавлення одного прихожанина можливості відвідати богослужіння, вони можуть охоплюватися складами злочинів проти життя та здоров'я, волі, власності тощо та кваліфікуватися за наявності підстав за відповідними статтями КК, крім випадків, коли без даної особи проведення релігійного обряду не можливе (наприклад, священнослужитель).

У ч. 2 ст. 180 КК йдеться про примушування священнослужителя шляхом фізичного або психічного насильства до проведення релігійного обряду.

*Священнослужитель* – це фізична особа, котра має духовний сан, є служителем певної релігії і має право проводити релігійні обряди. Відповідно до ст. 3 Закону «Про свободу совісті та релігійні організації» не допускається будь-яке примушування при визначенні громадянином свого ставлення до релігії, до сповідання або відмови від сповідання релігії, до участі або неучасті в богослужіннях, релігійних обрядах і церемоніях, навчання релігії.

Під *примушуванням проведення релігійного обряду* необхідно розуміти вчинення дій, здатних спонукати потерпілого провести релігійний обряд усупереч своїй волі. Це може виражатися, наприклад, у примушуванні провести релігійний обряд: якщо він заборонений канонами церкви взагалі або у певний проміжок часу, або якщо він відноситься до іншого віровчення; у місцях, які не призначені для цього; з порушенням порядку проведення релігійного обряду, у т. ч. із застосуванням предметів, які визнаються недопустимими для застосування по канонам релігії потерпілого тощо.

У диспозиції ч. 2 ст. 180 КК визначається два

<sup>280</sup> Маркін В.І. Ст. 180 «Перешкоджання здійсненню релігійного обряду» Кримінального кодексу України: недоліки та шляхи їх усунення [Електронний ресурс] // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 586. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11mviciu.pdf>; Мачковський А.Г. Охрана личных, политических и трудовых прав в уголовном законодательстве России и зарубежных государств. – М.: РУССО, 2004. – С. 108-109.

способи вчинення злочину: 1) *фізичне насильство* – будь-які дії, що пов'язані з порушенням цілісності тілесних покровів потерпілого, завдання йому болю, фізичним обмеженням свободи пересування тощо (вчинення таких дій потребує додаткової кваліфікації за відповідними статтями КК, наприклад, ст.ст. 121, 122, 127 тощо, якщо санкції цих статей є більшими, ніж санкція ст. 180); 2) *психічне насильство*, що полягає в психічному впливі на потерпілого шляхом застосування погроз заподіяти фізичну, матеріальну чи іншу шкоду самому потерпілому чи його близьким родичам тощо (при цьому погроза вбивством має кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ст.ст. 180 і 129 КК).

Злочин, передбачений ч. 2 ст. 180 КК, вважається закінченим з моменту вчинення вищезазначених дій, а саме примушування священнослужителя до проведення релігійного обряду шляхом фізичного або психічного насильства.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого ст. 180 КК, – загальний. Дії службової особи, котра незаконно перешкоджає здійсненню релігійного обряду або примушує священнослужителя до проведення релігійного обряду, якщо вони поєднані з використанням свого службового становища, за наявності підстав необхідно додатково кваліфікувати, зокрема, за ст.ст. 364, 365, 423 або 424 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною формою вини.

### **Посягання на здоров'я людей під приводом проповідання релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів (ст. 181 КК).**

Міжнародні та національні стандарти свободи світогляду і віросповідань передбачають, що вона підлягає лише тим обмеженням, які необхідні для охорони громадської безпеки та порядку, життя, здоров'я і моралі, а також прав і свобод інших громадян. Саме таке обмеження встановлюється у ст. 181 КК, яка передбачає недопустимість організації або керівництва групою, діяльність якої здійснюється під приводом проповідання релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів і поєднана із заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою.

**Суспільна небезпека** злочину полягає у зловживанні релігійними почуттями віруючих в результаті проповідання «псевдорелігії», що супроводжується посяганнями на їх особисті немайнові права<sup>281</sup>. До того ж, нерідко в таких релігійних групах (організаціях, сектах) внаслідок

<sup>281</sup> Детальна характеристика суспільно небезпечної діяльності релігійних організацій наводиться в статті: Білоус І.М. Загальна характеристика релігійних організацій, діяльність яких побудована на деструктивних ідеологіях // Вісник Академії адвокатури України. – 2006. – Вип. 5. – С. 124-130.

постійної психологічної обробки з боку тоталітарних лідерів відбувається трансформація групової свідомості її членів і виникають певні моделі групового мислення, які призводять до певної руйнації особистості через такі форми: фізичні (обмеження у харчуванні, сні, виснажлива робота); психічні (негативні зміни у психіці та поведінці особи, нездатність до критичного мислення); розумові (звуження індивідуальної та культурної сфери особистості); соціальні (регресія здатності до спілкування, тотальна ворожість до всієї системи функціонування суспільства)<sup>282</sup>.

**Безпосередній об'єкт** злочину в юридичній літературі визначають, як: «встановлений порядок проповідання релігійних віровчень та відправлення релігійних обрядів, який забезпечує здоров'я громадян, статево свободу, статево недоторканість та моральність»<sup>283</sup>; «суспільні відносини у сфері охорони прав громадян на свободу совісті та здоров'я, закріплені у ст. 3, 35 Конституції України, а також порядок створення релігійної організації та здійснення релігійної діяльності»<sup>284</sup>; «релігійна діяльність особи щодо двох проявів свободи віросповідання: проповідання віровчень і здійснення релігійних обрядів. Додатковим обов'язковим об'єктом є здоров'я і життя особи або суспільна моральність, додатковим факультативним об'єктом може бути також діяльність релігійної організації»<sup>285</sup>.

Поряд із цим заслуговує на увагу думка С.Я. Лихової про те, що правовідносини, змістом яких є право особи на свободу віросповідання, не можуть вважатися об'єктом аналізованого злочину, адже діяльність подібних злочинних груп знаходиться поза межами закону і ніякими нормами не врегульована. По-суті, пише правознавець, діяльність цих груп не пов'язується з релігійними правами, а тільки маскується ними. У цьому контексті організація групи та керівництво групою, діяльність якої спрямована на спричинення шкоди здоров'ю людей, є суспільно небезпечними незалежно від того, під яким приводом така діяльність відбувається. Законодавство України в галузі релігії забороняє будь-яку релігійну діяльність, пов'язану з заподіянням шкоди здоров'ю людей. Тому, вважає вчений, відповідна норма спрямована на охорону здоров'я населення та мораль-

<sup>282</sup> Білоус І.М. Особливості початкового етапу розслідування злочинів, передбачених ст. 181 КК України // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Вип. 9. – С. 117.

<sup>283</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка; 7-ме вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2010. – С.464.

<sup>284</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. С.Л. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 74-75.

<sup>285</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / 3-тє вид., перероб. і доп.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 478.



ності, а її місце – в розділі XIII Особливої частини серед інших злочинів проти здоров'я населення. Саме здоров'я населення слід вважати основним безпосереднім об'єктом цього злочину, а релігійні почуття – додатковим безпосереднім об'єктом<sup>286</sup>.

В. Маркін звертає увагу на те, що розміщення розглядуваної статті в чинному КК відрізняється від КК України 1960 р. (де стаття про посягання на здоров'я громадян під приводом виконання релігійних обрядів містилася в главі X «Злочини проти громадської безпеки, громадського порядку та народного здоров'я»). Дослідник зазначає: «Звичайно, однозначно пояснити таке рішення законодавця важко. Видається, що розміщення норми, передбаченої ст. 181 КК 2001 р., у розділі V зумовлене: а) зміною підходу законодавця до розуміння родового об'єкта цього злочину; б) його прагненням забезпечити комплексність кримінально-правової охорони свободи віросповідання, розмістивши статті, що забезпечують таку охорону послідовно, в межах одного розділу»<sup>287</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину включає дві форми:

1) організація групи, діяльність якої здійснюється під приводом проповідання релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів і поєднана із заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою;

2) керівництво такою групою.

Морфологічне значення слова «організація» (від грец. *οργανον* – інструмент) – цільове об'єднання ресурсів для досягнення певної мети; організувати – засновувати, створювати що-небудь шляхом залучення громадських сил; об'єднувати, згуртовувати кого-небудь для будь-якої мети; упорядковувати, надавати чому-небудь планомірний, узгоджений характер, діяльність по плану<sup>288</sup>.

Таким чином, *організація групи* передбачає вчинення сукупності дій, спрямованих на її створення. Дані дії можуть виразитися у підшукуванні членів групи, реєстрації даної групи, пошуку приміщення тощо.

Під *керівництвом групою* розуміється діяльність, спрямована на управління функціонуванням даної групи. Це може виражатися в організації відправлень релігійних обрядів, координації

діяльності групи, відданні відповідних розпоряджень тощо. При цьому не має значення безпосередньо особа здійснює керівництво даною групою чи через інших осіб. Крім того, керівництво групою може здійснюватись як одноосібно, так і колегіально.

Як вказує М.І. Хавронюк, організувати групу, діяльність якої здійснюється під якимось приводом і з чимось поєднана, за правилами логіки неможливо: злочин є закінченим з моменту організації групи, а її діяльність перебуває за межами складу злочину (адже відбувається після цього). Тому притягнути особу до відповідальності за організацію такої групи за чинною редакцією ст. 181 КК, на його думку, неможливо<sup>289</sup>.

Проте з цим твердженням можна погодитися лише частково. З одного боку, текст досліджуваної статті страждає певною недосконалістю і потребує перегляду. З іншого боку, розуміючи мету законодавця, слід тлумачити цю норму таким чином, що вона охоплює організацію групи, діяльність якої в подальшому буде спрямована на заподіяння шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою під приводом проповідання релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів.

Поняття «заподіяння шкоди здоров'ю людей» у цьому складі охоплює заподіяння смерті або тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості. Під *статевою розпустою* слід розуміти вчинення розпусних дій, пов'язаних зі вступом представниками групи у невідповідні статеві зносини між собою або з іншими особами тощо.

Якщо залежно від способу вчинення вищевказаних дій вони утворюють склад більш тяжкого злочину, ніж передбачений ч. 1 ст. 181, вчинене за наявності підстав необхідно додатково кваліфікувати за іншими статтями КК, а саме за ст. 121, ст. 122, ч. 2 ст. 126, ст. 127, ст. 120, ст. 115, ст. 153, ст. 152, ст. 155 КК.

Обов'язковою ознакою скоєння злочину, передбаченого ст. 181 КК, є вчинення відповідних дій *під приводом проповідання релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів*. Інакше кажучи, заподіяння шкоди здоров'ю людей або статева розпуста повинні пояснюватися особливостями віровчення або релігійного обряду.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 181 КК, вважається закінченим з моменту створення релігійної групи (навіть якщо фактично створена група є меншою за кількісним складом, ніж планувалося) або вчинення дій щодо керівництва нею.

**Суб'єкт** злочину – загальний. При цьому, виходячи зі змісту диспозиції ст. 181 КК, винна особа повинна виступати організатором або керівником зазначеною групою. Особи, які є учас-

<sup>286</sup> Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 205.

<sup>287</sup> Маркін В. Злочини проти свободи віросповідання: питання наступності кримінального законодавства України // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2008. – Вип. 46. – С. 227.

<sup>288</sup> Ефремова Т.Ф. Новый толково-словообразовательный словарь русского языка. – М.: Русский язык, 2000. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.classes.ru/all-russian/russian-dictionary-Efremova.htm>.

<sup>289</sup> Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 184-185.

никами такої групи, не можуть розглядатися як суб'єкти цього злочину і, за наявності підстав, несуть відповідальність лише за злочини, безпосередньо пов'язані із заподіянням шкоди життю чи здоров'ю або посяганням на статеву свободу чи статеву недоторканність.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною формою вини.

Ч. 2 ст. 181 КК визначає **кваліфікований склад** злочину, передбаченого цією статтею, а саме: «Ті самі дії, поєднані із втягуванням в діяльність групи неповнолітніх...»

Під *втягнення в діяльність групи неповнолітніх* треба розуміти вчинення дій її організатором або керівником, спрямованих на приєднання до кола учасників групи осіб, котрі не досягли вісімнадцятирічного віку. Вітчизняний законодавець не розкриває способи, за допомогою яких може вчинитися такий злочин. З огляду на це, способи можуть бути різноманітними: від звичайної пропаганди до застосування погрози насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб, пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці. Якщо спосіб вчинення цього злочину містить ознаки більш тяжкого злочину, дії винної особи за наявності підстав повинні додатково кваліфікуватися за відповідною статтею КК. Обов'язковою умовою притягнення особи до кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 181 КК є усвідомлення нею, що потерпілий є неповнолітнім. Злочин вважається закінченим з моменту вчинення вищевказаних дій незалежно від того, чи настав суспільно небезпечний наслідок цього злочину у вигляді приєднання неповнолітнього до релігійної групи.

Слід зазначити, що ч. 2 ст. 181 КК не можна розглядати як спеціальну норму по відношенню до ст. 304 «Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність», адже діяльність групи, про яку йдеться в ст. 181 КК, не обов'язково має бути злочинною сама по собі<sup>290</sup>. Таким чином, якщо діяльність груп, про які йдеться в ст. 181 КК поєднана із вчиненням злочинів, то втягнення неповнолітнього в її діяльність за наявності всіх необхідних ознак слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст.ст. 181 і 304 КК.

<sup>290</sup> Зокрема, як зазначає В. Маркін, у більшості випадків шкоду здоров'ю люди в таких групах завдають або самі собі (голодування, самокалічення тощо), або з їх волі; самі собою випадки «статевої розпусти» також не тягнуть кримінальної відповідальності (Маркін В. Злочини проти свободи віросповідання: питання наступності кримінального законодавства України // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2008. – Вип. 46. – С. 227-228).

## Рекомендована література

1. Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – 328 с.
2. Андрушко П.П. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності в Україні. – К.: Форум, 2004. – 160 с.
3. Анчукова М.В. Щодо кримінальної відповідальності за розголошення таємниці усиновлення (ст. 168 КК України) // Держава і право. – 2009. – Вип. 45. – С. 424-429.
4. Барабаш О.Л., Кальченко С.В. Підкуп як спосіб перешкоджання вільному здійсненню виборчого права: матеріально-правові аспекти злочину та процесуальний порядок його встановлення // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 4. – С. 51-54.
5. Белова О.І. Кримінально-правова характеристика системи злочинів проти сім'ї та неповнолітніх: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – 20 с.
6. Білоус І.М. Загальна характеристика релігійних організацій, діяльність яких побудована на деструктивних ідеологіях // Вісник Академії адвокатури України. – 2006. – Вип. 5. – С. 124-130.
7. Гальцова В.В. Кримінальна відповідальність за порушення таємниці усиновлення (удочеріння) та незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння) (аналіз складів злочинів): Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Х., 2012. – 20 с.
8. Горпинюк О.П. Кримінально-правова охорона інформаційного аспекту приватності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2011. – 19 с.
9. Готін О.М. Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина: Навчальний посібник. – Луганськ: РВВ АДУВС, 2006. – 192 с.
10. Гулкевич В.Д. Кримінально-правова охорона авторського права і суміжних прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2008. – 20 с.
11. Зарицкий А., Малахова В. Уголовная ответственность за нарушение неприкосновенности жилища // Уголовное право. – 2003. – № 2. – С. 30-33.
12. Зінченко І.О. Кримінально-правова охорона виборчих, трудових та особистих прав свобод людини і громадянина. Аналіз законодавства і судової практики / Моногр. – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – 320 с.
13. Капинус О.С., Додонов В.Н. Ответственность за разжигание расовой, национальной и религиозной вражды, а также за другие «преступления ненависти» по уголовному праву зарубежных стран // Капинус О.С. Современное уголовное право в России и за рубежом: некоторые проблемы ответственности: Сборник статей. – М.: Издат. дом «Буковед», 2008. – С. 118-135.

14. Кримінальна відповідальність за порушення виборчих і референдних прав: Монографія / П.П. Андрушко, І.О. Зінченко, С.Я. Лихова та ін.; За заг. ред. В.П. Тихого. – Х.: «Кроссрууд», 2008. – 344 с.
15. Курафеев В.В. Порушення рівності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань: конституційний та кримінально-правовий аспект // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. / редкод.: В.І. Борисов та ін. – Вип. 22. – Х.: Право, 2011. – С. 232-240.
16. Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України): Монографія. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. – 573 с.
17. Лихова С.Я. Кримінальна відповідальність за злочини проти виборчих на референдних прав по законодавству країн – учасниць Європейського Союзу (порівняльно-правовий аналіз) // Альманах кримінального права: збірник статей. Вип. 1 / Відповід. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. – К.: Правова єдність, 2009. – С. 275-323.
18. Лихова С., Морозюк С. Захист інтересів сім'ї кримінально-правовими засобами // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 11. – С. 60-67.
19. Лобань Д. Механізм та порядок застосування положень ч. 3 ст. 175 КК України // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 11. – С. 25-28.
20. Маркін В.І. Кримінально-правова охорона свободи віросповідання в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – 18 с.
21. Мачковский А.Г. Охрана личных, политических и трудовых прав в уголовном законодательстве России и зарубежных государств. – М.: РУССО, 2004. – 304 с.
22. Медіна Л.П. Кримінально-правова характеристика злочинів проти виборчих прав громадян України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 20 с.
23. Мельник М.І. Кримінальна відповідальність за злочини проти виборчих прав. – К.: Атіка, 2005. – 144 с.
24. Мягков М.О. Перешкоджання здійсненню виборчого права: проблеми кримінальної відповідальності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 20 с.
25. Нерсесян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2010. – 192 с.
26. Нерсесян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 20 с.
27. Павликівський В.І. Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про працю, не пов'язані з посяганням на життя та здоров'я: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 20 с.
28. Палій М.В. Злочинність у сфері віросповідання та боротьба з нею: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 19 с.
29. Панькевич В.М. Кримінальна відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 23 с.
30. Постульга В. Проблеми кримінально-правового захисту інформаційної діяльності // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 3. – С. 23-24.
31. Присяжнюк І.І. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканості житла або іншого володіння особи в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 20 с.
32. Прохоров-Лукин Г., Демидович Є. Проблеми кримінально-правового захисту від плагиату // Юридичний вісник України. – 5-18 травня 2012 р. – № 18-19; 19-25 травня 2012 р. – № 20.
33. Тагієв С.Р., Мазур М.В. Право на вільні вибори в рішеннях Європейського суду з прав людини // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 9. – С. 31-34.
34. Тарасенко А.В. Кримінальна відповідальність за заважання здійсненню релігійного обряду: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1995. – 20 с.
35. Тасаков С.В. Нравственные основы норм уголовного права о преступлениях против личности. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 232-276.
36. Тихий В.П., Мельник М.І. Кримінальна відповідальність за перешкоджання здійсненню виборчого або референдного права // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 7. – С. 41-45.
37. Топчій В.В. Кримінально-правова характеристика невиконання заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК України): Монографія. – Львів: ЛьВДУВС, 2010. – 260 с.
38. Трунцевский Ю.В. Уголовно-правовая охрана авторских и смежных прав. – М.: Академия налоговой полиции ФСНП РФ, 2003. – 306 с.
39. Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результат творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: Монографія. – Х.: ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2011. – 480 с.
40. Юридична відповідальність за порушення законодавства про вибори народних депутатів України / За ред. чл.-кор. НАН України О.Л. Копиленка. – К.: Парламентське вид-во, 2007. – 96 с.



## ГЛАВА 8

### ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ

#### 8.1. Загальна характеристика та види злочинів проти власності

Процвітання України як суверенної, незалежної, демократичної, соціальної та правової держави з ринковою економікою неможливе без належного захисту власності, який повинен не тільки забезпечувати стабільність і розвиток економічної системи нашої держави, а й сприяти підвищенню рівня добробуту всього українського населення.

Відповідно до ч. 1 ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності, адже це право є непорушним.

Втілення і подальший розвиток наведених конституційних гарантій знаходимо у цивільному законодавстві України, яке визначає, що правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном. На зміст права власності не впливають місце проживання власника та місце знаходження майна.

Регламентуючи питання, пов'язані зі здійсненням права власності, ЦК установлює, що власник володіє, користується та розпоряджається своїм майном на власний розсуд і має право вчиняти щодо нього будь-які дії, які не суперечать закону. При цьому законодавець зобов'язує власника додержуватися моральних засад суспільства під час реалізації своїх повноважень щодо належного йому майна та категорично забороняє використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі.

У ч.ч. 6 і 7 ст. 319 ЦК зазначається, що держава не втручається у здійснення власником права власності. Діяльність власника може бути обмежена чи припинена або власника може бути зобов'язано допустити до користування його майном інших осіб лише у випадках і в порядку, встановлених законом. Згідно ж з положеннями ч.ч. 2, 3 ст. 321 ЦК особа може бути позбавлена права власності або обмежена у його здійсненні лише у випадках і в порядку, встановлених законом, а примусове відчуження об'єктів права власності

може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього та повного відшкодування їх вартості (крім випадків, реквізиції майна в умовах воєнного або надзвичайного стану).

Вищенаведені гарантії реалізації прав власників засвідчують істотну значущість інституту права власності як для України в цілому, так і її окремих громадян зокрема. Забезпечення цих прав є настільки важливим, що протягом усієї історії розвитку українського законодавства посягання на власність вважалися суспільно небезпечними діяннями та завжди каралися суворими заходами державного примусу. Щоправда, місце та значення кримінально-правової охорони власності в кримінально-правовій політиці нашої держави та держав, які існували на її сучасній території, постійно змінювалися. Так, якщо в XI столітті за часів чинності скороченої редакції Руської Правди крадіжка чужого пса, яструба чи соколу каралася майже як убивство смерда чи холопа<sup>1</sup>, то кримінальне законодавство XXI століття визнає життя людини найвищою соціальною цінністю, а посягання на нього – одним із найнебезпечніших злочинів.

Не зупиняючись на історичних аспектах кримінально-правової заборони суспільно небезпечних посягань на власність, зазначимо, що у КК 1960 р., який втратив чинність 1 вересня 2001 р., право власності охоронялося двома різними главами його Особливої частини – главою II «Злочини проти державної і колективної власності» та главою V «Злочини проти індивідуальної власності громадян». При цьому покарання за злочини проти державної і колективної власності були більш суворими, ніж покарання за аналогічні діяння, однак вчинені щодо індивідуальної власності громадян. Звертала на себе увагу й та обставина, що способи окремих посягань на державну і колективну власність у КК 1960 р. було виписано більш

<sup>1</sup> Відповідно до положень ст. 37 скороченої редакції Руської Правди крадіжка пса, яструба чи соколу каралася «штрафом» у розмірі 3 грн. За вбивство ж смерда чи холопа у ст. 32 зазначеного нормативного акту передбачалося покарання у вигляді «штрафу» розміром 5 грн.

детально, ніж способи аналогічних посягань на індивідуальну власність громадян<sup>2</sup>. Така ситуація, вочевидь, не відповідає загальноновизнаним канонам доктрини кримінального права (зокрема щодо систематизації норм Особливої частини КК за родовим об'єктом) і грубо суперечила положенням Основного Закону України, в ч. 4 ст. 13 якого проголошено рівність перед законом усіх суб'єктів права власності.

У КК 2001 р. зазначений недолік усунуто, адже кримінально-правові заборони посягань на власність будь-якого суб'єкта права власності передбачено в єдиному розділі VI Особливої частини КК під назвою «Злочини проти власності». При цьому, як свідчить аналіз норм зазначеного розділу, законодавець свідомо відмовився від диференціації кримінальної відповідальності за злочини проти власності залежно від суб'єкта такого права.

Продовжуючи розгляд цієї проблематики, слід зазначити, що в загальній структурі злочинності злочини проти власності посідають і, мабуть, завжди посідали «чільне» місце, залишаючи далеко позаду всі інші категорії злочинів. Зокрема, в 2009 р. було зареєстровано 242766 злочинів проти власності, що складало 55,8% від загальної кількості зареєстрованих злочинів, у 2010 р. – 318216 злочинів проти власності, що складало 63,5% від загальної кількості зареєстрованих злочинів, у 2011 р. – 339326 злочинів проти власності, що складало 65,8% від загальної кількості зареєстрованих злочинів, а у I кварталі 2012 р. – 82845 злочинів зазначеної категорії, що складало 63,3% від загальної кількості зареєстрованих злочинів.

Приблизно такою ж була поширеність злочинів проти власності й у минулих роках. При цьому відсоток розкриття злочинів проти власності є одним із найнижчих (зокрема, в 2011 р. було розкрито лише 49,1% крадіжок від загальної кількості зареєстрованих фактів таємного викрадення чужого майна та 67,6% грабежів від загальної кількості зареєстрованих фактів відкритого викрадення чужого майна).

Значна поширеність злочинів проти власності, з одного боку, та низький рівень їх розкриття, з іншого, свідчать про необхідність більш ефективного застосування норм розділу VI Особливої частини КК, зумовлюють потребу в подальшому вдосконаленні кримінального законодавства України в цій сфері та вимагають від науковців проведення якісного наукового аналізу норм про кримінальну відповідальність за злочини проти власності.

<sup>2</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 427-428.

Переходячи до загальної характеристики злочинів проти власності, зазначимо, що норми, які знаходяться в розділі VI Особливої частини КК, об'єднано в ньому за ознакою родового об'єкта цих злочинів, що майже не викликає заперечень у кримінально-правовій літературі<sup>3</sup>. Щоправда, одні науковці стверджують, що родовим об'єктом злочинів проти власності є власність як економічна категорія<sup>4</sup>, інші впевнені, що вони спричиняють шкоду праву власності, тобто власності як юридичній категорії<sup>5</sup>, а деякі, об'єднуючи два

<sup>3</sup> Певні сумніви щодо цього має М.І. Мельник. Так, розмірковуючи над місцем розташування ст. 197-1 у системі норм Особливої частини КК, він зазначає: «Обґрунтованість віднесення цього злочину до категорії злочинів проти власності викликає великі сумніви, оскільки за своїми ознаками він є нічим іншим як різновидом самоправства у сфері земельних відносин. З огляду на це, його місце – серед злочинів проти довкілля або злочинів проти авторитету органів державної влади та органів місцевого самоврядування» (Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко та ін.; за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Атіка, 2009. – С. 211).

У науці кримінального права висловлюється й думка про те, що окремі статті, які не знайшли свого закріплення в розділі VI Особливої частини КК, все ж таки передбачають злочини проти власності, а отже й мали б знаходитися саме в ньому. Так, А.О. Данилевський цілком обґрунтовано критикує рішення парламентаріїв щодо доповнення розділу IX Особливої частини КК «Злочини проти громадської безпеки» статтею 270-1, яка передбачає кримінальну відповідальність за «Умисне знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства», адже цей злочин має своїм основним безпосереднім об'єктом право власності, а не громадську безпеку (Данилевський А.О. Щодо розміщення норми про кримінальну відповідальність за умисне знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 року). – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 147–151).

У цілому поділяє цю думку й І.Б. Медичкий (Медичкий І.Б. Кримінально-правова охорона об'єктів житлово-комунального господарства (на прикладі аналізу ст. 270-1 КК України) // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 року). – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 318–321).

<sup>4</sup> Уголовное право. Особенная часть: Учебник / Под ред. В.Н. Петрашева. – М.: «Издательство ПРИОР», 1999. – С. 162–164; Гаухман Л.Д., Максимов С.В. Ответственность за преступления против собственности. – М., 2002. – С. 18; Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 147.

<sup>5</sup> Матышевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 12; Мальцев В.В. Ответственность за преступления против собственности. – Волгоград: Волгоградский юридический институт МВД России, 1999. – С. 23; Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.И. Антипов и др.; отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. – К.: А.С.К., 2003. – С. 423; Дітріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 7; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін.; за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 487; Шуляк Ю.А. Кримінальна

попередніх підходи, вказують, що розглядувана категорія злочинів посягає на власність як економіко-правову категорію<sup>6</sup>. Окремі дослідники висловлюють думку про те, що родовим об'єктом злочинів проти власності є речові права<sup>7</sup>. Існують й інші підходи до вирішення зазначеного питання<sup>8</sup>.

Свідомо уникаючи цієї дискусії (якій, вочевидь, не місце на сторінках підручника), зазначимо, що в цьому питанні ми підтримуємо Р.О. Мовчана, на думку якого **родовим об'єктом** злочинів, об'єднаних у розділі VI Особливої частини КК, є *врегульовані законом відносини власності як економічної категорії, яка забезпечує власникові або законному володільцеві можливість використовувати своє майно на власний розсуд і у своїх інтересах, і які виникають з приводу права власності як сукупності володіння, користування та розпорядження майном, або ж інших речових чи зобов'язальних прав, передбачених законодавством*<sup>9</sup>.

Сформульоване Р.О. Мовчаном визначення родового об'єкта злочинів, передбачених у розділі VI Особливої частини КК, з нашої точки зору, має певні переваги порівняно з більшістю існуючих у сучасній науці кримінального права визначень цієї категорії. По-перше, в ньому досить вдало поєднано розуміння власності як економічної категорії з правом власності як сукупністю

відповідальності за шахрайство: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 8, 9.

<sup>6</sup> Навроцький В.О. Кримінальне право України. Особлива частина: курс лекцій. – К.: Знання 2000. – С. 218; Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 82; Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 106, 107; Ляпунов Ю. Дискуссионные проблемы объекта преступлений против собственности // Уголовное право. – 2004. – № 4. – С. 31; Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 32–33; Антонюк Н.О. Кримінальна відповідальність за заповідання майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2006. – С. 144; Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2010. – С. 33.

<sup>7</sup> Клепицкий И.А. Собственность и имущество в уголовном праве // Государство и право. – 1997. – № 5. – С. 75.

<sup>8</sup> Пинаев А.А. Уголовно-правовая борьба с хищениями. – Х.: «Вища школа», 1975. – С. 10–13; Демидова А.М. Актуальні проблеми кримінально-правової охорони власності // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 4. – С. 255–263; Бодаєвський В.П. До питання про об'єкт майнових злочинів // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 року). – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 75–78.

<sup>9</sup> Мовчан Р.О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 151.

правомочностей власника щодо належного йому майна. По-друге, це визначення правильно враховує специфіку складу злочину, передбаченого ст. 197-1 КК, та його вплив на загальне розуміння родового об'єкта злочинів, об'єднаних у розділі VI Особливої частини КК. Йдеться про те, що потерпілим від зазначеного злочину може бути не лише власник, а й законний володільець майна, котрий володіє та користується цим майном на підставі речових чи зобов'язальних прав<sup>10</sup>.

**Основним безпосереднім об'єктом** переважної більшості злочинів, передбачених розділом VI Особливої частини КК, є *право власності* в цілому, тобто як уся «тріада повноважень власника» (статті 185–191 КК тощо). Утім деякі злочини проти власності посягають лише на окремі повноваження власника, або посягають не на право власності, а на речові чи зобов'язальні права законного володільця (наприклад, злочин, передбачений ч. 1 ст. 197-1 КК, може посягати як на право власника володіти чи користуватися своєю земельною ділянкою, так і на речові чи зобов'язальні права законного володільця земельної ділянки).

Як уже неодноразово зазначалося, *право власності* – це право власника володіти, користуватися та розпоряджання своїм майном, яке він здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб.

Виходячи з приписів статей 2 і 318 ЦК, можна зробити висновок, що залежно від суб'єктів існує:

1. Право власності суб'єктів приватного права: а) право власності фізичних осіб; б) право власності юридичних осіб;

2. Право власності суб'єктів публічного права: а) право власності Українського народу; б) право власності держави Україна; в) право власності АРК; г) право власності територіальних громад; д) право власності іноземних держав; е) право власності інших суб'єктів публічного права.

<sup>10</sup> Зокрема, глава 30 ЦК виокремлює такі відмінні від права власності (останньому присвячені глави 23–29 ЦК) види речових прав на чуже майно: 1) право володіння; 2) право користування (сервітут); 3) право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); 4) право забудови земельної ділянки (суперфіцій). До того ж, право користування чужим майном (це стосується і земельних ділянок, щодо яких здійснюється їх самовільне зайняття) може виникати на підставі договорів, які породжують зобов'язальні правовідносини. Наприклад, не речовими, а зобов'язальними є врегульовані ЦК, ЗК і спеціальними законодавчими актами відносини оренди і концесії земельних ділянок.

Оскільки коло відносин, охоронюваних нормами, об'єднаними у розділі VI Особливої частини КК, фактично не вичерпується відносинами власності, то при визначенні родового об'єкта злочинів проти власності взагалі і безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 197-1 КК, зокрема варто робити відповідні застереження. В сучасних умовах, вочевидь, постає питання і про уточнення назви розділу VI Особливої частини КК.



У цивільно-правовій літературі, присвяченій аналізу правомочностей власника, зазначається, що *право володіння* – це юридична можливість фактичного впливу на річ; *право користування* – це юридична можливість видобування власником споживчих властивостей речі (проживати в будинку, користуватися машиною, передавати майно в оренду тощо), а *право розпорядження* – це юридична можливість визначати фактичну (спожити продукти харчування, реконструювати будинок, знищити меблі тощо) та юридичну (продати, обміняти, подарувати, відмовитися від права на річ тощо) долю речі<sup>11</sup>.

Слід також пам'ятати, що відповідно до положень глави 14 ГК основу правового режиму майна суб'єктів господарювання, на якій базується їх господарська діяльність, окрім права власності становлять і такі речові права як право господарського відання та право оперативного управління.

Право господарського відання – це речове право суб'єкта підприємницької діяльності, який володіє, користується та розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом), з обмеженням правомочності розпорядження щодо окремих видів майна за згодою власника у випадках, передбачених ГК та іншими законами (ч. 1 ст. 136 ГК).

Право оперативного управління – це речове право суб'єкта господарювання, який володіє, користується та розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом) для здійснення некомерційної господарської діяльності, у межах, встановлених ГК та іншими законами, а також власником майна (уповноваженим ним органом) (ч. 1 ст. 137 ГК).

*Додатковими обов'язковими об'єктами* злочинів проти власності виступають: а) життя та здоров'я особи (насильницький грабіж; розбій; вимагання, поєднане з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи; умисне пошкодження об'єктів електроенергетики, вчинене шляхом підпау, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом, або якщо воно спричинило загибель людей чи інші тяжкі наслідки; погроза знищення майна; необережне знищення або пошкодження чужого майна, що спричинило тяжкі тілесні ушкодження або загибель людей); б) воля особи (вимагання); в) встановлений порядок забезпечення споживачів певними видами енергії, а також нормальна діяльність об'єктів електроенергетики і теплопостачання (викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання); г) правильна (нормальна) діяльність держав-

них органів, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, окремих організацій, установ і підприємств (привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем); д) правомірна управлінська діяльність державних і самоврядних органів у галузі земельних та архітектурно-будівельних відносин (самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво); е) психічна недоторканість особи (погроза знищення майна); нормальна робота ЕОМ, автоматизованих систем, комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку, а також встановлений порядок їх використання (шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки) тощо.

*Додатковими факультативними об'єктами* вимагання є: а) здоров'я особи, на адресу якої висловлено вимогу, а також її близьких родичів; б) права, свободи або законні інтереси особи, на адресу якої висловлено вимогу, а також її близьких родичів; в) право власності особи, на адресу якої висловлено вимогу, її близьких родичів, а також інших осіб; г) честь, гідність, право на таємницю приватного життя особи, на адресу якої висловлено вимогу, а також її близьких родичів. До додаткових факультативних об'єктів інших злочинів розглядуваної категорії належить також воля особи; моральні засади суспільства в частині ставлення до майна, яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність; громадський порядок; екологічна безпека тощо. Наприклад, додатковим факультативним об'єктом незаконного привласнення знайденого чи такого, що випадково опинилося у винного, чужого майна, яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, є моральні засади суспільства (моральність) в частині ставлення до такого майна.

Завершуючи розгляд питань, пов'язаних із антисоціальною спрямованістю злочинів проти власності, слід зазначити, що об'єктами злочинів, передбачених статтями 185–198 КК, не може бути право інтелектуальної власності (право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений цивільним законодавством України). Заборона суспільно небезпечних посягань на право інтелектуальної власності передбачена статтями 176 і 177 КК<sup>12</sup>.

**Предметом** злочинів, описаних нормами розділу VI Особливої частини КК, є майно.

До майна як особливого об'єкта цивільних

<sup>11</sup> Цивільний кодекс України: коментар / За заг. ред. Є.О. Харитонов, О.М. Калітенко. – Одеса: Юридична література, 2004. – С. 285.

<sup>12</sup> Щоправда, в кримінально-правовій літературі висловлювалась думка й про те, що суто теоретично зазначена категорія могла б бути об'єктом злочинів проти власності (Наумов А. Хищение интеллектуальной собственности // Уголовное право. – 2004. – № 4. – С. 39–40).

прав чинне цивільне законодавство відносить: а) *рiч* (сукупність речей); б) *майнове право* (воно визнається речовим правом); в) *майновий обов'язок* (ст. 190 ЦК). Це дає можливість припустити, що під «майном» як предметом злочинів, описаних статтями 185–198 КК, законодавець розуміє «речі», «майнові права» та «майнові обов'язки». Утім таке припущення видається сумнівним. По-перше, віднесення таких категорій, як «майнове право» та «майновий обов'язок» до предметів злочинів проти власності суперечить традиційному розумінню предмету злочину як певних матеріальних утворень, з певними властивостями яких КК пов'язує наявність у діяч особі ознак конкретного складу злочину. По-друге, системний аналіз статей розділу VI Особливої частини КК дозволяє стверджувати, що в них термін «майно» вживається для позначення лише предметів матеріального світу, тобто у значенні цивільно-правового терміну «рiч». Про це свідчить як загальний аналіз змісту кримінально-правових заборон, описаних у статтях 185–198 КК, так і техніка конструювання статей 189, 190 КК. Зокрема, у диспозиції ст. 189 КК зазначено: «Вимога передачі чужого *майна чи права на майно ...*»; а диспозиція ст. 190 КК починається словами: «Заволодіння чужим *майном* або придбання *права на майно ...*».

Із викладеного випливають два важливі висновки: 1) у розділі VI Особливої частини КК «право на майно» розглядається не як різновид майна, а як окрема правова категорія; 2) слово «майно» у статтях 185–198 КК вживається у значенні цивільно-правового терміну «рiч».

У кримінально-правовій літературі висловлюються й інші думки щодо предмета злочинів проти власності<sup>13</sup>. Так, значна частина криміналістів

<sup>13</sup> Наприклад, сучасний дослідник П.В. Олійник, котрий присвятив своє дисертаційне дослідження розглядуваній проблематиці, зробив висновок, що предметами злочинів проти власності виступають: 1) чуже майно (до нього автор відносить: а) речі, б) гроші, в) цінні папери, г) документи, що є еквівалентом вартості); 2) об'єкти (явища), прирівняні до майна (а) земельні ділянки, б) електрична й теплова енергія та паливний газ); 3) право на майно; 4) дії майнового характеру (Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2010. – С. 77). Утім, погодитися з наведеним підходом щодо систематизації предметів злочинів проти власності навряд чи можна. По-перше, гроші, цінні папери та документи, що є еквівалентом вартості, є також речами, про що прямо зазначено в ст. 177 ЦК. По-друге, земельні ділянки, електрична й теплова енергія, а також паливний газ, які, на думку П.В. Олійника, є «об'єктами (явищами), прирівняними до майна», є предметами матеріального світу (мають речово-предметні характеристики), а, отже, й також є речами. До того ж, у ст. 181 ЦК законодавець чітко визначив, що земельні ділянки є нерухомими речами (нерухожим майном, нерухомістю). Отже, всі об'єкти, які П.В. Олійник відніс до «чужого майна» та «об'єктів (явищ), прирівняних до майна», є речами. По-друге, як випливає зі змісту ст. 190 ЦК, «право на майно» є не окремим об'єктом цивільних прав, а лише одним із різновидів майна. Тому

вважаємо юридично некоректним виокремлення категорії

вважає, що предметом вимагання та шахрайства може бути не лише майно, а й «право на майно» та «дії майнового характеру»<sup>14</sup>. Інші науковці категорично заперечують таку можливість, зокрема через те, що «право на майно» та «дії майнового характеру» не є речами матеріального світу, а отже й не можуть бути предметом цих злочинів<sup>15</sup>. Окремі ж дослідники упевнені, що предметом злочинів проти власності може бути інформація<sup>16</sup>, інтелектуальна власність<sup>17</sup> тощо.

«право на майно» від категорії «чуже майно».

<sup>14</sup> Владимиров В. А., Ляпунов Ю.И. Ответственность за корыстные посяательства на социалистическую собственность. – М.: Юридическая литература, 1986. – С. 200; Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.И. Антипов и др.; отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. – К.: А.С.К., 2003. – С. 437; Гуськова Н. Недвижимое имущество как предмет хищения // Уголовное право. – 2003. – № 1. – С. 18–20; Коржанський М.И. Кваліфікація злочинів. Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2007. – С. 218; Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 252; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін.; за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронока. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 487–494; Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 148; Семикіна Л.О. Вимагання за Кримінальним кодексом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2011. – С. 9.

<sup>15</sup> Никифоров Б.С. Борьба с мошенническими посяательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву. – М.: Издательство АН СССР, 1952. – С. 60; Сергеева Т.А. Уголовно-правовая охрана социалистической собственности в СССР. – М.: Издательство Академии Наук СССР, 1954. – С. 26; Борзенков Г.Н. Ответственность за мошенничество (вопросы квалификации). – М.: Юридическая литература, 1971. – С. 13; Пинаев А.А. Уголовно-правовая борьба с хищениями. – Харьков: Вища школа, 1975. – С. 35, 36; Маргуновский А.Д. Уголовно-правовые проблемы борьбы с мошенничеством: Учебник. – Ташкент: РИО Ташкентской ВШ МВД СССР, 1978. – С. 10; Куц В.Н. О непосредственном объекте вымогательства // Проблемы социалистической законности. Вып. 17. – 1985. – С. 113–116; Клепичкий И.А. Недвижимость как предмет хищения и вымогательства // Государство и право. – 2000. – № 12. – С. 11–19; Ларичев В.Д., Сирин Г.М. Коммерческое мошенничество в России. Способы совершения. Методы защиты. – М.: Экзамен, 2001. – С. 60, 61; Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 39–46; Швець А.Ю. Майно як предмет злочинів проти власності // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 76–79; Черечукина Л.В. Расследование вымогательства: Учебное пособие – Луганск: РИО ЛГУВД им. Э.А. Дидоренко, 2010. – С. 49.

<sup>16</sup> Севрюков А.П. Уголовно-правовые и криминологические проблемы борьбы с хищениями в Российской Федерации: Дис. ... доктора юрид. наук. – М., 2004. – С. 11; Винокуров В. Причинение имущественного ущерба как критерий признания предметов и информации предметами преступлений против собственности // Уголовное право. – 2008. – № 4. – С. 13–19; Швець А.Ю. Інформація як предмет злочинів проти власності // Право і суспільство. – 2010. – № 5. – С. 155–160; Швець А.Ю. Предмет злочинів проти власності у кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 4, 12, 16.

<sup>17</sup> Григорьева Л.В. Уголовная ответственность за мошенничество в условиях становления новых экономических отношений: Дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1996. – С. 12;

Свідомо уникаючи дискусії з цього питання зазначимо, що з нашої точки зору предметом вимагання та шахрайства (власне, як і всіх злочинів проти власності) завжди виступає те чи інше майно (рiч). Це обумовлено тим, що розділ VI Особливої частини КК передбачає **«Злочини проти власності»**, а власність і як економічна, і як юридична категорія завжди пов'язана з конкретним майном (рiччю). Так, у ч. 1 ст. 316 ЦК зазначається, що правом власності є право особи на *рiч* (майно). Інша справа, що в одних випадках між діянням винного і майном (рiччю) як предметом злочину існує прямий об'єктивний зв'язок (наприклад, при заволодінні, привласненні, розтраті, пошкодженні, знищенні), а в інших – такий зв'язок опосередкований через порушення речових чи зобов'язальних прав потерпілого щодо нього (зокрема, така ситуація має місце у випадку вимагання передати право на майно або вчинити інші дії майнового характеру; придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою). Однак, як у першому, так і в другому випадку суспільно-небезпечне діяння вчиняється з приводу конкретного майна (речі), яке і є предметом того чи іншого злочину проти власності. Діяння ж, яке не посягає на речові чи зобов'язальні права власника чи законного володільця конкретного майна, не є злочином проти власності. Наприклад, вимога від приватного масажиста (під загрозою застосування до нього фізичного насильства) безоплатно здійснити масаж винному є «вимогою вчинити дії майнового характеру», адже за звичайних умов за ці послуги приватний масажист отримав би матеріальну винагороду, однак таке діяння не охоплюється складом злочину, передбаченого ст. 189 КК, оскільки відсутній об'єкт і предмет вимагання<sup>18</sup>.

Отже, предметом злочинів, передбачених статтями 185–198 КК, може бути лише майно в значенні цивільно-правового терміну «рiч».

**Рiч**, як випливає з положень ст. 179 ЦК, є предметом матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки.

Залежно від критерію класифікації чинне цивільне законодавство України поділяє речі на: а) вільні в цивільному обороті (усі речі, які не вилучені з цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи), обмежені в цивільному обороті (зброя, наркотики, літальні апарати, отруйні речовини тощо) та вилучені з цивільного обо-

роту (історичні, культурні цінності, природні ресурси, ядерні матеріали тощо); б) рухомі (усі речі, які можна вільно переміщувати у просторі: комп'ютер, мотоцикл, стіл, шафа тощо) та нерухомі (земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення: будівлі, споруди, водоймища тощо; крім того режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації); в) подільні (речі, які можна поділити без втрати їх цільового призначення: сіль, цукор, зерно, вугілля, земельна ділянка, багатокімнатна квартира тощо) та неподільні (речі, які не можна поділити без втрати їх цільового призначення: автомобіль, холодильник, магнітофон, телевізор, мобільний телефон тощо); г) індивідуально-визначені (речі наділені тільки їм властивими ознаками, що вирізняють їх з-поміж інших однорідних речей, індивідуалізуючи їх: «Донбас Арена», Маріїнський палац, Софіївський собор тощо) та родові (речі, які мають ознаки, властиві усім речам того ж роду, та вимірюються числом, вагою, мірою: гроші, молоко, нафта, борошно тощо); д) споживні (речі, які внаслідок одноразового їх використання знищуються або припиняють існувати у первісному вигляді: хліб, м'ясо, бензин, природний газ тощо) та неспоживні (речі, призначені для неодноразового використання, які зберігають при цьому свій первісний вигляд протягом тривалого часу: автобус, трактор, лопата, кухонний ніж тощо).

Наведені класифікації речей мають певне значення й для науки кримінального права. Так, предметом викрадення, як правило, виступають лише рухомі речі. Виняток становлять ті нерухомі речі, які фізично можуть переміщуватися у просторі без їх знецінення та зміни призначення. Йдеться про такі речі (повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти тощо) на які законом поширено режим нерухомої речі (ст. 181 ЦК)<sup>19</sup>.

До речей відноситься також продукція, плоди та доходи (ст. 189 ЦК); гроші (ст. 192 ЦК); валютні цінності (ст. 193 ЦК) та цінні папери (глава

Северюков А.П. Уголовно-правовые и криминологические проблемы борьбы с хищениями в Российской Федерации: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2004. – С. 11.

<sup>18</sup> Більш детально про це, а також про зміст категорій «право на майно» та «будь-які (інші) дії майнового характеру» йтиметься у тексті, присвяченому аналізу складу злочину, передбаченого ст. 189 КК.

<sup>19</sup> У зв'язку з цим не можна погодитися з тими дослідниками, які вважають, що предметом викрадення може бути лише рухоме майно (див., наприклад: Моххамед А. М. Байдусі. Кримінальна відповідальність за шахрайство за законодавством Єгипту, Йорданії, України (порівняльно-правове дослідження): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 3–14; Кундеус В.Г. Об'єктивні ознаки викрадення майна у злочинах проти власності // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2009. – Вип. 44. – С. 73–79; Горішній О.О. Кримінально-правова характеристика розбою: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2010. – С. 4–17).



14 ЦК). Особливим об'єктом цивільних прав на який, як правило, поширюється правовий режим речі належать тварини (ст. 180 ЦК)<sup>20</sup>.

Слід зазначити, що та чи інша річ може бути визнана предметом злочинів проти власності лише в тому разі, якщо їй притаманні такі обов'язкові ознаки:

1. *Фізична* – річ має бути предметом матеріального світу. Іншими словами, в розділі VI Особливої частини КК йдеться про речі (майно) в суто фізичному розумінні цього слова.

Річ – це таке майно, яке можна викрасти, привласнити, здійснити його відчуження, витратити, спожити, пошкодити, знищити тощо. Слід мати на увазі, що до речей належать і такі специфічні предмети, як електроенергія, теплова енергія, паливний газ тощо<sup>21</sup>.

Не є річчю людина. Її викрадення кваліфікується за відповідними нормами розділів III або XX Особливої частини КК, а порушення анатомічної цілісності тканин або органів її тіла – за тими статтями, які передбачають відповідне посягання на життя або здоров'я людини (як правило за нормами розділу II Особливої частини КК);

2. *Економічна* – річ, яка виступає предметом того чи іншого злочину проти власності повинна бути матеріальною цінністю. Тобто, з одного боку, така річ повинна забезпечувати можливість її обміну на певний товар (мати мінову вартість, а отже й певну ціну), а з іншого – бути здатною задовольняти ті чи інші потреби фізичної або юридичної особи, суспільства або держави (мати споживчу вартість).

У теорії кримінального права досить дискусійним є питання про те, чи можуть бути предметом злочинів проти власності так звані «легітимізаційні знаки» (жетони камери схову, гардеробні номерки тощо). Одні науковці вважають, що легітимізаційні знаки не можуть бути предметом злочинів проти власності, адже вони не мають економічної ознаки, яка притаманна всім предметам розглядуваної категорії злочинів<sup>22</sup>, а інші впевнені, що певні

види легітимізаційних знаків все ж повинні визнаватися предметами злочинів проти власності<sup>23</sup>.

Аналіз різних думок з цього приводу дозволяє дійти висновку, що розглядувана проблема пов'язана не стільки з різним розумінням предмета злочинів проти власності скільки з різним підходом до визначення поняття «легітимізаційний знак».

Так, комплексно проаналізувавши правову природу легітимізаційних знаків та їх значення для кримінального права Н.О. Антонюк дійшла кількох важливих висновків. По-перше, легітимізаційний знак – це матеріальний об'єкт, який посвідчує право на одержання майна (карточка, жетон, номерок, лотерейний білет, довіреність, чек, накладна, квитанція тощо). По-друге, легітимізаційні знаки можуть як мати, так і не мати мінову та споживчу вартість. По-третє, оскільки певна група легітимізаційних знаків («на пред'явника») має як мінову, так і споживчу вартість, а також фактично виступає еквівалентом грошей та активним учасником товарно-грошового обігу (наприклад, картка на придбання пального в якій зазначено кількість отриманого пального; картка на одержання послуг мобільного зв'язку чи послуг на користування мережею Інтернет у якій чітко зафіксовано номінальну вартість, на яку можна буде отримати відповідні послуги), то їх необхідно визнавати «повноправними» предметами злочинів проти власності<sup>24</sup>.

Як бачимо, саме економічна ознака предмету злочинів проти власності дозволила зазначеній авторці довести, що існує два види легітимізаційних знаків: а) ті, які мають мінову та споживчу вартість і як наслідок є предметами злочинів проти власності; б) ті, які не мають такої вартості і не є предметами злочинів проти власності, а виступають засобами вчинення злочину<sup>25</sup>.

3. *Соціальна* – за допомогою праці людей така річ має бути створена або відокремлена від природного середовища<sup>26</sup>.

практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 488.

<sup>23</sup> Антонюк Н.О. Правова природа легітимізаційного знака // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 2. – С. 278–285.

<sup>24</sup> Антонюк Н.О. Правова природа легітимізаційного знака // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 2. – С. 278–285.

<sup>25</sup> Більш детально про класифікацію легітимізаційних знаків і особливості юридичної оцінки фактів заволодіння різними видами легітимізаційних знаків можна дізнатися зі згаданої вище статті Н.О. Антонюк.

<sup>26</sup> Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 118; Семенов В.М. Чужое имущество как предмет кражи // Юрист. – 2005. – № 5. – С. 24–27.

<sup>20</sup> Детальніше про це див.: Ларіна О.В. Щодо визначення майна як предмета злочинів проти власності // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 року). – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 286–289.

<sup>21</sup> Бойко А.И., Костанов Ю.А. Уголовно-правовая квалификация незаконного пользования электроэнергией // Вопросы борьбы с преступностью. – Вып. 4. – М.: Юридическая литература, 1985. – С. 38–43; Кузнецов В.В. Крадіжка електричної енергії // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – № 11. – С. 44–47; Кузнецов В.В. Кримінально-правові норми про відповідальність за крадіжку як інститут кримінального законодавства: Дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2000. – С. 156–162, 177–178.

<sup>22</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – Київ: Атіка, 2001. – С. 432; Науково-

Тому слід погодитися з О.О. Дудоровим, М.І. Мельником, Л.М. Кривоченко та іншими криміналістами, які зазначають, що предметом викрадення, вимагання, привласнення, розтрати, заволодіння шляхом шахрайства чи зловживання особи своїм службовим становищем не можуть виступати природні багатства в їх природному стані – блага, які, хоч і мають об'єктивну цінність, проте не створені повністю або частково працею людини. Протиправне обернення таких об'єктів у свою власність за наявності підстав може розглядатися як злочини проти довкілля і кваліфікуватися, зокрема, за статтями 246, 248, 249 КК<sup>27</sup> (детальніше про це йтиметься у главі X підручника). Проте аналогічні дії щодо природних об'єктів, які вилучені з природного стану завдяки вкладеній праці людини чи відокремлені від природного середовища юридично (наприклад, земельну ділянку відведено у приватну власність фізичної чи юридичної особи), слід розглядати як злочин проти власності<sup>28</sup>;

4. *Юридична* – річ, яка виступає предметом того чи іншого злочину проти власності, повинна бути чужою для винного. Чужою слід визнавати таку річ, яка на час вчинення злочину не перебувала у власності винного (тобто як ту, право власності на яку належить іншому суб'єкту, так і ту яка не належить нікому<sup>29</sup>).

При цьому предметом окремих видів посягань на власність можуть бути й такі речі щодо

<sup>27</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – Київ: Атіка, 2001. – С. 431; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін.; за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 488; Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 148.

<sup>28</sup> Иногамова-Хегай Л., Герасимова Е. Критерии разграничения преступлений против собственности и экологических преступлений // Уголовное право. – 2006. – № 5. – С. 42–45; Олійник П.В. Спирні питання кваліфікації злочинів проти власності з урахуванням їх предмета // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2008. – № 3 (39). – С. 224–234; Винокуров В. Причинение имущественного ущерба как критерий признания предметов и информации предметами преступлений против собственности // Уголовное право. – 2008. – № 4. – С. 13–19.

<sup>29</sup> Так, постає питання про визнання чужим майна, що перебувало у власності померлої особи. У правовому режимі цього майна існує певний «вакуум», який триває з моменту смерті спадкодавця до моменту прийняття спадщини спадкоємцем. Однак у кримінально-правовому аспекті вказане майно повинно трактуватися як чуже для винного, і, наприклад, знищення або пошкодження такого майна треба розцінювати як відповідний злочин проти власності (Газдайка-Василюшин І.В. До питання предмета некорисливих злочинів проти власності // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозиуму, 23–24 вересня 2011 р. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 101).

яких винний був наділений правомочністю володіння, користування чи розпорядження (зокрема, така ситуація може мати місце під час вчинення злочинів, передбачених ст. 191, 194, 196 КК).

Не є чужим те майно, яке знаходиться у спільній сумісній власності кількох осіб (майно, набуте подружжям за час шлюбу або спільного проживання; майно, набуте в результаті спільної праці та за спільні кошти членів сім'ї тощо), адже співвласники майна, що є у спільній сумісній власності, володіють, користуються і розпоряджаються ним спільно (ст. 63 СК)<sup>30</sup>. За певних

<sup>30</sup> Слід однак зазначити, що питання про юридичну оцінку діянь, описаних статтями 185–198 КК, вчинених щодо майна, яке перебуває у спільній сумісній чи спільній частковій власності належить до числа дискусійних і мало вивчених.

Особливо «делікатними» були й залишаються питання про можливість (чи неможливість) притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які вчинили протиправні посягання на власність членів своєї сім'ї чи родичів, а також про існуючий та потенційно можливий процесуальний порядок здійснення кримінального переслідування у таких справах.

Не вносить ясності в це питання й аналіз розвитку кримінального законодавства нашої держави та інших держав континентальної Європи. Так, у XIX – на початку XX століть за французьким і бельгійським законодавством родинні та сімейні викрадення не визнавалися кримінально караними діяннями. У той же період за австрійським, болгарським, угорським і норвезьким законодавством родинні та сімейні викрадення визнавалися кримінально караними діяннями на загальних підставах, хоча й притягнення до кримінальної відповідальності за них допускалося не інакше як за скаргою потерпілого. У Німеччині та Італії у зазначений період не передбачалося кримінальної відповідальності за майнові правопорушення між подружжям і німеччинами родичами. Разом із тим, майнові посягання на власність більш віддалених родичів у цих державах визнавалися кримінально караними діяннями, притягнення до кримінальної відповідальності за які допускалося лише за скаргою потерпілого (див про це: Шейфер С.А., Безверхов А.Г. Имущественные преступления в семье: материально-правовой и уголовно-процессуальный аспекты // Государство и право. – 2001. – № 6. – С. 52–53).

До речі, за чинним законодавством Німеччини та Польщі посягання на власність членів сім'ї винного або ж його родичів є кримінально караними діяннями, справи за якими порушуються не інакше як за скаргою потерпілого.

Аналіз первинної редакції Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 року дозволяє стверджувати, що в XIX столітті в імператорській Росії посягання на власність членів сім'ї та інших родичів також визнавалися кримінально-караними діяннями. Про це, зокрема, свідчать примітки до статей 2171 і 2186 Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 року в яких зазначалося, що справи «про крадіжки» та «про крадіжки-шахрайства» між батьками та дітьми, а також між подружжям починаються не інакше як за скаргою тієї особи, майно якої вкрадено (при вчиненні крадіжки), чи особи, якій було завдано збитків (при вчиненні крадіжки-шахрайства) (Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. – СПб.: Типография второго отделения собственной его императорского величества канцелярии, 1845. – С. 865, 870).

У кримінальному ж законодавстві СРСР та чинному кримінальному законодавстві України, під час опису предмета більшості злочинів проти власності, вживається словосполучення «чуже майно», що, з урахуванням специфіки вітчизняного сімейного та цивільного законодавства (майно, набуте подружжям за час шлюбу або спільного проживання; майно, набуте в результаті спільної праці та за спільні кошти членів сім'ї є їх спільною сумісною власністю, якою вони володіють, користуються та розпоряджаються спільно), в переважній більшості випадків не дозволяє притягати до кримінальної відповідальності тих осіб, які вчинили

обставин, як слушно зазначає П.В. Олійник, вчинення протиправних діянь щодо майна, яке перебуває у спільній власності може кваліфікуватися за ст. 356 КК як самоправство<sup>31</sup>.

У контексті аналізу предмета злочинів проти власності слід зазначити, що, вирішуючи питання кваліфікації дій особи, яка вчинила те чи інше діяння, передбачене нормами розділу VI Особливої частини КК, слід завжди звертати увагу на те, чи не міститься в інших розділах Особливої частини КК спеціальних заборон щодо викрадення, привласнення, розтрата, вимагання, пошкодження чи знищення певного виду майна. Якщо такі заборони існують, то все вчинене, як правило, кваліфікується лише за спеціальною нормою (в окремих випадках кваліфікація можлива й за сукупністю злочинів<sup>32</sup>).

Так, викрадення *виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, виборчого протоколу чи протоколу комісії з референдуму або скриньки з бюлетенями* має кваліфікуватися за ч.ч. 5–7 ст. 158 КК; викрадення *приватизаційних паперів* – за ч. 3 ст. 234 КК; викрадення, привласнення, вимагання *вогнепальної зброї*

протиправне посягання на власність членів своєї сім'ї.

Утім, ця обставина не знімає питання про обґрунтованість нині існуючого загального підходу до юридичної оцінки посягань на власність членів сім'ї або родичів (зокрема за ст. 185 КК доведеться кваліфікувати випадки викрадення майна, що є приватною власністю одного з подружжя або ж майна батьків, право на яке вони набули ще до народження сина) та про доцільність публічного обвинувачення у цих справах. Ураховуючи ж той факт, що відносини в сім'ї та між родичами мають особисто-довірчий характер і відзначаються особливою близькістю, маємо визнати цілком слушною пропозицію С.А Шейфера та А.Г. Безверхова віднести цю категорію справ до справ приватного обвинувачення (Шейфер С.А., Безверхов А.Г. Имущественные преступления в семье: материально-правовой и уголовно-процессуальный аспекты // Государство и право. – 2001. – № 6. – С. 56).

Надзвичайно складними і такими, що потребують ґрунтовного правового аналізу є також питання правильної юридичної оцінки протиправних дій щодо майна, яке: а) знаходиться у спільній сумісній власності, однак за договором щодо якого винний не мав права володіти та користуватися ним у момент вчинення правопорушення; б) знаходиться у спільній сумісній власності, однак винний шляхом вимоги, обману чи зловживання довірою отримав письмову згоду на розпорядження ним (наприклад, при відчуженні квартири, будинку, земельної ділянки, автомобілю); в) знаходиться у спільній частковій власності, однак за договором щодо якого винний не мав права володіти та користуватися ним у момент вчинення правопорушення або ж хоч і за відсутності такого договору, однак коли за своїм змістом вчинене правопорушення є розпорядженням таким майном; г) за своєю природою є плодами, продукцією чи доходами від використання майна, що є у спільній частковій власності тощо.

<sup>31</sup> Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2010. – С. 80.

<sup>32</sup> Див. про це: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, Л.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 490–491.

(крім гладкоствольної мисливської), *бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв чи радіоактивних матеріалів* або заволодіння ними шляхом шахрайства – за ст. 262 КК; незаконне заволодіння *транспортним засобом* – за ст. 289 КК; незаконне заволодіння *тілом (останками, прахом) померлого, урною з прахом померлого, предметами, що знаходяться на (в) могилі, в іншому місці поховання, на тілі (останках, прахові) померлого* – за ст. 297 КК; викрадення, привласнення, вимагання *наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів* чи заволодіння ними шляхом шахрайства – за ст. 308 КК; викрадення, привласнення, вимагання *прекурсорів* або заволодіння ними шляхом шахрайства з метою подальшого збуту – за ст. 312 КК; викрадення, привласнення, вимагання *обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства* – за ст. 313 КК; викрадення, привласнення, вимагання *офіційних документів, штампів чи печаток* або заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання особи своїм службовим становищем, а також здійснення таких самих дій відносно *приватних документів, що знаходяться на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності, вчинене з корисливих мотивів або в інших особистих інтересах*, – за ст. 357 КК; розтрата *майна на яке накладено арешт або яке описано, здійснене особою, якій це майно ввірено*, – за ст. 388 КК; викрадення, привласнення, вимагання *військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна* або заволодіння ними шляхом шахрайства – за ст. 410 КК; викрадення на полі бою *речей, що знаходяться при вбитих чи поранених (мародерство)* – за ст. 432 КК.

Чинне кримінальне законодавство передбачає й низку спеціальних кримінально-правових заборон, пов'язаних із пошкодженням або знищенням майна. Зокрема вчинення з метою ослаблення держави вибухів, підпалів або інших дій, спрямованих на зруйнування або пошкодження *об'єктів, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення* передбачене ст. 113 КК; незаконне знищення чи псування *скриньки з бюлетенями* – ст. 158 КК; незаконне знищення *виборчої документації або документів референдуму* поза встановленим законом строком зберігання у державних архівних установах та в Центральній виборчій комісії України після проведення виборів або референдуму, а так само пошкодження виборчої документації або документів референдуму – ст. 158-2 КК; пошкодження чи зруйнування *релігійної споруди*



або культового будинку – ст. 178 КК; знищення релігійних святинь – ст. 179 КК; знищення майна або знищення документів, які відображають господарську чи фінансову діяльність, якщо ці дії вчинені громадянином-засновником (учасником) або службовою особою суб'єкта господарської діяльності в період провадження у справі про банкрутство і завдали великої матеріальної шкоди – ст. 221 КК; знищення або пошкодження лісових масивів, зелених насаджень навколо населених пунктів, вздовж залізниць, а також стерні, сухих дикоростучих трав, рослинності або її залишків на землях сільськогосподарського призначення вогнем чи іншим загальнонебезпечним способом – ст. 245 КК; незаконна порубка дерев і чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях, що заподіяло істотну шкоду, а також вчинення таких дій у заповідниках або на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду, або в інших особливо охоронюваних лісах – ст. 246 КК; умисне знищення або пошкодження території, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду – ст. 252 КК; пошкодження або знищення об'єктів, на яких виготовляються, зберігаються, використовуються або якими транспортуються радіоактивні, хімічні, біологічні чи вибухонебезпечні матеріали, речовини або предмети – ст. 261 КК; знищення або руйнування радіоактивних матеріалів (джерел іонізуючого випромінювання, радіоактивних речовин або ядерних матеріалів, що перебувають у будь-якому фізичному стані в установці або виробі чи в іншому вигляді) без передбаченого законом дозволу – ст. 265 КК; умисне знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства, якщо це призвело або могло призвести до неможливості експлуатації, порушення нормального функціонування таких об'єктів, що спричинило небезпеку для життя чи здоров'я людей або майнову шкоду у великому розмірі – ст. 270-1 КК; руйнування або пошкодження шляхів сполучення, споруд на них, рухомого складу або суден, засобів зв'язку чи сигналізації, спрямовані на приведення зазначених предметів у непридатний для експлуатації стан, якщо це спричинило чи могло спричинити аварію поїзда, судна або порушило нормальну роботу транспорту, або створило небезпеку для життя людей чи настання інших тяжких наслідків – ст. 277 КК; пошкодження або руйнування магістральних нафто-, газо- та нафтопродуктопроводів, відводів від них, а також технологічно пов'язаних з ними об'єктів, споруд, засобів автоматики, зв'язку, сигналізації, якщо це призвело до порушення нормальної роботи зазначених трубопроводів або спричинило небезпеку для життя людей – ст. 292 КК; знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культур-

ної спадщини чи їх частин – ст. 298 КК; знищення або пошкодження документів чи унікальних документів Національного архівного фонду – ст. 298-1 КК; умисне знищення або пошкодження майна, що належить працівникові правоохоронного органу, службовій особі чи громадянину, який виконує громадський обов'язок, судді, народному засідателю, присяжному, захиснику, представнику особи або їх близьким родичам у зв'язку з виконанням ними своїх службових, громадських чи професійних обов'язків – статтями 347, 352, 378, 399 КК; знищення або пошкодження офіційних документів, штампів, печаток, а також знищення або пошкодження приватних документів, що знаходяться на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності, вчинене з корисливих мотивів або в інших особистих інтересах – ст. 357 КК; умисне пошкодження кабельної, радіорелейної, повітряної лінії зв'язку, проводового мовлення або споруд чи обладнання, які входять до їх складу, якщо воно спричинило тимчасове припинення зв'язку – ст. 360 КК; пошкодження або знищення майна на яке накладено арешт або яке описано, здійснене особою, якій це майно ввірено, – ст. 388 КК; умисне знищення або пошкодження зброї, бойових припасів, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна – ст. 411 КК; необережне знищення або пошкодження зброї, бойових припасів, засобів пересування, військової і спеціальної техніки чи іншого військового майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах – ст. 412 КК; протизаконне знищення майна, а також протизаконне відібрання майна під приводом воєнної необхідності, вчинювані щодо населення в районі воєнних дій, – ст. 433 КК; масове знищення рослинного або тваринного світу, що може спричинити екологічну катастрофу, – ст. 441 КК.

Завершуючи розгляд питань, пов'язаних із предметом злочинів проти власності, слід зазначити, що злочинне викрадення чужого майна шляхом крадіжки, шахрайства, привласнення або розтрати (злочини передбачені статтями 185, 190, 191 КК) слід відрізняти від дрібного викрадення чужого майна шляхом крадіжки, шахрайства, привласнення або розтрати (адміністративні правопорушення, передбачені ст. 51 КпАП) саме за предметом посягання, а якщо бути точнішим, то за його вартістю. Відповідно до ч. 3 ст. 51 КпАП викрадення чужого майна вважається дрібним, якщо вартість такого майна на момент вчинення правопорушення не перевищує 0,2 неоподаткованого мінімуму доходів громадян<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Слід однак зазначити, що єдиного підходу до встановлення мінімальної вартості майна, викрадення якого є кримінально караним діянням, у кримінальному законодавстві світу не спостерігається (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. / Под общ. и науч.

ред. С.П. Щербь. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. – С. 203–204).

Не спостерігається й будь-якої системності чи, принаймні, послідовності в підході вітчизняного законодавця до вирішення питання про розмежування суміжних адміністративних і кримінальних посягань на власність залежно від вартості викраденого майна. Це впливає з наступного:

По-перше, визначивши у ч. 3 ст. 51 КпАП максимальний розмір дрібного викрадення, парламентарії не знайшли місця у нормах розділу VI Особливої частини КК для закріплення кореспондуючого йому положення про мінімальний розмір кримінально караного викрадення.

Відсутність же у КК прямої вказівки на те, який розмір майнової шкоди є необхідним і достатнім для притягнення особи до кримінальної відповідальності за злочини проти власності, на думку П.В. Олійника, не можна оцінити позитивно. Зазначений криміналіст вважає, що закріплення в КпАП (ст. 51) такого розміру (нині – 0,2 неоподаткованого мінімуму доходів громадян) стосовно дрібного викрадення шляхом крадіжки, шахрайства, привласнення чи розтрата є паліативом і не вирішує зазначеної проблеми в повному обсязі з точки зору завдань кримінального законодавства. У зв'язку з цим П.В. Олійник пропонує у примітці до ст. 185 КК встановити вартість такого майна на рівні 0,2 неоподаткованого мінімуму доходів громадян (Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2010. – С. 9, 160–161, 186–187). Аналогічна пропозиція висловлювалася й на сторінках кримінально-правової літератури Російської Федерації (Мазуренко Е.А. Объект и предмет уголовно-правовой охраны преступлений против собственности: современные проблемы квалификации: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 174).

По-друге, прив'язка законодавця до неоподаткованого мінімуму доходів громадян як одиниці, необхідної для кваліфікації злочинів та адміністративних правопорушень, а також для визначення розміру кримінального покарання у вигляді штрафу, призвела до того, що злочинність і караність окремих посягань на власність (крадіжки, шахрайства, привласнення та розтрата) фактично визначається не КК, а бюджетним та податковим законодавством. Цю ситуацію В. Лобач називає нонсенсом, слушно нагадуючи, що відповідно до ч. 3 ст. 3 КК злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки мають визначатися виключно кримінальним законом (Лобач В. Правові та соціальні аспекти недавньої декриміналізації розкрадань // Юридичний вісник України. – 2005. – № 39 (535). – С. 4).

Специфіка ж розвитку бюджетного та податкового законодавства України в частині регламентації розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян призвела до кількох вкрай небажаних тенденцій у частині регламентації кримінальної відповідальності за злочини проти власності. Зокрема через те, що з 1 січня 2004 року податкове законодавство закріплює диференційований підхід у визначенні розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян: а) при кваліфікації правопорушень (у період з 1 січня 2004 року по 31 грудня 2010 року він визначався за формулами, пов'язаними з мінімальною заробітною платою, а з 1 січня 2011 року визначається за формулою, базовим елементом якої є прожитковий мінімум для працездатних осіб); б) під час визначення розміру покарання у вигляді штрафу (з 2 вересня 1996 року і до тепер він незмінний – 17 грн.), то з кожним підвищенням відповідних макроекономічних показників (мінімальної заробітної плати раніше та прожиткового мінімуму для працездатних осіб – нині) відбувається:

а) соціально необґрунтована декриміналізація частини протиправних посягань на власність, які автоматично «трансформуються» у адміністративні правопорушення;

б) посилення «розриву» між суспільною небезпекою вчинених злочинів (в частині вартості викраденого майна, а отже й завданої шкоди винному) та розміром покарань за них у вигляді штрафів.

Скажімо, якщо в 2001–2003 роках кримінальна відповідальність за крадіжку, шахрайство, привласнення та розтрату наставала, якщо вартість викраденого перевищувала 51 грн., то на початку 2009 р. кримінальна відповідальність за розглядувані посягання на власність могла наставати лише за умови, що вартість викраденого становила не менше 907 грн. 50 копійок. Крім того, якщо за вчинення найменш суспільно небезпечної крадіжки у 2001–2003 роках (простої крадіжки майна на суму 51 грн. 1 коп.) кримінальне законодавство України передбачало покарання у вигляді штрафу, розмір якого перевищував суму викраденого майна у 10–16 разів (від 510 до 850 грн.), то на початку 2009 року за вчинення найменш суспільно небезпечної крадіжки (простої крадіжки майна на суму 907 грн. 51 копійку) чинний КК вимагав призначити винному штраф значно менший за розмір викраденого майна (не більше 850 грн.).

Ще більші проблеми виникли у регламентації адміністративної відповідальності за дрібне викрадення майна (детальніше про це: Демський Е., Тітов М. Адміністративна відповідальність за дрібне викрадення чужого майна: проблеми кваліфікації // Юридичний вісник України. – 2005. – № 42 (538). – С. 7). Зокрема, за викрадення чужого майна на суму 907 грн. 50 копійок на початку 2009 року можна було призначити винному штраф розміром від 51 до 255 грн.!

Усвідомивши ці, вочевидь негативні тенденції в сфері боротьби з посяганнями на власність, 4 червня 2009 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за викрадення чужого майна» яким внесла зміни до ст. 51 КпАП та ст. 185 КК. З того часу кримінально карані є викрадення майна на суму, що перевищує не 3, а 0,2 неоподаткованих мінімумів доходів громадян (тобто мінімальний розмір кримінально караного викрадення було зменшено у 15 разів), а покарання у вигляді штрафу за крадіжку може бути призначено в діапазоні не від 30 до 50, а від 50 до 100 неоподаткованих мінімумів доходів громадян (тобто покарання у вигляді штрафу за вчинення крадіжки було посилено вдвічі).

Щоправда, без відповіді залишилися питання про те, звідки ж взялися ці 0,2 неоподаткованих мінімумів доходів громадян та розмір покарання у вигляді штрафу за крадіжку (від 50 до 100 неоподаткованих мінімумів доходів громадян); якими критеріями керувався законодавець, вирішуючи питання про розмежування суміжних адміністративних і кримінальних посягань на власність та визначаючи саме такий розмір штрафу за крадіжку; чи проводилися відповідні кримінологічні та соціологічні дослідження; чому збільшивши розмір штрафу в санкції ч. 1 ст. 185 КК, розмір штрафів у статтях 190, 191 КК законодавець залишив незмінним тощо.

Крім того, не важко помітити, що внесені Законом України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за викрадення чужого майна» зміни до ст. 51 КпАП та ст. 185 КК здатні лише тимчасово та частково забезпечити вихід із скрутного становища. Нині ж ця проблема знову «назріває» (наприклад, якщо у другому півріччі 2009 р. дрібним вважалося викрадення майна на суму, яка перевищує 60 грн. 50 коп., то в 2011 р. – 94 грн. 10 коп.), а з часом набуде особливої актуальності та вимагатиме пошуку нових шляхів свого вирішення.

По-третє, адміністративне законодавство, яке регламентує питання відповідальності за дрібне викрадення чужого майна, постійно змінюється (за останні 25 років ст. 51 КпАП змінювалася сім разів), що тягне за собою відповідні зміни й у регламентації кримінальної відповідальності за посягання на власність.

Не розглядаючи цей процес у цілому, нагадаємо лише про дві останні зміни, внесені до ст. 51 КпАП та їх вплив на застосування норм нині чинного КК.

Так, якщо до набуття чинності Законом України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення» від 2 червня 2005 року ч. 1 ст. 51 КпАП передбачала адміністративну відповідальність за «Дрібне



розкрадання державного або колективного майна шляхом крадіжки (крім випадків вчинення її з проникненням у приміщення чи інше сховище), шахрайства, привласнення, розтрата чи зловживання службовим станом», а ч. 2 ст. 51 КпАП – за «Дрібне розкрадання державного або колективного майна, що призвело до розукомплектування автомобілів, тракторів, сільськогосподарської та іншої техніки при перевезенні залізничним, водним та іншим транспортом, а також у місцях постійного або тимчасового зберігання, а також розукомплектування об'єктів електро-енергетики, засобів обліку енергії», то з 30 червня 2005 року (день опублікування зазначеного закону) ст. 51 КпАП містить адміністративно-правову заборону «Дрібного викрадення чужого майна шляхом крадіжки, шахрайства, привласнення чи розтрата». Тобто, зазначеним законом було: а) декриміналізовано викрадення приватного майна осіб на суму меншу за 3 неоподатковуваних мінімуми доходів громадян; б) декриміналізовано розкрадання державного або колективного майна на суму меншу за 3 неоподатковуваних мінімуми доходів громадян, шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Такі правові наслідки прийняття зазначеного закону викликали зрозуміле обурення правозастосовців і науковців у 2005–2006 роках (див. наприклад: Лобач В. Правові та соціальні аспекти недавньої декриміналізації розкрадань // Юридичний вісник України. – 2005. – № 39 (535). – С. 4; Демський Е., Тітов М. Адміністративна відповідальність за дрібне викрадення чужого майна: проблеми кваліфікації // Юридичний вісник України. – 2005. – № 42 (538). – С. 7; Навроцький В. Кримінальний кодекс України 2001 р.: підсумки та перспективи // Юридичний вісник України. – 24 квітня – 5 травня 2006 р. – № 17), які звертали увагу законодавця на непродуманість цих новацій, зокрема на те, що так звані «кишенькові крадіжки» по суті стали безкарними.

4 червня 2009 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за викрадення чужого майна» №1449-VI (набув чинності 25 червня 2009 року), яким у ст. 51 КпАП було внесено чергові зміни (якщо точніше, то її було викладено в новій редакції). Не зупиняючись на усіх змінах, внесених цим законом у сферу протидії посяганням на власність, зазначимо, що на відміну від передостанніх новацій ці зміни були спрямовані не на пом'якшення юридичної відповідальності, а на її значне посилення (зокрема кримінально караним стало викрадення майна на суму, що перевищує не 3, а 0,2 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а покарання у вигляді штрафу за крадіжку відтепер може бути призначено в діапазоні не від 30 до 50, а від 50 до 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян). Юридична громадськість неодноразово сприйняла вжиті заходи щодо посилення відповідальності за викрадення чужого майна (див. наприклад: Стрижевська А., Ковальський С., Хлистова Н. Охоронне право: між бажаним і дійсним // Юридичний вісник України. – 2009. – № 32 (736). – С. 7; Письменський Є. Юридичні новації в сфері охорони власності, або Окремий погляд на посилення відповідальності за викрадення чужого майна // Юридичний вісник України. – 2009. – № 35 (739). – С. 7), однак усім стало зрозуміло, що український законодавець як не брав, так і не бере до уваги вироблені наукою принципи криміналізації суспільно небезпечних діянь, а, визначаючи мінімальний розмір кримінально караного викрадення, керується не результатами кримінологічних досліджень, а власними довільними міркуваннями та уявленнями про суспільну небезпеку відповідних посягань на власність і засоби боротьби з ними. Між тим, кримінально-правова політика «шарахань» із боку в бік у цьому питанні не лише викликає сумніви у компетенції українського законодавчого органу (зокрема, в частині необхідності врахування соціальної обумовленості тих чи інших кримінально-правових заборон), а й породжує низку питань правозастосовного характеру. Йдеться

Оскільки ми торкнулися такої категорії, як «неоподатковуваний мінімум доходів громадян», то вважаємо за необхідне визначитись із тим, що ж таке неоподатковуваний мінімум доходів громадян, як правильно його визначати чи обчислювати, а також проаналізувати інші питання, які пов'язані з цією категорією та мають значення для кваліфікації злочинів проти власності та призначення покарання особам, які їх вчинили.

**Неоподатковуваний мінімум доходів громадян** – це встановлений державою мінімальний дохід фізичних осіб, з якого не сплачується податок.

За роки незалежності України розмір НМДГ неодноразово змінювався<sup>34</sup>. Утім слід одразу ж зазначити, що в розглядуваний період часу всі наведені в примітці розміри НМДГ у кримінальному та адміністративному судочинстві застосовувалися і застосовуються лише для визначення розміру кримінального покарання та адміністративного стягнення у виді штрафу, якщо вони були визначені у санкціях кримінальних чи адміністративних норм у НМДГ.

Для кваліфікації ж злочинів або адміністративних правопорушень наведені розміри НМДГ були та є справедливими лише щодо злочинів

зокрема про те, що з кожним підвищенням мінімального розміру кримінально караного викрадення відбувається декриміналізація, а з його зменшенням – криміналізація відповідних посягань на власність. Ураховуючи ж, що в цих випадках текст кримінального закону залишається незмінним, то як у теорії, так і на практиці виникають питання про: а) можливість застосування в таких випадках положень ст. 5 КК, б) доцільність використання приписів ч. 1 ст. 58 Конституції України під час обґрунтування зворотної дії таких змін до адміністративного законодавства; в) можливість застосування принципу зворотної дії в часі нормативно-правового акту взагалі.

Разом із тим, попри безперервне «вдосконалення» ст. 51 КпАП необхідних змін до неї внесено так і не було. В юридичній літературі неодноразово та цілком справедливо наголошувалося на тому, що крадіжка, поєднана з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище, а також крадіжка, шахрайство, привласнення та розтрата, вчинені повторно, за попередньою змовою групою осіб та організованою групою мають бути кримінально караними діяннями незалежно від вартості викраденого майна (Демський Е., Тітов М. Адміністративна відповідальність за дрібне викрадення чужого майна: проблеми кваліфікації // Юридичний вісник України. – 2005. – № 42 (538). – С. 7; Лобач В. Правові та соціальні аспекти недавньої декриміналізації розкрадань // Юридичний вісник України. – 2005. – № 39 (535). – С. 4).

<sup>34</sup> Так, у період з 1 липня 1991 року по 30 квітня 1992 року він становив 185 карбованців; у період з 1 травня 1992 року по 31 жовтня 1992 року – 900 карбованців; у період з 1 листопада 1992 року по 31 грудня 1992 року – 2300 карбованців; у період з 1 січня 1993 року по 31 травня 1993 року – 4600 карбованців; у період з 1 червня 1993 року по 31 серпня 1993 року – 13800 карбованців; у період з 1 вересня 1993 року по 30 листопада 1993 року – 40000 карбованців; у період з 1 грудня 1993 року по 30 вересня 1994 року – 120000 карбованців; у період з 1 жовтня 1994 року по 31 січня 1995 року – 780000 карбованців; у період з 1 лютого 1995 року по 30 вересня 1995 року – 1400000 карбованців; у період з 1 жовтня 1995 року по 1 вересня 1996 року – 1700000 карбованців; а з 2 вересня 1996 року і до тепер – 17 грн.



учинених у період **до 31 грудня 2003 року**.

Це обумовлено тим, що в п. 22.5 ст. 22 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» (який набув чинності 1 січня 2004 року, а втратив її 31 грудня 2010 року) було зазначено таке: якщо норми інших законів містять посилення на неоподатковуваний мінімум, то для цілей їх застосування використовується сума у розмірі 17 грн, крім норм адміністративного та кримінального законодавства у частині кваліфікації злочинів або правопорушень, для яких сума неоподатковуваного мінімуму встановлюється на рівні *податкової соціальної пільги*, визначеної підпунктом 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 цього Закону для відповідного року (з урахуванням положень п. 22.4 цієї статті). У підпункті ж 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» (у редакції від 22 травня 2003 року) йшлося про податкову соціальну пільгу на рівні *однієї мінімальної заробітної плати* (у розрахунку на місяць), встановленої законом на 1 січня звітного податкового року.

Відповідно до положень п. 22.4 ст. 22 Закону «Про податок з доходів фізичних осіб» (у редакції від 22 травня 2003 року) на перехідний період устанавлювалися такі розміри податкової соціальної пільги: а) у 2004 році – у розмірі **30% суми податкової соціальної пільги**, визначеної у підпункті 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб»; б) у 2005 році – у розмірі **50% суми податкової соціальної пільги**, визначеної у підпункті 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб»; в) у 2006 році – у розмірі **80% суми податкової соціальної пільги**, визначеної у підпункті 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб»; г) у 2007 р. – у розмірі **100% суми податкової соціальної пільги**, визначеної у підпункті 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб».

Таким чином, у 2004 р. 1 НМДГ для кваліфікації злочинів або правопорушень дорівнював 30% мінімальної заробітної плати (у розрахунку на місяць), встановленої законом на 1 січня звітного податкового року. Виходячи з того, що на 1 січня 2004 року мінімальна заробітна плата становила 205 грн. на місяць (ст. 89 Закону України «Про Державний бюджет України на 2004 рік»), слід зробити висновок, що в період **з 1 січня 2004 року по 31 грудня 2004 року 1 НМДГ для кваліфікації злочинів і правопорушень становив – 61 грн. 50 коп.** (30% мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня звітного податкового року).

У 2005 році 1 НМДГ для кваліфікації злочинів або правопорушень дорівнював 50% мінімальної заробітної плати (у розрахунку на місяць), вста-

новленої законом на 1 січня звітного податкового року. Оскільки ж на 1 січня 2005 року мінімальна заробітна плата становила 262 грн. на місяць (ст. 83 Закону України «Про Державний бюджет України на 2005 рік»), то в період **з 1 січня 2005 року по 31 грудня 2005 року 1 НМДГ для кваліфікації злочинів і правопорушень становив – 131 грн.** (50% мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня звітного податкового року).

Слід зазначити, що в 2006 р. механізм обчислення соціальної пільги та розміру 1 НМДГ для кваліфікації злочинів і правопорушень (передбачений підпунктом 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 та п. 22.4 ст. 22 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб») змінився, адже з 1 січня 2006 року набув чинності Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про державний бюджет України на 2005 рік» та деяких інших законів України», яким було внесено такі зміни до Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб»: 1) впроваджено нову редакцію підпункту 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 згідно з якою розмір податкової соціальної пільги визначався вже не на рівні однієї мінімальної заробітної плати (як це було в період з 1 січня 2004 року по 31 грудня 2005 року), а на рівні **50% однієї мінімальної заробітної плати** (у розрахунку на місяць), встановленої законом на 1 січня звітного податкового року; 2) абз. четвертий п. 22.4 ст. 22 виключено (тобто положення про те, що в 2006 році розмір податкової соціальної пільги становить 80% суми податкової соціальної пільги, визначеної у підпункті 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб»).

Таким чином, у період з 1 січня 2006 року по 31 грудня 2010 року 1 НМДГ для кваліфікації злочинів або правопорушень дорівнював 50% мінімальної заробітної плати (у розрахунку на місяць), встановленої законом на 1 січня звітного податкового року.

При цьому слід пам'ятати, що на 1 січня 2006 року мінімальна заробітна плата становила 350 грн. на місяць (ст. 82 Закону України «Про Державний бюджет України на 2006 рік»), на 1 січня 2007 року – 400 грн. на місяць (ст. 76 Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік»), на 1 січня 2008 року – 515 грн. на місяць (ст. 59 Закону України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України»), на 1 січня 2009 року – 605 грн. на місяць (ст. 55 Закону України «Про Державний бюджет України на 2009 рік»), на 1 січня 2010 року – 869 грн. на місяць (ст. 2 Закону України від 20 жовтня 2009 року «Про встановлення прожиткового мінімуму та мінімальної заробітної плати», ст. 53 Зако-

ну України «Про Державний бюджет України на 2010 рік»<sup>35</sup>.

Із викладеного, випливає, що в період з **1 січня 2006 року по 31 грудня 2006 року 1 НМДГ для кваліфікації злочинів і правопорушень становив – 175 грн.**; у період з **1 січня 2007 року по 31 грудня 2007 року – 200 грн.**<sup>36</sup>; у період з **1**

<sup>35</sup> Слід звернути увагу на те, що на 1 січня 2010 року розмір мінімальної заробітної плати (869 грн. на місяць) визначався не Законом України «Про Державний бюджет України на 2010 рік» (оскільки його було прийнято лише 27 квітня 2010 року), а ст. 2 Закону України від 20 жовтня 2009 року «Про встановлення прожиткового мінімуму та мінімальної заробітної плати». Разом із тим, у ст. 10 Закону України «Про оплату праці» зазначається, що розмір мінімальної заробітної плати встановлюється Верховна Рада України за поданням КМУ не рідше одного разу на рік у законі про Державний бюджет України та переглядається залежно від зміни розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Зміна розміру мінімальної заробітної плати іншими законами та нормативно-правовими актами є чинною виключно після внесення змін до закону про Державний бюджет України на відповідний рік. Ураховуючи ж той факт, що змін до ст. 55 Закону України «Про Державний бюджет України на 2009 рік» внесено не було, а Закон України «Про Державний бюджет України на 2010 рік» на 1 січня 2010 року ще не був прийнятий, то між положеннями ст. 55 Закону України «Про Державний бюджет України на 2009 рік» та ст. 2 Закону України від 20 жовтня 2009 року «Про встановлення прожиткового мінімуму та мінімальної заробітної плати» виникло кілька колізій, зокрема й щодо того, якою є мінімальна заробітна плата станом на 1 січня 2010 року (744 грн. чи 869 грн.) при обчисленні НМДГ.

Розглянувши це питання, ВСУ дійшов висновку, що вирішувати зазначену колізію слід шляхом надання пріоритету ст. 2 Закону України «Про встановлення прожиткового мінімуму та мінімальної заробітної плати», зокрема через те, що застосування її положень при обчисленні НМДГ для кваліфікації злочинів і правопорушень є більш сприятливим для осіб, які вчинили те чи інше діяння (детальніше про це йдеться у відповіді ВСУ від 20 січня 2010 року за № 2-18/0/2 на лист МВС України щодо кваліфікації викрадення чужого майна та визначення розміру, з якого за діяння, вчинені з 1 січня 2010 року, настає адміністративна та кримінальна відповідальність). З нашої точки зору, такий підхід у цілому є правильним, таким, що ґрунтується на конституційних принципах, а отже й потребує підтримки.

Утім, його поділяють не всі криміналісти. Зокрема П.П. Андрушко вважає, що: а) положення ст. 2 Закону України «Про встановлення прожиткового мінімуму та мінімальної заробітної плати» (щодо встановлення мінімальної заробітної плати з 1 січня 2010 року на рівні 869 грн. на місяць) застосовувались при обчисленні НМДГ не можуть, оскільки вони суперечать положенням ст. 10 Закону України «Про оплату праці»; б) положення ст. 53 Закону України «Про Державний бюджет України на 2010 рік», яка також встановлює розмір мінімальної заробітної плати з 1 січня 2010 року на рівні 869 грн. на місяць, не мають зворотної дії в часі в частині обчислення НМДГ, оскільки зазначений закон був прийнятий і набрав чинності вже після 1 січня 2010 року. На думку П.П. Андрушко, при обчисленні НМДГ для кваліфікації злочинів і правопорушень слід керуватися положеннями ст. 55 Закону України «Про Державний бюджет України на 2009 рік», а отже й виходити з того, що на 1 січня 2010 року розмір мінімальної заробітної плати становив 744 грн. (детальніше про це: Андрушко П.П. Визначення розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян при кваліфікації злочинів // Юридичний вісник України. – 2010. – № 22 (778).

<sup>36</sup> У зв'язку з цим не можна погодитися з висновком О.І. Плажнік у тому, що з 1 січня 2007 року НМДГ, що використовується при кваліфікації діянь, становить 400 грн. (Плажнік О.І. Визначення розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян при кваліфікації злочинів //

**січня 2008 року по 31 грудня 2008 року – 257 грн. 50 коп.**; у період з **1 січня 2009 року по 31 грудня 2009 року – 302 грн. 50 коп.**; у період з **1 січня 2010 року по 31 грудня 2010 року – 434 грн. 50 коп.**

1 січня 2011 року набув чинності ПК, з абз. 16 підпункту 1 п. 2 розділу XIX «Прикінцеві положення» якого випливає, що з 1 січня 2011 року Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» є таким, що втратив чинність.

У п. 5 підрозділу 1 розділу XX «Перехідні положення» ПК зазначається, що якщо норми інших законів містять посилання на неоподатковуваний мінімум доходів громадян, то для цілей їх застосування використовується сума в розмірі 17 грн., крім норм адміністративного та кримінального законодавства в частині кваліфікації злочинів або правопорушень, для яких сума неоподаткованого мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, визначеної підпунктом 169.1.1 п. 169.1 ст. 169 розділу IV ПК для відповідного року.

У підпункті ж 169.1.1 п. 169.1 ст. 169 розділу IV ПК йдеться про податкову соціальну пільгу в розмірі, що дорівнює **100%** розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року.

Однак для того, щоб правильно обчислювати розмір НМДГ у період з 1 січня 2010 року по 31 грудня 2014 року, слід мати на увазі, що відповідно до абз. 8 п. 1 розділу XIX ПК: а) *підпункт 169.1.1 п. 169.1 ст. 169 ПК набуває чинності з 1 січня 2015 року*; б) до 31 грудня 2014 року для цілей застосування цього підпункту податкова соціальна пільга надається в розмірі, що дорівнює **50%** розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року<sup>37</sup>.

Таким чином, у період з **1 січня 2011 року по 31 грудня 2014 року 1 НМДГ для кваліфікації злочинів або правопорушень дорівнюватиме 50% розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року; а з 1 січня 2015 року – 100% розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року.**

Виходячи ж з того, що на 1 січня 2011 року Південноукраїнський правничий часопис. – 2010. – № 3. – С. 158).

<sup>37</sup> Погоджуємося з П.С. Берзіним у тому, що при викладі абз. 8 п. 1 розділу XIX ПК законодавцем було допущено кілька термінологічних неточностей (див. про це: Берзін П.С. Грошові обчислення в кримінальному праві України: проблеми тривають // Юридичний вісник України. – 2011. – № 5 (813). – С. 7).

прожитковий мінімум для працездатної особи становить 941 грн. на місяць (ст. 24 Закону України «Про Державний бюджет України на 2011 рік»), виходить, що в період з 1 січня 2011 року по 31 грудня 2011 року 1 НМДГ для кваліфікації злочинів і правопорушень становить – 470 грн. 50 коп. (50% розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи, встановленому законом на 1 січня звітного податкового року).

Торкаючись окремих аспектів, пов'язаних із застосуванням НМДГ у кримінальному судочинстві, хотілося б зазначити, що для вирішення питання про наявність складу адміністративного правопорушення або злочину в діяннях, які були вчинені до 1 січня 2004 року, а також для їх кваліфікації ні положення Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб», ні положення ПК не застосовуються. У таких випадках розрахунки провадяться виходячи з неоподаткованого мінімуму доходів громадян в розмірі 17 грн.

При вирішенні ж питання про відповідальність за продовжуваний злочин чи про його кваліфікацію у випадках, коли одні діяння були вчинені до, а інші – після 1 січня 2004 року, треба виходити з кількості НМДГ, вирахованих за кожен період окремо.

Підсумовуючи розгляд питань, пов'язаних із обчисленням і застосуванням НМДГ у кримінальному та адміністративному судочинстві, хотілося б зазначити, що: 1) законодавцем виділено два види НМДГ: «загальний» (який використовується у кримінальному та адміністративному судочинстві лише для визначення розміру кримінального покарання та адміністративного стягнення у виді штрафу, якщо вони були визначені у санкціях кримінальних чи адміністративних норм у НМДГ) і «спеціальний» (який використовується у кримінальному та адміністративному судочинстві для потреб кваліфікації злочинів і адміністративних правопорушень); 2) диференційований підхід до визначення НМДГ, як свідчить аналіз практики застосування положень адміністративного та кримінального законодавства, призводить до плутанини в розумінні змісту НМДГ і нерідко стає причиною неправильної кваліфікації дій винного<sup>38</sup>; 3) методика обчислення НМДГ для кваліфікації зло-

<sup>38</sup> З цього приводу Е. Демський і М. Тітов слушно зазначають: «Подвійні стандарти до застосування неоподаткованого мінімуму доходів громадян призводять до дестабілізації правозастосовної діяльності, зниження ефективності попередження злочинності і правоохоронної функції у сфері посягання на власність, помилок у кваліфікації адміністративних проступків і злочинів, зниженню активності роботи правоохоронних органів щодо боротьби зі злочинністю, оскільки адміністративні проступки не несуть суспільної небезпеки» (Демський Е., Тітов М. Адміністративна відповідальність за дрібне викрадення чужого майна: проблеми кваліфікації // Юридичний вісник України. – 2005. – № 42 (538). – С. 7).

чинів і правопорушень постійно змінюється, що не сприяє правильному розумінню та однаково-му застосуванню приписів КК та КпАП; 4) продовжується негативна практика кваліфікації на підставі норм не кримінального, а податкового законодавства; 5) відбувається соціально неоправдане декриміналізація діянь; 6) інші діяння кваліфікуються як менш серйозні злочини, і покарання за них не відповідають їх суспільній небезпеці; 7) утворено і посилюється розрив між розмірами шкоди, необхідними для кваліфікації, та розмірами штрафів, визначених у санкціях статей КК.

У зв'язку з цим у кримінально-правовій літературі неодноразово зверталася увага на необхідність переосмислення існуючої позиції щодо обчислення НМДГ, а також висловлювалися думки про необхідність відмови від використання НМДГ у КК. Вирішення проблеми справедливо вбачається у скасуванні положення, яке зобов'язує при кваліфікації злочинів та адміністративних правопорушень використовувати НМДГ на рівні податкової соціальної пільги, з одночасною заміною у текстах КК і КпАП поняття НМДГ терміном «розрахункова одиниця». Йдеться про те, щоб ця автономна величина слугувала виключно для встановлення майнових критеріїв, необхідних для кваліфікації злочинів та адміністративних проступків, а також для визначення розмірів штрафів як кримінальних покарань та адміністративних стягнень<sup>39</sup>.

Переходячи до загальної характеристики зовнішніх ознак посягань на власність, зазначимо, що **об'єктивна сторона** основних складів злочинів, передбачених статтями 185–198 КК, знаходить свій вираз у:

<sup>39</sup> В Україні першим таку думку висловив і науково обґрунтував А.М. Ришелюк (Ришелюк А.М. Про деякі проблеми визначення грошових величин у тексті Кримінального кодексу України // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 7. – С. 86–88; Проект Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення»: Законопроект від 09 липня 2003 року № 3736 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. Законотворча діяльність. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=15516](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=15516)), яку одразу ж підтримала низка інших фахівців з кримінального права (див., наприклад: Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 48–49; Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – С. 48–49; Навроцький В. Кримінальний кодекс України 2001 р.: підсумки та перспективи // Юридичний вісник України. – 29 квітня – 5 травня 2006 р. – № 17; Берзін П.С. Грошові обчислення в кримінальному праві України: навчальний посібник. – К.: Видавець ПАЛИВОДА А. В., 2009. – С. 96; Берзін П.С. Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення: Монографія. – К.: Дакор, 2009. – С. 562–563; Мойсик В.Р. Щодо визначення грошового виміру кримінального покарання й адміністративного стягнення // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 3. – С. 35–36).



1) **викрадення**<sup>40</sup> чужого майна: а) таємно – ст. 185 КК; б) відкрито – ст. 186 КК; в) електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання без приладів обліку (якщо використання приладів обліку обов'язкове) або шляхом умисного пошкодження приладів обліку чи у будь-який інший спосіб – ст. 188-1 КК;

2) **напад**, поєднаному з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства – ст. 187 КК;

3) **вимозі**: а) передачі чужого майна; б) передачі права на майно; в) вчинення інших дій майнового характеру – ст. 189 КК;

4) **заволодінні**: а) чужим майном шляхом обману чи зловживання довірою – ст. 190 КК; б) чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем – ч. 2 ст. 191 КК;

5) **набутті (придбанні)** права на чуже майно шляхом обману чи зловживання довірою – ст. 190 КК;

6) **привласненні**: а) чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало в її віданні – ч. 1 ст. 191 КК; б) чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем – ч. 2 ст. 191 КК; в) знайденого чи такого, що випадково опинилося у винного, чужого майна або скарбу, які мають особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність – ст. 193 КК;

7) **розтраті**: а) чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало в її віданні – ч. 1 ст. 191 КК; б) чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем – ч. 2 ст. 191 КК;

8) **заподіянні значної майнової шкоди** шляхом обману або зловживання довірою за відсутності ознак шахрайства – ст. 192 КК;

9) **знищенні (руйнуванні)**: а) чужого майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах (умисне) – ст. 194 КК; б) об'єктів електроенергетики, якщо ці дії призвели або могли призвести до порушення нормальної роботи цих об'єктів, або спричинило небезпеку для життя людей – ст. 194-1 КК; в) **чужого майна**, що спричинило тяжкі тілесні

ушкодження або загибель людей (необережне), – ст. 196 КК;

10) **пошкодженні**: а) чужого майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах (умисне) – ст. 194 КК; б) об'єктів електроенергетики, якщо ці дії призвели або могли призвести до порушення нормальної роботи цих об'єктів, або спричинило небезпеку для життя людей – ст. 194-1 КК; в) чужого майна, що спричинило тяжкі тілесні ушкодження або загибель людей (необережне), – ст. 196 КК;

11) **погрозі знищення** чужого майна шляхом підпаду, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом, якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози, – ст. 195 КК;

12) **невиконанні або неналежному виконанні** особою, якій доручено зберігання чи охорона чужого майна, своїх обов'язків, якщо це спричинило тяжкі наслідки для власника майна – ст. 197 КК;

13) **самовільному зайнятті** земельної ділянки, яким завдано значної шкоди її законному володільцю або власнику – ст. 197-1 КК;

14) **самовільному будівництві** будівель або споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці – ч. 3 ст. 197-1 КК;

15) заздалегідь не обіцяному **придбанні, отриманні, зберіганні чи збуті** майна, завідомо одержаного злочинним шляхом – ст. 198 КК.

Переважає більшість злочинів проти власності скоюються лише шляхом дії. Злочини, передбачені статтями 192, 194, 196, 197 КК, можуть вчинятися як шляхом дії, так і *бездіяльності*.

Способи вчинення злочинів проти власності найрізноманітніші: «таємно», «відкрито», «шляхом обману чи зловживання довірою», «шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем», «шляхом підпаду, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом», «шляхом самовільного використання електричної або теплової енергії», «шляхом умисного пошкодження приладів обліку» тощо.

Якщо ж говорити про *момент закінчення* злочинів проти власності, то слід зазначити, що більшість із них вважаються закінченими з моменту настання суспільно небезпечних наслідків (заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою; умисне або необережне знищення або пошкодження чужого майна; умисне пошкодження об'єктів електроенергетики; порушення обов'язків щодо охорони майна; самовільне зайняття земельної ділянки тощо), інші ж – з моменту вчинення суспільно небезпечного діяння (розбій; вимагання; погроза знищення майна тощо), а окремі – як з моменту вчинення суспільно небезпечного діяння, так і з моменту настання суспільно небезпечних наслід-

<sup>40</sup> Комплексний аналіз кримінально-правової категорії «викрадення» проведено у дисертаційному дослідженні В.Г. Кундеус (Кундеус В.Г. Кримінально-правова характеристика викрадення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 198 с). Значну увагу цій категорії присвятили й такі дослідники, як В.М. Куц і І.І. Гуня (Куц В.М., Кириченко Ю.В. Кримінальна відповідальність за незаконне використання електричної або теплової енергії: Монографія. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – С. 67; Гуня І.І., Куц В.М. Кримінально-правова природа та види насильницьких злочинів проти власності // Наше право. – № 3. – 2010. – С. 77–81; Гуня І.І. Кримінально-правова природа вимагання // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 року). – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 139–141).

ків (наприклад, шахрайство може полягати як у набутті (придбанні) права на чуже майно, так і в заволодінні ним).

Суспільно небезпечні наслідки переважної більшості злочинів проти власності полягають у заподіянні прямої матеріальної шкоди (реальних збитків), пов'язаної з фактичним зменшенням майнового фонду власника в результаті вилучення майна, його пошкодження, знищення тощо. Щоправда, під час обчислення розміру майнової шкоди від злочину, передбаченого ст. 192 КК, ураховуються не лише реальні збитки власника майна, а й не одержані ним доходи (упущена вигода).

Розмір майнової шкоди завданої викраденням (статті 185, 186 КК), заволодінням (статті 190, 191 КК), привласненням (статті 191, 193 КК), розтратою (ст. 191 КК) чи знищенням (статті 194, 194-1, 196 КК), як правило, визначається вартістю майна, яке було викрадено, привласнено, розтрачено, знищено тощо.

Для правильного та уніфікованого обчислення окремих видів майнової шкоди існує відповідне нормативно-правове забезпечення. Наприклад, матеріальна шкода від злочину, передбаченого ст. 188-1 КК, має обчислюватись відповідно до Методики визначення обсягу та вартості електричної енергії, не облікованої внаслідок порушення споживачами правил користування електричною енергією, затвердженої постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України від 4 травня 2005 року № 562, та Правил користування тепловою енергією, затверджених постановою КМУ від 3 жовтня 2007 року № 1198; а від злочину, передбаченого ст. 197-1 КК, – відповідно до Методики визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу, затвердженої постановою КМУ від 25 липня 2007 року № 963.

Вирішуючи питання про наявність або відсутність ознак об'єктивної сторони основних складів посягань на власність, слід мати на увазі, що: а) викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання (ч. 1 ст. 188-1 КК) є кримінально караним діянням, якщо воно завдало значної шкоди (від 100 до 250 НМДГ); б) під заподіянням значної майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою (ч. 1 ст. 192 КК) розуміється спричинення шкоди у розмірі від 50 до 100 НМДГ; в) кримінальна відповідальність за умисне знищення або пошкодження чужого майна (ч. 1 ст. 194 КК) настає лише за умов, що воно заподіяло шкоду у ве-

ликих розмірах (від 250 до 600 НМДГ); г) умисне пошкодження або руйнування об'єктів електроенергетики (ч. 1 ст. 194-1 КК) вважається злочином, якщо ці дії призвели або могли призвести до порушення нормальної роботи цих об'єктів, або спричинило небезпеку для життя людей; д) кримінальна відповідальність за необережне знищення або пошкодження чужого майна (ст. 196 КК) настає лише, якщо воно спричинило тяжкі тілесні ушкодження або загибель людей; е) під «Порушенням обов'язків щодо охорони майна» (ст. 197 КК) розуміється невиконання або неналежне виконання особою, якій доручено зберігання чи охорона чужого майна, своїх обов'язків, якщо це спричинило тяжкі наслідки для власника майна; ж) самовільне зайняття земельної ділянки (ч. 1 ст. 197-1 КК) є кримінально караним діянням, якщо воно завдало значної шкоди її законному володільцю або власнику (в 100 і більше разів перевищує НМДГ).

Зміст таких конструктивних ознак об'єктивної сторони злочинів проти власності, як «порушення нормальної роботи об'єктів електроенергетики», «спричинення небезпеки для життя людей», «спричинення тяжких тілесних ушкоджень», «загибель людей» і «тяжкі наслідки для власника майна» розкриватиметься під час аналізу відповідних норм.

Слід звернути увагу, що в тих посяганнях на власність, які згідно з кримінальним законом вважаються закінченими з моменту настання суспільно небезпечних наслідків, має бути встановлений причинний зв'язок між діянням і наслідками, що настали.

**Суб'єкт** переважної більшості злочинів проти власності загальний, тобто фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до ст. 22 КК може наставати кримінальна відповідальність.

Злочини, передбачені статтями 191 і 197 КК, можуть бути вчинені лише спеціальним суб'єктом. Так, злочин, передбачений ч. 1 ст. 191 КК, може бути вчинено лише особою, якій чуже майно було ввірене чи перебувало в її віданні; злочин, передбачений ч. 2 ст. 191 КК, – службовою особою; а злочин, передбачений ст. 197 КК, – особою, якій доручено зберігання чи охорона чужого майна.

Залежно від віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, усі злочини, передбачені розділом VI Особливої частини КК, можна поділити на дві групи:

1) злочини проти власності, за вчинення яких кримінальна відповідальність настає з 16 років (ч. 1 ст. 194, статті 188-1, 190–193, 194-1–198 КК);

2) злочини проти власності, за вчинення яких кримінальна відповідальність настає з 14 років

(ч. 2 ст. 194, статті 185–187, 189 КК).

Вважаємо, що встановлення так званого «зниженого» віку кримінальної відповідальності за злочини, передбачені ч. 2 ст. 194, статтями 185–187, 189 КК, є правильним рішенням парламентаріїв, адже, приймаючи його, законодавець урахував можливість усвідомлення вже в 14 років характер суспільної небезпеки таких діянь, фактор поширеності більшості з них у дитячому середовищі, а також значний ступінь їх суспільної небезпеки.

**Суб'єктивна сторона** злочинів проти власності характеризується переважно *умисною* формою вини.

Усі ж злочини, передбачені розділом VI Особливої частини КК, залежно від форми вини можна поділити на дві чітко визначені групи:

1) *умисні* злочини проти власності (статті 185–195, 197-1, 198 КК);

2) *необережні* злочини проти власності (статті 196, 197 КК).

Ураховуючи, що розгорнута характеристика змісту вини кожного злочину проти власності надаватиметься під час його безпосереднього аналізу, перейдемо до інших ознак їх суб'єктивної сторони.

Починаючи з *мотиву*, слід зазначити, що переважна більшість криміналістів, які займалися вивченням кримінально-правової охорони власності, зійшлася на тому, що такі злочини як крадіжка, грабїж, розбій, вимагання, шахрайство тощо можуть вчинятися лише з корисливим мотивом, який є обов'язковою ознакою їх юридичного складу<sup>41</sup>. Щоправда, зміст корисливого мотиву при вчиненні злочинів проти власності в кримінально-правовій літературі розкривається по-різному. Наприклад, В.О. Владіміров під корисливим мотивом розуміє внутрішнє прагнення особи до незаконного збагачення, до отримання майнової вигоди<sup>42</sup>. Трохи «ширше» цю категорію розкриває Л.М. Кривоченко, яка вважає, що корисливий мотив – це прагнення одержати

<sup>41</sup> Сергеева Т.А. Уголовно-правовая охрана социалистической собственности в СССР. – М.: Издательство Академии Наук СССР, 1954. – С. 61–69; Владимиров В. А., Ляпунов Ю.И. Ответственность за корыстные посягательства на социалистическую собственность. – М.: Юридическая литература, 1986. – С. 50–53; Матышевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 19–21; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Войко, Л.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 491–493; Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 150. Черечукина Л.В. Расследование взыскательств: Учебное пособие – Луганск: РИО ЛГУВД им. Э.А. Дидоренко, 2010. – С. 55.

<sup>42</sup> Владимиров В. А., Ляпунов Ю.И. Ответственность за корыстные посягательства на социалистическую собственность. – М.: Юридическая литература, 1986. – С. 50.

матеріальну вигоду для себе або інших осіб, спонукання до незаконного збагачення за рахунок чужого майна<sup>43</sup>. Ще «ширшою» видається визначення корисливого мотиву, надане М.І. Мельником. На думку цього криміналіста, корисливий мотив при вчиненні злочинів проти власності полягає в прагненні винного протиправно обернути чуже чи нічийне майно на свою чи іншої особи користь або отримати майнову вигоду без одержання чужого майна на свою користь<sup>44</sup>.

Утім значна частина науковців не погоджуються з тим, що викрадення чужого майна може вчинятися лише з корисливих мотивів (корисливою метою)<sup>45</sup>. Звичайно, корисливий мотив є типовим для викрадення чужого майна, – пише С.М. Кочой, – однак фактично, вчиняючи такі злочини, винний може керуватися й іншими мотивами, в т.ч. «благородними»<sup>46</sup>.

Не вступаючи в полеміку із цими криміналістами, зазначимо, що вирішуючи питання про місце та значення корисливого мотиву в юридичних складах злочинів проти власності слід урахувати такі обставини.

По-перше, не зважаючи на те, що мотив і мета властиві кожному конкретному злочинному діянню (як і будь-якому іншому вольовому вчинку людини), усе ж у юридичному складі злочину вони присутні не завжди. Мотив і мета виступають як конструктивні (обов'язкові) ознаки складу злочину лише у випадках, коли вони прямо зазначені в законі або однозначно випливають з його змісту.

По-друге, як правильно зазначає В.О. Навроцький, питання про те, які ознаки складу є

<sup>43</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 150.

<sup>44</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Войко, Л.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 493.

<sup>45</sup> Никифоров Б.С. Обязательна ли корыстная цель при хищении? // Советское государство и право. – 1949. – № 10. – С. 23; Литвинов В.И. Корыстные посягательства на личную собственность и их предупреждение. – Минск: Университетское, 1989. – С. 149; Скляров С.В. Понятие хищения в уголовном законодательстве России: теоретический анализ // Государство и право. – 1997. – № 9. – С. 67; Кочой С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 114; Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – Київ: Атіка, 2001. – С. 445; Богданчиков С.В. Совершенствование уголовно-правовых норм в сфере преступлений против собственности // Закон и право. – 2008. – № 9. – С. 94–97; Дітріх О. Загальна характеристика корисливих посягань на власність із застосуванням насильства // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 10. – С. 121.

<sup>46</sup> Кочой С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 114.



обов'язковими, має принципове значення. Неприпустимо як додатково «навантажувати» склад злочину тими ознаками, які прямо не вказані у законі чи не випливають з нього, так і, навпаки, не визнавати ті або інші ознаки обов'язковими, коли для цього є підстави. У першому випадку це призводить до обмеження кримінальної відповідальності, в іншому – до її розширення<sup>47</sup>.

Разом із тим, у жодній нормі, яка міститься в розділі VI Особливої частини КК, не йдеться про мотиви вчинення того чи іншого злочину проти власності, а тим більше про корисливий мотив. Не можна вважати корисливий мотив і таким, що однозначно впливає зі змісту відповідних норм. Наприклад, навряд чи було б правильним стверджувати, що зі змісту диспозиції ст. 185 КК «таємне викрадення майна» однозначно впливає, що крадіжка може бути вчинена лише з корисливого мотиву, адже таємне викрадення майна через помсту, ревності, злість, альтруїзм, прагнення приховати інший злочин тощо також можливе. Якщо ж визнавати корисливий мотив обов'язковою ознакою цього злочину, то окремі суспільно-небезпечні діяння можуть залишитися поза сферою кримінального переслідування (наприклад, таємне викрадення чужого коня через жалість до нього та бажання відпустити на волю; таємне викрадення поясу чемпіона світу з босу за версією WBC чи іншої спортивної нагороди, яка має цінову вартість, вчинене через заздрість, тощо).

У зв'язку з цим треба погодитися з О.О. Дудоровим, котрий зазначає, що положення про факультативність корисливого мотиву як ознаки розкрадання, попри всю свою дискусійність з точки зору кримінально-правової доктрини, у максимальній мірі відповідає інтересам власника, для котрого не має значення, якими саме спонуканнями керується злочинець, заволодіваючи його майном і яку мету він при цьому переслідує<sup>48</sup>.

Продовжуючи аналіз суб'єктивної сторони злочинів проти власності, слід зазначити, що склад злочину, передбаченого ст. 187 КК, передбачає обов'язкову мету злочину (мету нападу) – заволодіння чужим майном. Детальніше про це йтиметься під час безпосереднього аналізу суб'єктивної сторони розбою.

Переходячи до розгляду **кваліфікуючих ознак** злочинів проти власності, слід зазначити, що всього їх двадцять.

Залежно від інтенсивності використання тієї

<sup>47</sup> Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 90.

<sup>48</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 445.

чи іншої ознаки для конструювання кваліфікованих видів злочинів, передбачених розділом VI Особливої частини КК, їх можна поділити на дві умовні групи:

1) *кваліфікуючі ознаки, які використовуються для побудови від трьох до дев'яти кваліфікованих видів злочинів проти власності*: а) «повторно» (ч. 2 ст. 185, ч. 2 ст. 186, ч. 2 ст. 187, ч. 2 ст. 188-1, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 190, ч. 3 ст. 191, ч. 2 ст. 194-1 КК); б) «за попередньою змовою групою осіб» (ч. 2 ст. 185, ч. 2 ст. 186, ч. 2 ст. 187, ч. 2 ст. 188-1, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 190, ч. 3 ст. 191, ч. 2 ст. 192, ч. 2 ст. 194-1 КК); в) «організованою групою» (ч. 5 ст. 185, ч. 5 ст. 186, ч. 4 ст. 187, ч. 4 ст. 189, ч. 4 ст. 190, ч. 5 ст. 191 КК); г) завдання значної шкоди потерпілому (ч. 3 ст. 185, ч. 3 ст. 186, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 190 КК); д) «у великих розмірах» («заподіяння шкоди у великих розмірах») (ч. 4 ст. 185, ч. 4 ст. 186, ч. 4 ст. 187, ч. 2 ст. 188-1, ч. 3 ст. 189, ч. 3 ст. 190, ч. 4 ст. 191, ч. 2 ст. 192 КК); е) «в особливо великих розмірах» («заподіяння шкоди в особливо великих розмірах») (ч. 5 ст. 185, ч. 5 ст. 186, ч. 4 ст. 187, ч. 4 ст. 189, ч. 4 ст. 190, ч. 5 ст. 191, ч. 2 ст. 194 КК); ж) «поєднана (поєднаний) з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище» (ч. 3 ст. 185, ч. 3 ст. 186, ч. 3 ст. 187 КК);

2) *кваліфікуючі ознаки, які використовуються для побудови одного чи двох кваліфікованих видів злочинів проти власності*: а) «поєднаний з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства» (ч. 2 ст. 186 КК); б) «поєднаний з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень» (ч. 2 ст. 189 КК); в) «поєднане з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи» (ч. 3 ст. 189 КК); г) «поєднаний (поєднане) із заподіянням тяжких тілесних ушкоджень» (ч. 4 ст. 187, ч. 4 ст. 189 КК); д) «спричинило загибель людей чи інші тяжкі наслідки» (ч. 2 ст. 194, ч. 3 ст. 194-1 КК); е) «службовою особою з використанням свого службового становища» (ч. 2 ст. 189 КК); ж) «з пошкодженням чи знищенням майна» (ч. 2 ст. 189 КК); з) «шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки» (ч. 3 ст. 190 КК); и) «шляхом підпаду, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом» (ч. 2 ст. 194, ч. 2 ст. 194-1 КК); к) «вчинене особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею» (ч. 2 ст. 197-1 КК); л) «групою осіб» (ч. 2 ст. 197-1 КК); м) «щодо земельних ділянок (на земельних ділянках) особливо цінних земель, земель в охоронних зонах, зонах санітарної охорони, санітарно-захисних зонах чи зонах особливого режиму використання земель» (ч. 2 ст. 197-1, ч. 4 ст. 197-1 КК); н) «вчинене особою, раніше судимою за такий саме злочин або злочин,

передбачений частиною третьою цієї статті» (ч. 4 ст. 197-1 КК).

Ураховуючи той факт, що кваліфікуючі ознаки віднесені нами до другої групи зустрічаються лише в одній або двох нормах, передбачених розділом VI Особливої частини КК, то їх характеристика міститиметься у тексті, присвяченому безпосередньому аналізу цих норм. Ті ж ознаки, які активно використовувалися законодавцем під час конструювання кваліфікованих видів злочинів розглядуваної категорії (від трьох до дев'яти), розглянемо в межах загальної характеристики злочинів проти власності.

Так, кваліфікуюча ознака **«повторно»** використовується для побудови кваліфікованих видів злочину, передбачених ч. 2 ст. 185, ч. 2 ст. 186, ч. 2 ст. 187, ч. 2 ст. 188-1, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 190, ч. 3 ст. 191, ч. 2 ст. 194-1 КК. Вирішуючи питання про наявність або відсутність ознаки повторності слід мати на увазі, що в нормах розділу VI Особливої частини КК зустрічається три види повторності.

1) у ч. 2 ст. 185, ч. 2 ст. 186, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 190, ч. 3 ст. 191 КК, як свідчить зміст п. 1 примітки до ст. 185 КК, повторним визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених цими статтями або статтями 187, 262 КК;

2) за змістом ч. 2 ст. 187 КК розбій вважається повторним, якщо його вчинено особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм;

3) у ч. 2 ст. 188-1 і ч. 2 ст. 194-1 КК повторним визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила такий самий злочин.

Слід пам'ятати, що ознака повторності відсутня, якщо за раніше вчинений злочин особу було звільнено від кримінальної відповідальності або якщо судимість за раніше вчинений злочин було погашено чи знято в установленому законом порядку.

Повторність злочинів проти власності відсутня й у тому разі, коли має місце продовжуваний злочин. Одним із найбільш зловбодених з погляду правозастосування питань, які стосуються проблематики продовжуваного злочину, є питання про те, чи може особа, яка вчинює продовжуваний злочин, діяти з єдиним, але неконкретизованим умислом. Одні науковці (наприклад, Ю.В. Баулін, І.О. Зінченко, Н.Ф. Кузнецова, З.А. Незнамова) дають на це питання ствердну відповідь, інші (зокрема, А.Ф. Зелінський, А.П. Козлов, П.К. Кривошеїн, В.О. Навроцький, Т.І. Созанський) – негативну, виходячи з того, що притаманний продовжуваному злочину єдиний умисел (єдиний злочинний намір) має бути конкретизованим за обсягом, вагою, розміром, іншими параметрами. Поділяючи другу позицію, вважаємо, що ситу-

ації, в яких злочинна поведінка, так би мовити, програмується винним у загальній формі (особа реалізує намір викрадати майно, брати хабарі чи ухилитись від сплати податків при нагоді, доки не викриють і буде така можливість, при виникненні потреби у грошах тощо), поняттям продовжуваного злочину не охоплюються. Так, неодноразове вчинення злодієм кишенькових крадіжок не може розцінюватись як продовжуваний злочин, оскільки умисел вчинити крадіжку стосовно кожного потерпілого виникає у винного щоразу при тому, що викрадати гаманці злочинець планує доти, поки йому це буде вдаватись робити.

*Не дивлячись на те, що К. викрадав майно з одного приміщення одним і тим же способом, Апеляційний суд Донецької області вирішив, що кожна крадіжка, вчинювана К., була самостійним злочином, а не епізодом одиничного (продовжуваного) злочину. Суд при цьому виходив з того, що кожне викрадення К. вчиняв тоді, коли йому були потрібні гроші для особистих потреб, і не мав єдиного наміру на заволодіння певною (конкретною) кількістю майна<sup>49</sup>.*

У п. 20 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» роз'яснюється, що як продовжуваний злочин має розцінюватись таке неодноразове незаконне вилучення чужого майна (заволодіння ним), яке складається із тождесних діянь, які мають загальну мету та з самого початку охоплюються єдиним злочинним наміром на заволодіння конкретним майном. Разом із тим у п. 27 цієї ж постанови Пленум ВСУ, демонструючи непослідовність при вирішенні кримінально-правових проблем, визнає, що умисел винного щодо розміру майна, яке викрадається (вилучається) одним способом, може бути і неконкретизованим.

Пленум ВСУ звертає увагу судів на те, що у разі вчинення декількох посягань на власність (мається на увазі передбачених різними статтями – авт.) перший злочин за відсутності інших кваліфікуючих ознак належить кваліфікувати за частиною першою відповідної статті, а інші як вчинені повторно – за іншими частинами відповідних статей КК (п. 20 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»).

Дев'ять кваліфікованих видів злочину проти власності утворено за допомогою кваліфікуючої ознаки **«за попередньою змовою групою осіб»** (ч. 2 ст. 185, ч. 2 ст. 186, ч. 2 ст. 187, ч. 2 ст. 188-1, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 190, ч. 3 ст. 191, ч. 2 ст. 192, ч. 2 ст. 194-1 КК).

Вирішуючи питання про наявність або від-

<sup>49</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 3. – С. 29.

сутність цієї кваліфікуючої ознаки слід, у першу чергу, звертатися до положень ст. 28 КК і їх аналізу на сторінках підручника. Крім того, слід брати до уваги й роз'яснення ВСУ, викладені в п. 24 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності».

Загалом, злочин визначається вчиненням за попередньою змовою групою осіб у разі його вчинення декількома (двома і більше) суб'єктами цього злочину, які заздалегідь домовилися про його спільне вчинення. Учасники вчинення злочину групою осіб мають діяти узгоджено, зі спільним умислом, і кожен із них безпосередньо виконувати діяння, що повністю чи частково утворює об'єктивну сторону складу злочину. При цьому можливий розподіл функцій, за якого кожен співучасник виконує певну роль у вчиненні злочину.

Виходячи з того, що співучасть у злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину (ст. 26 КК), то в тому разі, коли із групи осіб, які вчинили злочин, лише одна особа є суб'єктом злочину, а решта осіб унаслідок неосудності або у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, чи з інших підстав не можуть бути суб'єктами злочину, дії винної особи, яка за таких обставин притягується до кримінальної відповідальності, не можна розглядати як вчинення злочину групою осіб.

Якщо група осіб за попередньою змовою мала намір вчинити крадіжку чи грабіж, а один з її учасників застосував або погрожував застосуванням насильства, небезпечного для життя чи здоров'я потерпілого, то дії цього учасника належить кваліфікувати як розбій, а дії інших осіб – відповідно як крадіжку чи грабіж за умови, що вони безпосередньо не сприяли застосуванню насильства або не скористалися ним для заволодіння майном потерпілого.

Дії особи, яка безпосередньо не брала участі у вчиненні злочину, але порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню злочину іншими співучасниками, а також яка заздалегідь обіцяла переховати злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину, сліди злочину або предмети, здобуті злочинним шляхом, придбати чи збути такі предмети або іншим чином сприяти приховуванню злочину, належить кваліфікувати як співучасть у скоєному у формі пособництва з посиланням на ч. 5 ст. 27 КК.

Значна частина кваліфікованих видів злочинів проти власності сконструйовано з використанням кваліфікуючої ознаки «**організованою групою**» (ч. 5 ст. 185, ч. 5 ст. 186, ч. 4 ст. 187, ч. 4 ст. 189, ч. 4 ст. 190, ч. 5 ст. 191 КК). При цьому

слід пам'ятати, що статті, які передбачають кримінальну відповідальність за крадіжку, грабіж, розбій, вимагання, шахрайство, привласнення чи розтрату майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем, містять і таку кваліфікуючу ознаку як вчинення злочину «за попередньою змовою групою осіб». Тому для правильної кваліфікації зазначених злочинів проти власності, вчинених у співучасті, істотне значення має правильне розмежування форм співучасті, передбачених ч.ч. 2 і 3 ст. 28 КК.

Зокрема, з положень ч. 3 ст. 28 КК випливає, що вчинення того чи іншого злочину проти власності організованою групою має місце в тих випадках, коли в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи.

Для кваліфікації злочинів проти власності за ознакою вчинення їх організованою групою, як слушно зазначає М.І. Мельник, не має значення створювалась група тільки для вчинення лише цього виду (наприклад, для вчинення розбійних нападів) чи ще й інших злочинів. Важливо, щоб група, в складі якої було вчинено крадіжку, грабіж, розбій, вимагання, шахрайство тощо, мала сукупність ознак, що характеризують її як організовану<sup>50</sup>.

Під час аналізу діяння, вчиненого організованою групою, слід звертатися й до відповідних положень постанови Пленуму ВСУ № 13 від 23 грудня 2005 р. «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями»<sup>51</sup>.

Кваліфікуюча ознака «**завдання значної шкоди потерпілому**» використовується у чотирьох статтях розділу VI Особливої частини КК (ч. 3 ст. 185, ч. 3 ст. 186, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 190 КК).

Відповідно до п. 2 примітки до ст. 185 КК, у статтях 185, 186, 189 та 190 КК значна шкода визнається із врахуванням матеріального становища потерпілого та якщо йому спричинені збитки на суму від 100 до 250 НМДГ.

Із цього випливає, що крадіжка, грабіж, вимагання або шахрайство є такими, що «завдали

<sup>50</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, Л.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 495.

<sup>51</sup> При цьому слід критично ставитись до тих положень зазначеної постанови, які суперечать ч. 3 ст. 28 КК (Див. про це: Ільїна О.В. Кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2007. – С. 10–13).



значної шкоди потерпілому» лише за наявності двох обов'язкових умов:

1) формальної – якщо потерпілому спричинено збитки на суму від 100 до 250 НМДГ;

2) оціночної – якщо збитки на суму від 100 до 250 НМДГ із врахуванням матеріального становища потерпілого є значною шкодою для нього.

Пленум ВСУ звертає увагу судів на те, що під час з'ясування матеріального становища потерпілого суди мають у кожному конкретному випадку брати до уваги такі обставини, як соціальний стан потерпілого, його працевдатність, розмір заробітної плати та інші доходи, кількість членів сім'ї, наявність на його утриманні малолітніх, хворих, непрацевдатних тощо (абз. 2 п. 27 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»).

Говорячи про техніку конструювання розглядуваної кваліфікуючої ознаки, а також практику її застосування, слід відзначити наявність певних недоліків у цій сфері. Так, О.В. Ільїна звертає увагу на те, що попри традиційне розуміння потерпілого в кримінальному праві (як фізичної особи якій злочином завдано шкоди), на практиці суди інкримінують цю ознаку й у тих випадках, коли в результаті крадіжки, грабежу, вимагання або шахрайства заподіюється значна шкода юридичній особі. Зазначена криміналістка звертає увагу й на те, що законодавча характеристика (п. 2 примітки до ст. 185 КК) та форма опису («завдання значної шкоди потерпілому») розглядуваної кваліфікуючої ознаки не дозволяють безсумнівно поставити її в один ряд з кваліфікуючими ознаками «вчинення злочину у великих розмірах» та «вчинення злочину в особливо великих розмірах». Це обумовлено тим, що кваліфікуюча ознака «завдання значної шкоди потерпілому», виходячи з її законодавчого формулювання, характеризує зміст злочинних наслідків, а ознаки «вчинення злочину у великих розмірах» та «вчинення злочину в особливо великих розмірах» характеризують зміст діяння<sup>52</sup>. Слід погодитися й з аргументами Ю.А. Шуляк і А.В. Савченка, котрі зазначають, що конструкція «завдання значної шкоди потерпілому» не відповідає вимогам Конституції України щодо рівності усіх форм власності<sup>53</sup>. На

<sup>52</sup> Ільїна О.В. Кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2007. – С. 11–13.

<sup>53</sup> Шуляк Ю.А. Кримінальна відповідальність за шахрайство: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2011. – С. 16. Савченко А.В. Щодо удосконалення кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак шахрайства // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 року). – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 418.

аналогічну суперечність звертається увага й у російській кримінально-правовій літературі<sup>54</sup>. У зв'язку з цим ми погоджуємось з тим, що в ч. 3 ст. 185, ч. 3 ст. 186, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 190 КК слова «завдала значної шкоди потерпілому» в усіх відмінках доречно замінити словами «вчинена в значних розмірах», а також викласти п. 2 примітки до ст. 185 КК у відповідній редакції<sup>55</sup>.

Вирішуючи питання про наявність чи відсутність таких кваліфікуючих ознак, як вчинення злочину «у великих розмірах» («заподіяння шкоди у великих розмірах») (ч. 4 ст. 185, ч. 4 ст. 186, ч. 4 ст. 187, ч. 3 ст. 189, ч. 3 ст. 190, ч. 4 ст. 191 КК) чи «в особливо великих розмірах» («заподіяння шкоди в особливо великих розмірах») (ч. 5 ст. 185, ч. 5 ст. 186, ч. 4 ст. 187, ч. 4 ст. 189, ч. 4 ст. 190, ч. 5 ст. 191, ч. 2 ст. 194 КК), слід керуватися положеннями пунктів 3, 4 примітки до ст. 185 КК.

Зокрема в п. 3 примітки до ст. 185 КК зазначається, що в статтях 185–191, 194 КК у великих розмірах визнається злочин, що вчинений однією особою чи групою осіб на суму, яка в 250 і більше разів перевищує НМДГ на момент вчинення злочину. Відповідно ж до п. 4 примітки до ст. 185 КК у статтях 185–187 та 189–191, 194 КК в особливо великих розмірах визнається злочин, що вчинений однією особою чи групою осіб на суму, яка в 600 і більше разів перевищує НМДГ на момент вчинення злочину.

Виходячи з того, що в статтях 185–187, 189–191 КК крім кваліфікуючої ознаки «у великих розмірах» міститься ще й кваліфікуюча ознака «в особливо великих розмірах», можна зробити висновок, що в ч. 4 ст. 185, ч. 4 ст. 186, ч. 4 ст. 187, ч. 3 ст. 189, ч. 3 ст. 190, ч. 4 ст. 191 КК під великим розміром розуміється сума від 250 до 600 НМДГ

У статтях 188-1 і 192 КК великий розмір визначається не п. 3 примітки до ст. 185 КК, а відповідними примітками до цих статей. Так, згідно з приміткою до ст. 188-1 КК шкода, передбачена цією статтею, визнається у великих розмірах якщо вона в 250 і більше разів перевищує НМДГ.

<sup>54</sup> Бакарадзе А.А. Квалифицирующие и особо квалифицирующие признаки мошенничества // Российский следователь. – 2009. – № 2. – С. 5–8.

<sup>55</sup> Ільїна О.В. Кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2007. – С. 11–13; Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2010. – С. 152–153, 186; Шуляк Ю.А. Кримінальна відповідальність за шахрайство: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2011. – С. 16. Савченко А.В. Щодо удосконалення кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак шахрайства // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 року). – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 418–419.

Виходячи ж з примітки до ст. 192 КК під заподіянням майнової шкоди у великих розмірах слід розуміти шкоду, яка у 100 і більше разів перевищує НМДГ.

Вчинення особою декількох посягань на чуже майно, загальна вартість якого становить великий або особливо великий розмір, може бути кваліфіковано як викрадення, привласнення, розтрата майна чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем у великих чи особливо великих розмірах лише в тому випадку, якщо такі діяння були вчинені одним способом і за обставин, які свідчать про умисел вчинити їх у великому чи особливо великому розмірі. Викладене також стосується вчинення за таких обставин вимагання, що заподіяло майнову шкоду у великих або особливо великих розмірах.

У випадках, коли умисел винного щодо розміру мав неконкретизований характер, вчинене слід кваліфікувати залежно від розміру фактично викраденого майна.

До кваліфікованих видів крадіжки, грабежу та розбою КК відносить вчинення цих злочинів **«поєднане з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище»** (ч. 3 ст. 185, ч. 3 ст. 186, ч. 3 ст. 187 КК). Для правильної оцінки таких дій доречно керуватися роз'ясненнями, які містяться у п. 22 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності».

Зокрема в зазначеній постанові зазначається, що під проникненням у житло, інше приміщення чи сховище слід розуміти незаконне вторгнення до них будь-яким способом (із застосуванням засобів подолання перешкод або без їх використання; шляхом обману; з використанням підроблених документів тощо або за допомогою інших засобів), який дає змогу винній особі викрасти майно без входу до житла, іншого приміщення чи сховища.

Житло – це приміщення, призначене для постійного або тимчасового проживання людей (будинок, квартира, дача, номер у готелі тощо). До житла прирівнюються також ті його частини, в яких може зберігатися майно (балкон, веранда, комора тощо), за винятком господарських приміщень, не пов'язаних безпосередньо з житлом (гараж, сарай тощо).

Інше приміщення – це різноманітні постійні, тимчасові, стаціонарні або пересувні будівлі чи споруди, призначені для розміщення людей або матеріальних цінностей (виробниче або службове приміщення підприємства, установи чи організації, гараж, інша будівля господарського призначення, відокремлена від житлових будівель тощо).

Сховище – певне місце чи територія, відведені для постійного чи тимчасового зберігання матеріальних цінностей, які мають засоби охорони від доступу до них сторонніх осіб (огорожа, наявність охоронця, сигналізація тощо), а також залізничні цистерни, контейнери, рефрижератори, подібні сховища тощо. Не може визнаватися сховищем неогорожена і така, що не охороняється, площа або територія, на яку вхід сторонніх осіб є вільним, а також та, що була відведена та використовується для вирощування продукції чи випасу тварин (сад, город, ставок, поле тощо)

Для правильного вирішення питання про наявність або відсутності досліджуваної кваліфікуючої ознаки істотне значення має момент виникнення у винного умислу на вчинення крадіжки грабежу чи розбою. Зокрема ознака «проникнення у житло, інше приміщення чи сховище» відсутня, якщо умисел на викрадення майна у особи виник вже під час перебування в приміщенні чи сховищі.

Завершуючи загальну характеристику злочинів проти власності, слід звернути увагу, що в теорії кримінального права існує низка думок щодо класифікації злочинів проти власності<sup>56</sup>. Як критерій класифікації науковці використовують особливості предмета злочинів проти власності (зокрема, на думку О.І. Бойцова, залежно від предмета можна виділити такі групи злочинів проти власності: 1) злочини, предметом яких є об'єкти речового права, в т.ч. гроші та цінні папери; 2) злочини, предметом яких може бути будь-яке майно, в т.ч. майнові права, а також об'єкти цивільних прав<sup>57</sup>), ознаки об'єктивної сторони таких діянь (наприклад, Н.Г. Іванов пропонує ділити всі злочини проти власності на викрадення та злочини, які не є викраденнями<sup>58</sup>), форми

<sup>56</sup> Матшевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 21–22; Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 98; Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 78; Газдайка-Василишин І.Б. Поняття та система злочинів проти власності за кримінальним правом України / І.Б. Газдайка-Василишин // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали ІХ регіон.наук.-практ.конф. (м. Львів, 13–14 лютого 2003 року). – Львів: ЛНУ ім. І.Франка, 2003. – С. 385–387; Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 64; Богданчиков С.В. Уголовно-правовая классификация преступлений против собственности // Закон и право. – 2008. – № 6. – С. 36–38; Богданчиков С.В. Общая характеристика и система преступлений против собственности // Закон и право. – 2008. – № 11. – С. 67–68; Соловйова А.М. Деякі проблеми кваліфікації та систематизації злочинів проти власності // Судова практика. – 2010. – № 4. – С. 9–19.

<sup>57</sup> Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 78.

<sup>58</sup> Иванова Н.Г. Уголовное право России. Общая и Особенная части: Учебник для вузов. – М.: Издательство «Экзамен», 2003. – С. 517.

вини, з якими можуть учинятися посягання на власність (Н.О. Лопашенко зазначає, що злочини проти власності можна було б класифікувати на умисні та необережні<sup>59</sup>), мотиви вчинення таких посягань (так, С.М. Кочої дотримується думки, що всі злочини проти власності слід поділяти на корисливі та некорисливі<sup>60</sup>) тощо. Деякі науковці для класифікації злочинів, передбачених розділом VI Особливої частини КК, використовують одразу кілька критеріїв класифікації<sup>61</sup>. Наприклад, М.І. Мельник за мотивацією посягання, характером діяння, способом його вчинення, предметом злочину, іншими об'єктивними, а також суб'єктивними ознаками злочини проти власності поділяє на такі групи: 1) діяння, які характеризуються протиправним корисливим оберненням на свою користь чи користь інших осіб чужого майна, яке заподіює пряму шкоду власникові і здійснюється, як правило, проти волі власника<sup>62</sup>; 2) діяння, які характеризуються протиправним, як правило, корисливим заподіянням шкоди власникові без обернення на свою користь чи користь інших осіб чужого майна (без заподіяння прямих збитків власникові) або з оберненням на свою користь майна, яке не є чужим (є нічийним); 3) некорисливі посягання на власність, пов'язані із заподіянням майнової шкоди власникові іншим чином<sup>63</sup>.

Все ж найбільш поширеною в кримінально-

<sup>59</sup> Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 64.

<sup>60</sup> Кочої С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 98.

<sup>61</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 148–149.

<sup>62</sup> Як зазначає Н.О. Антонюк, фактично у це словосполучення науковці, які його використовують, закладають те ж значення і ті ж ознаки, що раніше (у період чинності КК 1960 р.) вкладались у поняття «розкрадання». Використання родового поняття «розкрадання» у теорії кримінального права є виправданим і доцільним, оскільки це поняття: допомагає відмежовувати конкретні форми розкрадання від суміжних складів злочинів; допомагає під час кримінально-правової кваліфікації, оскільки встановлення ознак розкрадання передбачає пошук норми, за якою буде проводитись кваліфікація, лише серед статей, що передбачають конкретні форми розкрадання; забезпечує побудову чіткої, структурної і логічної системи складів злочинів проти власності (Антонюк Н.О. «Розкрадання – необхідне кримінально-правове поняття чи пережиток минулого? // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тація (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 351–354).

<sup>63</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 491–492.

правовій літературі є класифікація злочинів проти власності залежно від мотиваційної спрямованості на корисливі та некорисливі посягання на власність<sup>64</sup>. Утім попри значну поширеність і традиційність цієї класифікації злочинів проти власності вважаємо її значною мірою умовною. Так, якщо прихильники такої класифікації мають на увазі юридичні склади злочинів проти власності, то виділення корисливих і некорисливих посягань на власність не в повній мірі відповідає змісту кримінального закону (йдеться про те, що визнання корисливого мотиву обов'язковою ознакою крадіжки, грабежу, розбою, вимагання, шахрайства тощо призводить до поширювального тлумачення кримінального закону та, відповідно, до обмеження сфери застосування норм, покликаних захищати власність в Україні). Якщо ж такий поділ стосується посягань на власність як явищ реальної дійсності, то віднесення злочинів, передбачених статтями 194, 194-1, 195, 196, 197 КК, до некорисливих є далеко не безспірним.

У зв'язку з цим вважаємо, що для класифікації злочинів проти власності необхідно використовувати такий критерій, який би дозволив поділити склади злочинів, передбачених розділом VI Особливої частини КК, на чітко визначені групи. Зокрема, всі посягання на власність можна було б класифікувати за змістом (характером) вчинюваного діяння, однак у такому разі, як показав аналіз об'єктивних ознак злочинів проти власності, класифікація була б дуже складною та мала б щонайменше 15 груп. Прийнятною видається класифікація розглядуваних складів злочинів за суб'єктом злочину на: злочини проти власності із загальним суб'єктом (статті 185–190, 192–196, 197-1, 198 КК) і злочини проти власності зі спеціальним суб'єктом (статті 191 і 197 КК). Як вже зазначалось раніше, залежно від віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, усі злочини, передбачені розділом VI Особливої частини КК, можна поділити на злочини проти власності, за вчинення яких кримінальна відповідальність настає з 16 років (ч. 1 ст. 194, статті 188-1, 190–193, 194-1–198 КК) і злочини проти власності, за вчинення яких кримінальна відповідальність настає з 14 років (ч. 2 ст. 194, статті 185–187, 189 КК). Найбільш простою ж і такою, що відповідає потребам системного розуміння і засвоєння законодавчого матеріалу, вважаємо класифікацію суспільно-небезпечних посягань на власність за формою вини на: 1) умисні зло-

<sup>64</sup> Матьшевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юриком, 1996. – С. 21–22; Кочої С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 98; Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 68.



чини проти власності (статті 185–195, 197-1, 198 КК); 2) необережні злочини проти власності (статті 196, 197 КК).

## 8.2. Умисні злочини проти власності

**Крадіжка** (ст. 185 КК). Згідно з положеннями кримінального закону крадіжка – це таємне викрадення чужого майна<sup>65</sup>. Кримінально-правова заборона цього діяння, як відомо, розташована на першому місці в системі норм, що покликані захищати право власності, хоча крадіжка й не належить до найбільш суспільно небезпечних посягань на нього. Розташування норми, яка передбачає кримінальну відповідальність за крадіжку на початку VI розділу Особливої частини КК пояснюється тим, що крадіжка, з одного боку, є «найстарішим», а з іншого – найтипівішим злочином проти власності<sup>66</sup>.

**Суспільна небезпека** крадіжки полягає у тому, що, вчиняючи її, винна особа позбавляє власника можливості володіти, користуватися та, як правило, розпоряджатися своїм майном, тобто тих трьох, гарантованих ч. 1 ст. 41 Конституції України повноважень, які в сукупності й утворюють право власності. Таким чином, основним безпосереднім об'єктом складу злочину, передбаченого ст. 185 КК, є право власності.

**Предметом злочину**, передбаченого ст. 185 КК, може виступати будь-яке чуже майно. Разом з тим ним не може бути електрична або теплова енергія, оскільки кримінальна відповідальність за викрадення цього майна настає за ст. 188-1 КК

З **об'єктивної сторони** крадіжка характеризується таємним викраденням чужого майна.

*Так, розглянувши кримінальну справу по обвинуваченню М., Київський районний суд м. Полтави встановив, що М., перебуваючи у вагоні потягу сполученням «Мінськ-Феодосія», скориставшись відсутністю пасажирів у купе, повторно (підсудний мав непогашену судимість за раніше вчинені злочини), умисно, з корисливою метою, таємно викрав мобільний телефон марки «Соні Еріксон К 850і», чим спричинив власнику матеріальну шкоду на суму 2160 грн., мобільний телефон марки «Самсунг Г 600», чим спричинив*

<sup>65</sup> Слід звернути увагу, що визначення крадіжки як таємного викрадення чужого майна властиве лише кримінальному законодавству країн СНД (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. / Под общ. и науч. ред. С.П. Шербы. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. – С. 195, с. 199, с. 200).

<sup>66</sup> Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 236–238.

*власнику матеріальну шкоду на суму 1800 грн. та мобільний телефон марки «Нокія 7373», чим спричинив власнику матеріальну шкоду на суму 1162 грн. 50 коп. Відповідно, місцевий суд визнав М. винним у таємному викраденні чужого майна (крадіжці), вчиненій повторно, і кваліфікував його дії за ч. 2 ст. 185 КК<sup>67</sup>.*

Таємність, як спосіб учинення крадіжки, в теорії та на практиці традиційно розглядається через призму двох критеріїв: об'єктивного та суб'єктивного<sup>68</sup>.

**Об'єктивний критерій** таємності викрадення чужого майна характеризує зовнішню обстановку вчинюваного діяння, як такого, що вчиняється за відсутності сторонніх осіб або непомітно для них. Розгляд об'єктивного критерію таємності з урахуванням напрацювань криміналістів у цій царині<sup>69</sup> дозволяє дійти висновку, що викрадення чужого майна є таємним, якщо воно вчиняється:

1) за відсутності будь-яких осіб (власників; осіб, яким ввірене чи під охороною яких перебуває майно; інших сторонніх осіб);

2) у присутності сторонніх осіб, які не спостерігають за вчинюваним викраденням або воно вчиняється непомітно для них (наприклад, викрадення у присутності особи, яка заклопотана своїми справами; знаходить у стані сильного алкогольного чи наркотичного сп'яніння; спить; непритомна тощо);

3) у присутності сторонніх осіб, які спостерігають за вчинюваним, однак вони:

а) через вік, особливості інтелектуального розвитку, фізичні чи психічні вади не усвідомлюють факту викрадення майна і не можуть дати йому належної оцінки (психічно хворі, малолітні тощо);

б) через певні об'єктивні або суб'єктивні обставини не вважають вчинюване викраденням

<sup>67</sup> Архів Київського районного суду м. Полтави. Справа № 1-553/2008 за 2008 р.

<sup>68</sup> Владимиров В. А., Ляпунов Ю.И. Ответственность за корыстные посягательства на социалистическую собственность. – М.: Юридическая литература, 1986. – С. 98–102; Матшевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 47–48; Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 136–137; Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 238–246; Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – Київ: Атіка, 2001. – С. 460–461.

<sup>69</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – Київ: Атіка, 2001. – С. 460–461; Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 312; Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 238–246; Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 937–938.

(наприклад, особа, одягнена як співробітник магазину, в присутності відвідувачів бере товар із полицки та виходить з магазину)<sup>70</sup>;

4) у присутності осіб, на потурання з боку яких розраховує винний (такими особами можуть бути рідні, друзі, гарні знайомі, особи з якими винний раніше скоював злочин, співучасник цього ж злочину тощо).

*Вироком Соснівського районного суду м. Черкаси дії Р., Б. та Н. було кваліфіковано за ч. 2 ст. 185 КК як таємне викрадення чужого майна, вчинене за попередньою змовою групою осіб. Суд установив, що Р., Б. та Н. на ґрунті раптово виниклих неприязних відносин заподіяли потерпілому Ш. легкі тілесні ушкодження, що спричинили короткочасний розлад здоров'я, у результаті яких останній втратив свідомість. Підсудні, зрозумівши, що потерпілий лежить без свідомості і не може спостерігати за їхніми діями та здійснювати охорону свого майна, помітили, що на землі біля нього лежать особисті речі. Домовившись про таємне заволодіння цими речами, Н. підійшов до потерпілого та, переконавшись, що останній, дійсно, перебуває без свідомості, почав спостерігати за наближенням сторонніх осіб, під час чого Р. взяв особисті речі потерпілого Ш. Таким чином, Р., Б. та Н. таємно, умисно і з корисливих спонукань викрали майно на загальну суму 7450 грн., яке належало потерпілому Ш.<sup>71</sup>*

Кваліфікація судом першої інстанції факту викрадення за ч. 2 ст. 185 КК видається вірною. На наявність таких притаманних крадіжці ознак, як ненасильницьке і таємне заволодіння чужим майном вказує, зокрема, те, що: по-перше, умисел на заволодіння майном потерпілого виник у винних вже після заподіяння легких тілесних ушкоджень; по-друге, під час протиправного заволодіння особистим майном потерпілий перебував у несвідомому стані. Водночас викликає подив ігнорування в обвинувальному вирокі факту групового заподіяння потерпілому легких тілесних ушкоджень, що спричинили короткочасний розлад здоров'я, – тобто вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 125 КК. Очевидно, що на підставі положень ст. 33 КК зазначене діяння утворює разом із таємним викраденням чужого майна реальну сукупність злочинів

*Суб'єктивний критерій таємності викраден-*

<sup>70</sup> Ні пасажирки, які перебували у залі очікування Південного залізничного вокзалу у Полтаві, ні працівники вокзалу не засумнівалися у тому, що двоє молодих хлопців, одягнених у фірмовий робочий одяг працівників сервісного центру «Самсунг», виконують свої виробничі обов'язки, коли вони на виду у всіх демонтували і намагались вивезти із приміщення вокзалу 4 плазмові телевізори (Студенти... «на заробітках» // Урядовий кур'єр. – 22 листопада 2007 р. – № 219).

<sup>71</sup> Архів Соснівського районного суду м. Черкаси. Справа 1-434/10 за 2010 р.

ня чужого майна відображає внутрішнє ставлення винного до скоюваного ним діяння, як такого, що вчиняється за відсутності сторонніх осіб або непомітно для них. Слід зазначити, що і теорія, і судова практика суб'єктивний критерій вважають визначальним у вирішенні питання про таємність чи відкритість викрадення чужого майна<sup>72</sup>. Так, у абз. 1 п. 3 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» зазначається, що крадіжка (таємне викрадення чужого майна) – це викрадення, здійснюючи яке, винна особа вважає, що робить це непомітно для потерпілого чи інших осіб. Розвиваючи це положення, Пленум ВСУ в абз. 3 п. 3 зазначеної постанови, вказав, що викрадення належить кваліфікувати як крадіжку не лише тоді, коли воно здійснюється за відсутності потерпілого, але й у присутності сторонніх осіб, які не усвідомлюють факту викрадення майна і не можуть дати йому належної оцінки (психічно хворі, малолітні). Викрадення є таємним і в тому разі, коли воно відбувається у присутності потерпілої особи за умови, що винна особа не знає про це чи вважає, що робить це непомітно для неї, а також тоді, коли викрадення вчиняється у присутності особи, якій доручено майно, але вона перебуває в такому стані, що виключає можливість усвідомлювати значення того, що відбувається (сон, непритомність, стан сп'яніння) (курсив і підкреслення наші – авт.).

В цілому погоджуючись із наведеною думкою Пленуму ВСУ, слід зазначити, що таємним вважається викрадення, яке відбувається у присутності не лише потерпілої особи (за умови, що винна особа не знає про це чи вважає, що робить це непомітно для неї), а й у присутності будь-яких інших осіб, адже в іншому разі ігноруватиметься загально визнаний підхід до визначення змісту крадіжки. Так, викрадаючи майно зі складу в той час, коли сторожа немає на місці, злодій упевнений, що його дії є непомітними для сторонніх. Утім у тому випадку, якщо буде встановлено, що сторож (праву власності якого шкода не завдається) повернувся в момент викрадення, однак сховався від злодія і спостерігав за викраденням на відстані чи зі схованки, то вчинюване все рівно слід кваліфікувати як крадіжку.

Крадіжка є *закінченою з моменту*, коли винна особа вилучила майно і мала реальну можливість розпоряджатися чи користуватися ним.

<sup>72</sup> Владимиров В. А., Ляпунов Ю.И. Ответственность за корыстные посягательства на социалистическую собственность. – М.: Юридическая литература, 1986. – С. 101; Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 136; Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 245.

Слід погодитися з М.І. Мельником і О.О. Дудоровим у тому, що визначення того, чи мала особа можливість розпорядитися або користуватися викраденим майном, має вирішуватися у кожному конкретному випадку з урахуванням характеру майна (зокрема, його властивостей, розміру, ваги), місця, з якого воно було вилучено (територія заводу, сільськогосподарські угіддя, сейф, магазин тощо) та інших обставин, які дають змогу констатувати факт розпорядження, користування майном на власний розсуд (спосіб охорони майна, механізм вилучення майна, момент затримання винної особи тощо)<sup>73</sup>.

Вважаємо, що, вирішуючи питання про момент закінчення крадіжки слід брати до уваги й наміри винного щодо розпорядження чи використання майна, що викрадається. Наприклад, якщо працівник м'ясокомбінату таємно викрав два кілограми дорогої ковбаси для того, щоб поснідати на території підприємства, то вчинене слід розглядати як закінчену крадіжку з моменту, коли він отримав таку можливість (як правило – у момент заволодіння цим майном). Якщо ж зазначений працівник викрав ковбасні вироби з метою їх реалізації поза територією м'ясокомбінату, то вчинене слід розглядати як закінчений злочин лише з того моменту, коли ця особа залишила територію підприємства (зокрема, коли пройшла КПП, якщо він є).

Якщо ж особа, котра протиправно заволоділа майном, не мала реальної можливості розпоряджатися чи користуватися ним, то її дії слід розглядати залежно від обставин справи як закінчений чи незакінчений замах на вчинення відповідного злочину. Закінченим замахом на крадіжку є дії особи, яка викрала майно, але одразу була викрита (абз. 2 п. 4 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»).

Так, вироком обласного суду Автономної Республіки Крим за ст. 86-1 1960 року були засуджені Т. і Г., які, діючи за попереднім зговором групою осіб, шляхом використання фіктивних документів і введення в оману працівників Севастопольського моррибпорту і служби маркетингу викрали з транспортного рефрижератора, належного «Південтранзбуту», 98 мішків рибної муки вагою 3920 кг, яку намагались вивезти автомобілем «МАЗ-200». Судова колегія в кримінальних справах ВСУ перекваліфікувала дії засуджених на ч. 2 ст. 17 – ст. 86-1 КК 1960 року і

<sup>73</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 502; Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Є.О. Дідоренка, 2010. – С. 938.

вказала у своїй ухвалі на неправильність висновку обласного суду про те, що Т. і Г. здійснили свій намір до кінця і мали можливість сховати, передати на збереження або продати викрадену продукцію. Відповідно до нормативів, які діють на території порту, увесь автотранспорт підлягає огляду контролерами охорони з метою недопущення незаконного вивезення матеріальних цінностей. Оскільки Т. і Г. були затримані на території порту, до під'їзду ними до КПП, слід визнати, що вони не мали реальної можливості скористатись викраденим<sup>74</sup>.

Дії, розпочаті як крадіжка, але виявлені потерпілим чи іншими особами і, незважаючи на це, продовжені винною особою з метою заволодіння майном, належить кваліфікувати як грабіж, а в разі застосування насильства чи висловлювання погрози його застосування – залежно від характеру насильства чи погрози – як грабіж чи розбій (абз. 3 п. 4 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»).

Вироком Трускавецького міського суду Львівської області К. визнано винним у вчиненні відкритого викрадення чужого майна (грабежу). Суд установив, що К., перебуваючи на автомобільній стоянці торгового центру, будучи у нетверезому стані, вирішив викрасти плафон ліхтаря зовнішнього освітлення автомобільної стоянки. Із цією метою К. підійшов до стовпця огорожі та двома руками відкрив скляний плафон, однак у цей час був помічений охоронцями торгового центру. Один із охоронців почав вимагати від К. повернути плафон, однак К., усвідомивши факт свого викриття, втік із викраденим майном, заподіявши власнику матеріальну шкоду у розмірі 20 грн. Суд кваліфікував дії К. за ч. 1 ст. 186 КК<sup>75</sup>.

У таких випадках має місце так зване «переростання» («перетворення», «трансформація») крадіжки у більш небезпечний злочин проти власності (іноді таку ситуацію називають викраденням при «змішаному способі учинення злочину»)<sup>76</sup>. При цьому, як слушно зауважує Н.О. Лопашен-

<sup>74</sup> Практика судів України у кримінальних справах. 1993–1995 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1996. – № 3. – С. 69–70.

<sup>75</sup> Архів Трускавецького міського суду Львівської області. Справа № 1-92 за 2009 р.

<sup>76</sup> Традиційно вважається, що у випадках «трансформації» одного злочину в інший, остаточна кваліфікація має відбуватися лише за тією нормою, яка передбачає «трансформований» злочин. Утім, така точка зору не є загально визнаною. Наприклад, К.П. Задоя вважає, що трансформація злочинної поведінки повинна кваліфікуватися за правилами сукупності злочину – як незакінчений злочин одного виду (різновиду) (первинний злочин) і закінчений (незакінчений) злочин іншого виду (різновиду) (трансформований злочин) (Задоя К. Юридична природа трансформації злочинної поведінки та правий її кваліфікації // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 11. – С. 109–112).



ко, зазначене «переростання» можливе лише за умов, що: 1) викрадення було почате як таємне; 2) у процесі вилучення чужого майна або пізніше, однак до закінчення викрадення, воно було виявлено сторонніми особами; 3) не дивлячись на це, винний не залишив свого наміру вилучити майно та продовжив процес викрадення<sup>77</sup>.

Із цього випливає, що «переростання» однієї форми викрадення в іншу не відбувається у тих випадках, коли виявлена особа відмовляється від свого наміру продовжувати викрадення<sup>78</sup>. Зокрема в тому разі, якщо злодій залишить вже таємно вилучене ним майно на місці свого викриття, то скоєне слід кваліфікувати як замах на крадіжку.

Утім у судовій практиці трапляються випадки неправильної кваліфікації дій винних осіб за розгляданих обставин справи.

*Так, Ізяславський районний суд Хмельницької області вироком від 29 березня 2006 року визнав винним П. за ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 186 КК та призначив йому відповідне покарання. Як свідчать матеріали справи, з метою викрадення чужого майна П. проник у вчительську кімнату, де намагався таємно викрасти чуже майно, однак його дії були помічені прибиральницею, яка намагалася затримати зловмисника. Останній, усвідомлюючи викриття своїх дій, залишив майно й утік. Місцевий суд такі дії П. кваліфікував за ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 186 КК як замах на відкрите викрадення чужого майна, обґрунтовуючи це тим, що його дії розпочаті як таємне викрадення, переросли у відкрите. Апеляційний суд Хмельницької області, розглянувши апеляційну скаргу, виніс ухвалу, якою змінив вирок районного суду та перекваліфікував дії П. з ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 186 КК на ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 185 КК<sup>79</sup>.*

У цьому випадку місцевий суд, кваліфікувавши дії П., допустив помилку, адже не врахував, що винний не намагався втекти з чужим майном, хоча, як свідчать матеріали справи, мав таку можливість. Тобто обставини скоєного діяння свідчать про те, що винний (враховуючи той факт, що його дії помічені), відмовився від свого наміру продовжувати викрадення.

Не відбувається «переростання» крадіжки у більш небезпечний злочин проти власності й у тих випадках, коли виявлений злодій вже мав реальну можливість розпорядитися чи користуватися таємно вилученим майном, однак застосував насильство до особи, яка її виявила, з метою уник-

нення затримання чи утримання викраденого майна. У такому випадку все вчинене слід кваліфікувати за сукупністю ст. 185 КК з тією нормою, яка передбачає кримінальну відповідальність за застосований вид насильства до особи.

**Суб'єктом злочину**, передбаченого ст. 185 КК, може бути фізична осудна особа, яка досягла 14-річного віку.

**Суб'єктивна сторона** крадіжки характеризується прямим умислом.

Вчиняючи крадіжку особа усвідомлює, що таємно викрадає чужу власність, порушуючи цим правові та етичні норми суспільства щодо неприпустимості таких дій, передбачає спричинення матеріальної шкоди власнику чи законно володільцю і бажає настання цієї шкоди.

Слід звернути увагу, що суб'єктивною стороною цього злочину охоплюється й переконаність винного у тому, що вчинюване викрадення об'єктивно є таємним (за відсутності будь-яких осіб; у присутності сторонніх осіб, які не спостерігають за вчинюваним викраденням або воно вчиняється непомітно для них; у присутності сторонніх осіб, які спостерігають за вчинюваним, однак через вік, фізичні чи психічні вади не усвідомлюють факту викрадення майна і не можуть дати йому належної оцінки або через певні об'єктивні або суб'єктивні причини не вважають вчинюване викраденням; у присутності осіб, на потурання з боку яких розраховує винний).

**Кваліфікованими видами** розглядуваного злочину є 1) крадіжка, вчинена повторно; 2) крадіжка, вчинена за попередньою змовою групою осіб; 3) крадіжка, поєднана з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище; 4) крадіжка, яка завдала значної шкоди потерпілому; 5) крадіжка у великих розмірах; 6) крадіжка в особливо великих розмірах; 7) крадіжка, вчинена організованою групою<sup>80</sup>.

Крадіжку слід відмежовувати від грабежу, в першу чергу, за способом вчинення викрадення. Якщо крадіжка – це викрадення, здійснюючи яке, винна особа вважає, що робить це непомітно для потерпілого чи інших осіб, то грабіж – це відкрите викрадення чужого майна у присутності потерпілого або інших осіб, які усвідомлюють протиправний характер дій винної особи, яка у свою чергу усвідомлює, що її дії помічені і оцінюються як викрадення.

Таємне викрадення майна (крадіжку) слід також відмежовувати від привласнення чужого майна (однієї з форм злочину, передбаченого ч. 1 ст. 191 КК). При цьому слід мати на увазі, що, поперше, привласнення чужого майна може бути вчинено лише особою, якій воно було ввірене чи

<sup>77</sup> Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 249.

<sup>78</sup> Там само.

<sup>79</sup> Практика розгляду судами справ про злочини проти власності / Підг. до друку С.М. Міщенком і В.В. Антошуком // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2 (102). – С. 20.

<sup>80</sup> Зміст усіх зазначених кваліфікуючих ознак розкривається у першому параграфі цієї глави.

перебувало в її віданні, а по-друге, – лише шляхом утримання (неповернення) такого майна. Тому таємне викрадення чужого майна особою, яка не була наділена певною правомочністю щодо нього, або особою, яка, хоч і була наділена певною правомочністю щодо такого майна, однак у конкретному випадку цим майном не користувалася, слід кваліфікувати за ст. 185 КК.

**Грабіж** (ст. 186 КК)<sup>81</sup>. Суспільна небезпека грабежу, як і крадіжки, в першу чергу, полягає у тому, що, вчиняючи його, винна особа позбавляє власника можливості володіти, користуватися та, як правило, розпоряджатися своїм майном. Однак, на відміну від крадіжки, визначальною ознакою цієї форми викрадення є його відкритий характер, тобто коли викрадення вчиняється заздалегідь очевидно, помітно для інших осіб (власників; осіб, яким ввірене чи під охороною яких перебуває майно; сторонніх осіб). Відкритий спосіб викрадення майна істотно підвищує суспільну небезпеку викрадення (порівняно з крадіжкою), адже винний не приховує свого наміру протиправно заволодіти чужим майном проти волі власника чи особи, у віданні чи під охороною якої перебуває майно, а також ігнорує думку очевидців. Відкритість викрадення свідчить про зухвалість грабіжника, який нехтує небезпечністю свого вкриття (адже свідомо йде на ризик затримання на місці злочину), та прилюдно ігнорує правові та етичні заборони в цій сфері суспільного життя<sup>82</sup>. Слід зазначити, що відкритий характер викрадення настільки підвищує його суспільну небезпечність, що, на відміну від викрадень, передбачених статтями 185, 190, 191 КК, законодавець не вважає за можливе застосовувати адміністративну відповідальність за грабіж, вчинений у незначних розмірах.

**Основним безпосереднім об'єктом грабежу є право власності.** Якщо ж грабіж поєднаний з насильством (яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого) або з погрозою застосування такого насильства, то спричиняється істотна шкода (чи створюється реальна загроза спричинення такої шкоди) здоров'ю потерпілого, його волі тощо,

<sup>81</sup> Слід зазначити, що законодавству переважної більшості країн романо-германської правової сім'ї поняття грабежу невідоме. Це обумовлено тим, що в більшості цих країн система злочинів проти власності виглядає інакше: ненасильницький грабіж охоплюється поняттям «крадіжка», а всі види насильницького викрадення охоплюються поняттям «розбою», «пограбування» тощо (детальніше про це див.: Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. – С. 214).

<sup>82</sup> Владимиров В. А., Ляпунов Ю.И. Ответственность за корыстные посягательства на социалистическую собственность. – М.: Юридическая литература, 1986. – С. 103–104.

які виступають *додатковими об'єктами* складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 186 КК.

З об'єктивної сторони грабіж характеризується *відкритим* викраденням чужого майна. Відкритість, як і таємність (як спосіб учинення крадіжки), має об'єктивний та суб'єктивний критерії.

*Об'єктивний критерій* відкритості викрадення чужого майна полягає в тому, що таке викрадення вчиняється у присутності сторонніх осіб (власників; осіб, яким ввірене чи під охороною яких перебуває майно; інших осіб), які усвідомлюють протиправний характер дій винної особи.

Саме тому не є грабежем викрадення: а) у присутності сторонніх осіб, які не спостерігають за вчинюваним викраденням, або якщо воно вчиняється непомітно для них; б) у присутності сторонніх осіб, які спостерігають за вчинюваним, однак через вік, особливості інтелектуального розвитку, фізичні чи психічні вади вони не усвідомлюють факту викрадення майна і не можуть дати йому належної оцінки або якщо через певні об'єктивні чи суб'єктивні обставини не вважають вчинюване викраденням.

Не можна вважати грабежем і таке викрадення, яке вчиняється у присутності осіб, на потурання з боку яких розраховує винний (рідні, друзі, гарні знайомі, особи з якими винний раніше скоював злочин, співучасник цього ж злочину тощо).

*Суб'єктивний критерій* відкритості викрадення чужого майна передбачає, що винний усвідомлює той факт, що його дії помічені сторонніми особами (власником; особою, якій ввірене чи під охороною якої перебуває майно; іншою особою) і оцінюються ними як викрадення.

На існування та необхідність встановлення обох зазначених критеріїв таємності наголошується й у постанові Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності», в абз. 2 п. 3 якої зазначається таке: грабіж – це відкрите викрадення чужого майна у присутності потерпілого або інших осіб, які усвідомлюють протиправний характер дій винної особи, яка у свою чергу усвідомлює, що її дії помічені і оцінюються як викрадення.

Слід зазначити, що попри істотну значущість обох критеріїв для характеристики викрадення як такого, що є таємним чи відкритим, визначальним є саме суб'єктивний критерій. Тому навіть у тих випадках, коли викрадення відбувається у присутності сторонніх осіб, які усвідомлюють протиправний характер вчинюваного, однак сама винна особа не знає про це чи вважає, що робить викрадення непомітно для сторонніх осіб, вчинене слід розглядати як таємне викра-

дення майна. У тому ж разі, коли винний помилково вважає, що його дії помічені сторонніми особами та оцінюються ними як викрадення, а фактично цього немає, вчинене слід кваліфікувати як грабіж. Таку точку зору щодо кваліфікації зазначених дій висловлюють також Г.Є. Болдарь<sup>83</sup>, В.О. Владіміров<sup>84</sup>, М.Й. Коржанський<sup>85</sup>, Л.М. Кривоченко<sup>86</sup> та більшість дослідників цього питання.

Системний аналіз положень ст. 186 КК дозволяє зробити висновок, що ч. 1 зазначеної статті передбачає кримінальну відповідальність лише за вчинення так званого «ненасильницького грабежу», тобто за вчинення відкритого викрадення чужого майна без застосування насильства або погрози його застосування.

До різновидів такого грабежу можна віднести:

1) відкрите викрадення чужого майна без будь-яких елементів впливу на сторонніх для винного осіб (у т. ч. й тих осіб, у віданні чи під охороною яких знаходиться майно). У таких випадках сторонні особи виступають ніби «спостерігачами» вчинюваного викрадення, а їх особисті немайнові блага (тілесна недоторканість, воля, честь, гідність, ділова репутація тощо) не зазнають негативного впливу з боку грабіжника;

2) відкрите викрадення чужого майна, пов'язане з психічним впливом на сторонніх для винного осіб (у першу чергу тих осіб, у віданні чи під охороною яких знаходиться майно), який за своїм змістом не є погрозою застосування насильства.

Йдеться про такий психічний вплив, за допомогою якого винний намагається:

а) полегшити процес викрадення майна. Наприклад, у людному місці за допомогою піротехнічних засобів винна особа відволікає увагу переважної більшості очевидців, що полегшує йому процес викрадення майна та дозволяє залишити місце вчинення злочину незатриманим;

б) примусити особу, яка утримує чи охороняє майно, передати це майно. З цією метою винний

може вдатися до наполегливого «переконання» цієї особи передати майно грабіжнику добровільно; висловити на її адресу образливі висловлювання (з метою залякування чи виклику стану розпачу); погрожувати звільненням із роботи, створенням перешкод у отриманні освіти чи проходженні військової служби тощо;

в) зробити так, щоб особа, у віданні чи під охороною якої знаходиться майно, не чинила опору винному у реалізації його злочинного наміру. Наприклад, керівник державного підприємства, погрожуючи звільненням із роботи особі, під охороною якої знаходиться майно (у разі вчинення опору), відкрито та безперешкодно заволодіває державним майном;

3) відкрите викрадення чужого майна, пов'язане з фізичним впливом на сторонніх для винного осіб (у першу чергу тих осіб, у віданні чи під охороною яких знаходиться майно), який за своїм змістом не є застосуванням насильства. Маються на увазі такі випадки, коли винний спрямовує усі свої зусилля на вилучення чужого майна, а фізичний вплив на потерпілого чи інших осіб є лише похідним наслідком цих дій. Найчастіше такий фізичний вплив має місце у випадках вчинення грабежу за допомогою так званого «ривку», коли грабіжник вихоплює з рук сумку, портфель чи інше майно, зриває з голови шапку, з руки годинник тощо<sup>87</sup>. Як правило, в таких випадках фізичний вплив на тіло особи незначний і не завдає істотної шкоди її здоров'ю. Щоправда, можлива й така ситуація, коли в результаті «ривку» здоров'ю особи буде завдана істотна шкода з необережності (наприклад, у результаті вихоплення сумки особа втрачає рівновагу, падає та зазнає середньої тяжкості тілесних ушкоджень). Вирішуючи питання щодо правової оцінки таких дій, слід виходити з того, що, оскільки шкода здоров'ю потерпілого завдається з необережності (тобто завдана шкода не була засобом заволодіння чи утримання майна), дії винного слід кваліфікувати за сукупністю злочинів як ненасильницький грабіж (ч. 1 ст. 186 КК) та заподіяння з необережності тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження (ст. 128 КК).

4) відкрите викрадення чужого майна, пов'язане і з психічним, і з фізичним впливом на сторонніх для винного осіб (у першу чергу тих осіб, у віданні чи під охороною яких знаходиться майно), який за своїм змістом не є застосуванням насильства або погрозою його застосування.

<sup>83</sup> Кваліфікація злочинів: Навчальний посібник / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – С. 277.

<sup>84</sup> Владимиров В. А., Ляпунов Ю.И. Ответственность за корыстные посягательства на социалистическую собственность. – М.: Юридическая литература, 1986. – С. 107–108.

<sup>85</sup> Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів. Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2007. – С. 232–233.

<sup>86</sup> Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін. / За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х.: «Одіссей», 2007. – С. 498; Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 153.

<sup>87</sup> О.І. Дитріх зазначає, що «при кваліфікації способу грабежу шляхом фізичного виривання майна (так званого «ривку»), необхідно враховувати спрямованість, інтенсивність і мету фізичного насильства, що застосовуються винним» (Дитріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 8).



Йдеться про випадки, яким притаманні ознаки, проаналізовані нами як в 2, так і 3 пунктах (наприклад, один із співучасників кличе особу, в результаті чого вона повертає голову убік, а інший, використовуючи цю ситуацію, вириває з її рук портфель).

Слід пам'ятати, що дії, розпочаті як крадіжка, але виявлені потерпілим чи іншими особами і, незважаючи на це, продовжені винною особою з метою заволодіння майном, треба кваліфікувати як ненасильницький грабіж.

Грабіж, як і крадіжка, є закінченим з моменту, коли винна особа вилучила майно і мала реальну можливість розпоряджатися чи користуватися ним.

**Суб'єктом злочину**, передбаченого ст. 186 КК, може бути фізична осудна особа, яка досягла 14-річного віку.

**Суб'єктивна сторона** грабежу характеризується прямим умислом.

Вчиняючи грабіж, особа усвідомлює, що відкрито викрадає чужу власність, порушуючи цим правові та етичні норми суспільства щодо неприпустимості таких дій, передбачає спричинення матеріальної шкоди власнику чи законному володільцю і бажає настання цієї шкоди.

**Кваліфікованими видами** розглядуваного злочину є 1) грабіж, поєднаний з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства (насильницький грабіж); 2) грабіж, учинений повторно; 3) грабіж, учинений за попередньою змовою групою осіб; 4) грабіж, поєднаний з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище; 5) грабіж, що завдав значної шкоди потерпілому; 6) грабіж, учинений у великих розмірах; 7) грабіж, учинений в особливо великих розмірах; 7) грабіж, учинений організованою групою.

**Насильницький грабіж**, як один із кваліфікованих видів цього злочину, може бути двох видів: 1) грабіж, поєднаний з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого; 2) грабіж, поєднаний з погрозою застосування насильства, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого.

Грабіж, поєднаний з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, – це грабіж, поєднаний з умисним заподіянням легкого тілесного ушкодження, що не спричинило короточасного розладу здоров'я або незначної втрати працездатності, а також вчинення інших насильницьких дій (завдання удару, побиттів, незаконне обмеження чи позбавлення волі) за умови, що вони не були небезпечними для життя чи здоров'я в момент заподіяння.

Зазначені насильницькі дії, вчинені під час грабежу, повністю охоплюються ч. 2 ст. 186 КК та

додаткової кваліфікації за іншими статтями КК не потребують (п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»).

Слід погодитися з П.С. Матишевським<sup>88</sup> і М.І. Мельником<sup>89</sup> у тому, що застосування до особи без її згоди наркотичних засобів, психотропних, отруйних або сильнодіючих речовин (газів) з метою заволодіння чужим майном належить розглядати як насильство і, якщо воно не було небезпечним для її життя або здоров'я, кваліфікувати такі дії за ч. 2 ст. 186 КК<sup>90</sup>.

Грабіж, поєднаний з погрозою застосування насильства, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, – це грабіж, поєднаний з залякуванням потерпілого негайним застосуванням до нього зазначеного фізичного насильства. Таке залякування може бути усним, письмовим, вираженим у конклюдентних діях тощо.

Висловлюючи погрозу, грабіжник може конкретизувати зміст фізичного насильства, а може й ні. У тих випадках, коли заволодіння майном поєднане з погрозою застосування насильства, яке носить невизначений характер, питання про кваліфікацію вчиненого як насильницький грабіж чи розбій слід вирішувати виходячи зі спрямованості умислу винної особи та суб'єктивного сприйняття погрози потерпілим. При цьому слід брати до уваги й інші обставини справи: місце, час та обстановку вчинення злочину, кількість осіб, які вчиняли викрадення, характер предмету (предметів), якими погрожував винний, зміст та характер дій винного, які свідчили про намір застосувати фізичне насильство тощо<sup>91</sup>. Якщо ж зміст неконкретизованої погрози встановити неможливо, а, отже, й неможливо встановити характер погрози фізичного насильства як такого що є (чи, навпаки, не є) небезпечним для життя або здоров'я потерпілого, то вчинене слід кваліфікувати як насильницький грабіж. Кваліфікація має бути саме такою, оскільки в іншому разі (при кваліфікації вчиненого як розбою) ігноруватиметься принцип суб'єктивного інкримінування, а винний безпідставно буде притягнений до кримінальної відповідальності за вчинення більш небезпечного злочину.

<sup>88</sup> Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.И. Антипов и др. / Отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. – К.: А.С.К., 2003. – С. 433.

<sup>89</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 504.

<sup>90</sup> Детальніше про це йтиметься під час аналізу складу злочину, передбаченого ст. 187 КК.

<sup>91</sup> Матишевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 61.

У будь-якому разі суд має взяти всіх можливих заходів до встановлення змісту висловленої погрози та обґрунтувати свій висновок щодо характеру висловленої погрози як такої, що є (чи не є) небезпечною для життя чи здоров'я потерпілого. На жаль, суди не завжди виконують цю вимогу.

Так, *Ленінський районний суд м. Вінниці вироком від 21 грудня 2006 року визнав М. винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 186 КК, і призначив йому відповідне покарання. Як зазначається у вироку, М., погрожуючи спричинити тілесні ушкодження потерпілому Д., відкрито викрав у нього годинник. Проте суд у зазначеному вироку не вказав, в яких саме діях М. виражалася погроза застосування насильства до потерпілого, завданням яких саме ушкоджень погрожував винний; також суд у вироку не конкретизував інформацію про спрямованість умислу винної особи та суб'єктивне сприйняття цієї погрози самим потерпілим. Тому не зрозуміло, чому дії винного кваліфіковані за ч. 2 ст. 186 КК, а не за ч. 1 ст. 187 КК<sup>92</sup>.*

Слід мати на увазі, що фізичне та психічне насильство при насильницькому грабежі – це завжди умисні дії грабіжника, спрямовані або 1) на вилучення майна (у цьому разі вони передують безпосередньому вилученню майна або здійснюються одночасно з ним), або 2) на утримання вже вилученого майна, однак до моменту реальної можливості розпорядитися чи користуватися ним (вчиняються вже після вилучення майна). Тобто при насильницькому грабежі фізичне або психічне насильство виступають засобом вилучення або утримання майна.

Саме тому крадіжка або ненасильницький грабіж можуть «перерости» в насильницький грабіж лише в тому разі, якщо до моменту закінчення відповідного злочину винна особа застосує фізичне або психічне насильство виключно для досягнення зазначених цілей. Тому, наприклад, коли почате таємне викрадення гаманця з кишені перехожого було помічено останнім, а винний, усвідомлюючи це, та з метою вилучення або утримання вже вилученого майна (до настання моменту реальної можливості розпорядитися чи користуватися ним) завдає йому удару, вчинене слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 186 КК. Якщо ж особа таємно викрала гаманець, отримала реальну можливість розпорядитися чи користуватися ним, однак застосувала насильство до особи, яка її виявила, з метою уникнення затримання чи утримання викраденого майна (вже після настання реальної можливості розпорядитися чи

користуватися ним), то скоєне слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 186 КК і відповідною статтею, що передбачає відповідальність за злочин проти життя чи здоров'я особи.

Так, *Оболонський районний суд м. Києва, розглядаючи кримінальну справу по обвинуваченню Ф. та І. у вчиненні насильницького грабежу, встановив такі обставини. Ф. та І., перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, підійшли до потерпілого Р. З метою відкритого заволодіння майном останнього, І. схопив потерпілого за рукав куртки та наніс один удар кулаком в обличчя потерпілого з метою придушити його опір. Після цього Ф. почав вимагати у потерпілого гроші в сумі 50 грн. Потерпілий Р., будучи наляканим діями Ф. та І., віддав Ф. гроші в сумі 30 грн. Продовжуючи свої злочинні дії, І., тримаючи потерпілого за куртку, почав вимагати у останнього мобільний телефон. У цей час потерпілий, знявши куртку, вартість якої складає 300 грн., вирвався з рук І. та побіг додому. При цьому куртка залишилася в руках І. та Ф. У результаті дії підсудних потерпілому було заподіяно матеріальну шкоду в розмірі 330 грн. Згідно з висновком експерта, потерпілому було заподіяно легке тілесне ушкодження.*

*Дійшовши висновку про те, що підсудні Ф. та І. вчинили умисні дії, спрямовані на відкрите викрадення чужого майна (грабіж), поєднане з насильством, яке не є небезпечним для життя та здоров'я потерпілого, вчинене за попередньою змовою групою осіб, суд кваліфікував їх дії за ч. 2 ст. 186 КК<sup>93</sup>.*

Грабіж, вчинений за допомогою так званого «ривку», не може кваліфікуватися як насильницький грабіж, адже фізичний вплив, якого зазнає особа під час вчинення такого викрадення, є не засобом викрадення майна чи його утримання, а своєрідним небажаним наслідком вчинюваного викрадення (детальніше про це йшлося вище).

Насильницький грабіж слід відмежовувати від розбою. До основних характеристик, за якими слід розрізняти ці злочини, слід віднести:

1) *характер застосовуваного чи потенційного насильства до потерпілого.* При насильницькому грабежі винний застосовує насильство, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або погрожує застосуванням такого насильства, а при розбої винний застосовує насильство, яке є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або погрожує застосуванням саме такого насильства. Ця ознака є найголовнішою при розмежуванні зазначених видів викрадення майна, а тому має бути встановлена в кожному конкрет-

<sup>92</sup> Практика розгляду судами справ про злочини проти власності / Підг. до друку С.М. Міщенком і В.В. Антощуком // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2 (102). – С. 21.

<sup>93</sup> Архів Оболонського районного суду м. Києва. Справа № 1-187 за 2007 р.

ному посяганні. Якщо ж її зміст точно встановити неможливо (наприклад, при неконкретизованій погрозі), то слід виходити з того, що застосовуване чи потенційне насильство не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого;

2) *момент закінчення злочину*. Якщо грабіж як злочин із матеріальним складом, є закінченим лише з того моменту, коли винна особа вилучила майно і мала реальну можливість розпоряджатися чи користуватися ним, то злочин, передбачений ст. 187 КК, є злочином із так званім «усіченим» складом і вважається закінченим з моменту нападу, поєднаного з застосуванням насильства, небезпечного для життя чи здоров'я особи, або з погрозою застосування такого насильства, незалежно від того, чи заволоділа винна особа майном потерпілого (абз. 1 п. 4, абз. 3 п. 6 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»);

3) *спосіб учинення викрадення (відкритий чи таємний)*. Насильницький грабіж, як впливає з ч. 1 ст. 186 КК, може бути вчинений лише відкрито, в той час як розбій – як відкрито, так і таємно.

У науці кримінального права виділяються і деякі інші ознаки, які допомагають відмежувати грабіж від розбою, однак вони не мають самостійного значення та є лише допоміжними засобами в цьому процесі<sup>94</sup>.

**Розбій** (ст. 187 КК). Розбій є найбільш небезпечним діянням серед усіх злочинів проти власності. Це обумовлено тим, що, вчиняючи його, особа посягає не лише на право власності, а й на такі найвищі соціальні цінності як здоров'я та (або) життя людини. Більше того: диспозиція ст. 187 КК побудована таким чином, що напад (поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства) є своєрідним способом заволодіння чужим майном, який передусє безпосередньому вилученню майна або здійснюються одночасно з ним.

Виходячи з місця розташування статті, як передбачає кримінальну відповідальність за розбій, можна зробити висновок, що, з позиції за-

конодавця, **основним безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 187 КК, є право власності<sup>95</sup>. Життя ж і здоров'я потерпілого, яким спричиняється істотна шкода (чи створюється реальна загроза спричинення такої шкоди) під час вчинення розбою, у розглядуваному складі злочину виступають **додатковими альтернативними об'єктами**. При цьому наявність істотної шкоди (чи реальної загрози її спричинення) хоча б одному із зазначених об'єктів є обов'язковою умовою притягнення особи до кримінальної відповідальності за розбій.

Особою, яка зазнала нападу, може бути будь-яка особа, яка, на думку винного, може перешкодити йому заволодіти чужим майном (власник; особа, якій ввірене чи під охороною якої перебуває майно; інші особи).

**З об'єктивної сторони** розбій – це напад, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства.

Слід погодитися з О.О. Дудоровим і П.С. Матишевським у тому, що напад як ознака розбою самостійного значення не має і знаходить своє втілення у насильстві: поза останнім напад втрачає своє кримінально-правове значення, оскільки не здатен виступити засобом заволодіння чужим майном<sup>96</sup>. Хоч закон визначає розбій за допомогою вказівки на дві дії, які реалізуються винним (напад і насильство), їх суть одна – це двоєдиний спосіб заволодіння майном<sup>97</sup>.

Напад, як свідчить побудова диспозиції ст. 187 КК, може бути як відкритим (при усвідомленні цього факту потерпілим чи іншими особами), так і таємним (за відсутності такого усві-

<sup>95</sup> Річ у тому, що позиція, згідно з якою основним безпосереднім об'єктом розбою виступає право власності, є далеко не безспірною, адже розбій – це, у першу чергу, напад, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства. У зв'язку з цим, наприклад, П.П. Михайленко вважав розбій злочином проти громадської безпеки та громадського порядку (Михайленко П.П. Определение понятия разбоя и его место в системе Особенной части Уголовного кодекса // Кримінальне право, кримінальний процес і кримінологія України (статті, доповіді, рецензії); у 3-х томах. – К.: Генеза, 1999. – С. 150). На думку ж О.О. Горішнього, безпосередніми об'єктами розбою є безпека у сфері обігу певних рухомих речей та безпека особи (Горішний О.О. Кримінально-правова характеристика розбою: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2010. – С. 10).

<sup>96</sup> Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 939.

<sup>97</sup> Матишевський П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 95.

Підтвердженням того, що цей підхід сприймається і правозастосовною практикою, є п. 24 постанови Пленуму ВСУ від 23 грудня 2005 р. № 13 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями», в якому роз'яснюється поняття нападу.

<sup>94</sup> Кваліфікація злочинів: Навчальний посібник / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – С. 283–284; Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 312; Практика розгляду судами справ про злочини проти власності / Підр. до друку С.М. Міщенком і В.В. Антошуком // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2 (102). – С. 21. Богатирьов І.Г. Розмежування грабежу та розбою за такою ознакою як застосування насильства // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 року). – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 72–75.



домлення, наприклад, постріл із засідки, напад на людину, яка спить).

Під *нападом* слід розуміти умисні дії, спрямовані на негайне вилучення чужого майна шляхом застосування фізичного або психічного насильства, зазначеного в ч. 1 ст. 187 КК (абз. 2 п. 6 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»)<sup>98</sup>. Ці дії, як слушно зазначає М.І. Мельник, характеризуються раптовістю, несподіваністю для потерпілого, короткочасністю, агресивністю<sup>99</sup>.

Під *фізичним насильством небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу*, слід розуміти:

а) умисне заподіяння легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності (див. ч. 2 ст. 125 КК, п.п. 2.3. Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень і аналіз цих положень у підручнику);

б) умисне заподіяння середньої тяжкості тілесного ушкодження (див. ст. 122 КК, п.п. 2.2. Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень і аналіз цих положень у підручнику);

в) умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження (див. ч. 1 ст. 121 КК, п.п. 2.1. Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень і аналіз цих положень у підручнику). У цьому випадку вчинене кваліфікується за ч. 4 ст. 187 КК;

г) інші насильницькі дії, які не спричинили зазначених у пунктах «а», «б» і «в» наслідків, але були небезпечними для життя чи здоров'я потерпілого в момент їх вчинення (наприклад, позбавлення волі, вчинене способом небезпечним для життя або здоров'я потерпілого; насильство, що призвело до втрати свідомості чи мало характер

<sup>98</sup> Дослідивши насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України, О.І. Дітріх дійшла висновку, що: а) «насильство» – це умисний, протиправний, суспільно небезпечний вплив на тіло, психіку, свободу іншої людини, який здійснюється всупереч або поза її волею, що може завдати шкоду здоров'ю або життю людини; б) «фізичне насильство» – це умисне, протиправне безпосереднє або опосередковане застосування мускульної сили до іншої людини поза або всупереч її волі, що може завдати різну за ступенем тяжкості шкоду здоров'ю або життю, а також може обмежувати свободу пересування без порушення тілесної недоторканності; в) «психічне насильство» – це умисний, протиправний вплив на психіку іншої людини поза або всупереч її волі, що має прояв у погрозах, інших подібних діях, які здійснюють негативний вплив на її психіку, що може завдати різну за ступенем тяжкості шкоду здоров'ю (Дітріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 16–17).

<sup>99</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 505.

мордування; стиснення шиї; неодноразове занурювання голови в рідину; скидання з висоти; застосування зброї, спеціальних знарядь, електричного струму, наркотичних засобів, психотропних, отруйних чи сильнодіючих речовин тощо).

Зокрема, в п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» зазначається, що застосування до потерпілого без його згоди наркотичних засобів, психотропних, отруйних чи сильнодіючих речовин (газів) з метою заволодіння його майном потрібно розглядати як насильство і залежно від того, було воно небезпечним для життя або здоров'я чи не було, кваліфікувати такі дії за ч. 2 ст. 186 КК або за відповідною частиною ст. 187 КК<sup>100</sup>.

<sup>100</sup> Слід однак зазначити, що питання кримінально-правової оцінки випадків «відключення» свідомості особи за допомогою різних речовин з метою заволодіння майном потерпілого належить до числа дискусійних (Владимиров В. А., Ляпунов Ю.И. Социалистическая собственность под охраной закона. – М.: Юридическая литература, 1979. – С. 56–58; Каплан Е. Возможен ли разбой без нападения? (спорный вопрос квалификации) // Социалистическая законность. – 1990. – № 12. – С. 55–56; Матвеевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 95; Кочои С.М. Разбой (некоторые вопросы квалификации) // Уголовное право. – 2000. – № 2. – С. 28; Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – Київ: Атіка, 2001. – С. 464–466; Кухарук В. Кваліфікація посягательств на власність, сопряженных с использованием веществ // Уголовное право. – 2005. – № 4. – С. 32–34; Дітріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 8–9; Горішній О.О. Кримінально-правова характеристика розбою: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2010. – С. 5, 10; Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 939).

Частина дослідників вважає, що позиція, яку було відображено в п. 11 раніше чинної постанови Пленуму ВСУ від 25 грудня 1992 року № 12 «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності» та яку відтворено у п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» (п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 27 грудня 2002 року «Про судову практику у справах про крадіжку, грабж і розбій»), не ґрунтується на тексті кримінально-правової норми про відповідальність за розбій, яка виокремлює таку відмінну від насильства ознаку цього складу злочину, як напад. Стверджується, що дії винного, який, скориставшись станом «відключення» свідомості потерпілого, таємно заволодіває його майном, необхідно розцінювати як крадіжку, а у випадку результативного (шкідливого) впливу на організм людини – додатково як відповідний злочин проти життя і здоров'я особи. Кваліфікація вчиненого у випадку застосування наркотичних та інших подібних речовин як розбою і насильницького грабежу вважається правильною лише за умови вживання цих речовин під впливом фізичного або психічного примусу. Розв'язання ж проблеми зазвичай вбачається у виключенні з легального визначення розбою ознаки нападу, що дозволило б вирішувати питання кваліфікації розглядуваних посягань на власність залежно від характеру насильства, яке застосовується винним для заволодіння чужим майном (детальніше про це: Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 464–466; Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. – Луганськ: РВВ АДУВС

ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 939).

Нині такої думки дотримується О.І. Бойцов (Бойцов А.І. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 460–468), частково О.І. Дитріх (Дитріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 8–9), С.М. Кочої (Кочої С.М. Разбой (некоторые вопросы квалификации) // Уголовное право. – 2000. – № 2. – С. 28), Р.Д. Шарапов (Шарапов Р.Д. Уголовно-правовая характеристика физического насилия: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб, 1999. – С. 7, 12) та деякі інші криміналісти сучасності. Наприклад, С.М. Кочої зазначає, що якщо введенню в організм потерпілого небезпечних для життя та здоров'я речовин не буде передувати напад і якщо таке введення не буде елементом насильства, застосованого до потерпілого, то навряд чи у такому разі можна бути вести мову про наявність розбою (Кочої С.М. Разбой (некоторые вопросы квалификации) // Уголовное право. – 2000. – № 2. – С. 28). На думку ж В. Кухарука, посягання на власність, пов'язані із застосуванням до потерпілого без його згоди речовин, які є предметом злочинів проти здоров'я населення, потрібно додатково кваліфікувати ще й за нормами, що передбачають кримінальну відповідальність за незаконний збут таких речовин (Кухарук В. Кваліфікація посягательств на собственность, сопряженных с использованием веществ // Уголовное право. – 2005. – № 4. – С. 32–34).

Водночас більшість українських і російських криміналістів поділяє позицію, яка знайшла відображення в п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» та п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 27 грудня 2002 року «Про судову практику у справах про крадіжку, грабїж і розбій». У кримінально-правовій доктрині вона звичайно обґрунтовується за допомогою таких аргументів: 1) в аналізованій ситуації вирішальну роль відіграє не стільки спосіб заволодіння майном (таємний або відкритий), скільки наявність або відсутність фізичного насильства, а поняттям останнього охоплюється і протиправний вплив на внутрішні органи людини; 2) напад, як ознака розбою самостійного значення не має і знаходить своє втілення саме у фізичному або психічному насильстві. Поза насильством напад втрачає кримінально-правове значення, оскільки не здатен виступити засобом заволодіння чужим майном; 3) обманне введення в організм потерпілого різних речовин і засобів – це дії, які за своїм характером нічим не відрізняються від так званих таємних нападів при розбої (детальніше про це: Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 464–466; Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 939).

З нашої точки зору, остання позиція є правильною, а аргументи її прихильників – переконливими. Щоправда, не зайвим було б у п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» навести чіткі аргументи на користь цієї думки, врахувавши слушні пропозиції, висловлені членом Науково-консультативної ради при ВСУ, професором О.О. Дудоровим (Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 939).

До речі, свого часу питання про кваліфікацію випадків «відключення» свідомості особи за допомогою різних речовин з метою заволодіння майном потерпілого не викликало проблем у правозастосовній практиці та суттєвих дискусій у доктрині кримінального права. Так, ст. 176 КК УРСР 1927 року передбачала кримінальну відповідальність безпосередньо за викрадення чужого майна, шляхом приведення потерпілого у несвідомий стан (Борьба с преступностью в Украинской ССР. Т. 2. 1926–1967 г.г. – К.: Киевская высшая школа, 1967. – С. 357). Ще раніше, у ст. 495 Кримінального уложення 1903 року (на території України ця норма ніколи не діяла) передбачалося приведення потерпілого у несвідомий стан як один із альтернативних

Насильницькі дії, перелічені в пунктах «а», «б» і «в», вчинені під час розбою, повністю охоплюються ст. 187 КК і додаткової кваліфікації за іншими статтями КК не потребують.

*Так, вироком Староміського районного суду м. Вінниці П. та Р. визнано винними у повторному вчиненні розбійного нападу. Як впливає з матеріалів кримінальної справи, П. та Р., маючи умисел на заволодіння чужим майном, із корисливих мотивів, використовуючи заздалегідь заготовлені стартовий пістолет чорного кольору та електрошокер, вчинили напад на квартиру потерпілої З. Зв'язавши потерпілу клейкою стрічкою, П. та Р. стали вимагати у неї гроші, застосовуючи насильство, небезпечне для життя чи здоров'я, що виразилось у враженні потерпілої електрострумом, а танож приставляючи пістолет до скроні потерпілої, вмикаючи праску з погрозою її застосування. Унаслідок застосування фізичного і психічного насильства П. та Р. заволоділи належними потерпілій грошима на загальну сумку 37 498 грн. Дії підсудних були кваліфіковані за ч. 3 ст. 187 КК як напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу (розбій), вчинений з проникненням у житло за попередньою змовою групою осіб, які раніше вчинили розбій<sup>101</sup>.*

У разі застосування до потерпілого насильства, про яке йдеться у пункті «г», кваліфікація має відбуватися з урахуванням характеру вчиненого насильства, його суспільної небезпеки (якщо воно передбачено КК як самостійний злочин), фактичних чи потенційних наслідків, проміжку часу між застосовуваним насильством і моментом викрадення майна та усіх інших обставин справи. Наприклад, якщо винний з метою негайного заволодіння чужим майном без згоди потерпілого застосовує до нього таку дозу отруйних речовин, якої достатньо щоб потерпілий за декілька хвилин втратив свідомість, то вчинене слід розглядати як розбій. Це обумовлено тим, що розглядуваному нападу притаманні раптовість, короткочасність і агресивність, а його метою є негайне вилучення чужого майна. Якщо ж винний протягом певного часу (наприклад, протягом кількох днів) застосовує до потерпілого отруйні речовини у незначній кількості або застосовує таку отруту, яка здатна вплинути на потерпілого лише через більш-менш значний проміжок часу, з метою *невизначеному чи віддаленому майбутньому* заволодіти чужим майном, то такі дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів як посягання на

способів учинення розбою (Уголовное уложение. Объяснения к проекту редакционной комиссии. Т. VII. Главы 28–34. – СПб.: Государственная типография, 1895. – С. 350).

<sup>101</sup> Архів Староміського районного суду м. Вінниці. Справа № 1-138/10 за 2010 р.

життя чи здоров'я потерпілого та готування чи замах на крадіжку або грабіж.

За сукупністю злочинів слід кваліфікувати й такий напад, який вчинено за допомогою насильства, яке передбачене КК як самостійний злочин і якому притаманний більш значний ступінь суспільної небезпеки порівняно з вчиненим грабежем. Наприклад, якщо винний з метою негайного заволодіння чужим майном без згоди потерпілого застосовував до нього наркотичні засоби і це заподіяло потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, то вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 187 КК та ч. 2 ст. 314 КК.

У будь-якому разі складом злочину, передбаченого ст. 187 КК, не охоплюється:

а) *необережне заподіяння смерті*. Заподіяння потерпілому смерті під час розбою з необережності слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за відповідною частиною ст. 187 КК та ст. 119 КК (абз. 4 п. 11 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»).

Слід зазначити, що як у теорії, так і на практиці істотні складнощі викликає питання про кваліфікацію грабежу, поєднаного із спричиненням умисного тяжкого тілесного ушкодження, внаслідок якого з необережності було заподіяно смерть потерпілому.

Наприклад, Л.М. Кривоченко пропонує кваліфікувати усе вчинене лише за ч. 4 ст. 187 КК, оскільки вважає, що і умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, і необережне заподіяння смерті потерпілому внаслідок таких ушкоджень цілком охоплюється зазначеною нормою<sup>102</sup>. На нашу ж думку, така оцінка грабежу, поєднаного із спричиненням тяжкого тілесного ушкодження, внаслідок якого настала смерть потерпілого, є не зовсім точною, адже в ст. 187 КК не передбачено ані «смерті потерпілого», ані «інших тяжких наслідків» як кваліфікуючих ознак розбою.

Принципово іншу позицію займає Пленум ВСУ, який зазначає, що якщо під час розбою було умисно заподіяно тяжке тілесне ушкодження, внаслідок якого сталася смерть потерпілого, то дії винної особи належить кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ч. 4 ст. 187 КК та ч. 2 ст. 121 КК (абз. 3 п. 11 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»). Аналогічну думку висловлює й переважна більшість дослідників цього питання на сторінках кримінально-правової літератури<sup>103</sup>. Проте погодитися

<sup>102</sup> Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін. / За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х.: «Одіссей», 2007. – С. 500.

<sup>103</sup> Уголовный кодекс Украины. Научно-практический

із запропонованою Пленумом ВСУ оцінкою розглядуваних дій також не можна, адже одна й та ж ознака – умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження – інкримінується винному двічі: спочатку у межах ст. 187 КК (адже пропонується кваліфікувати вчинене виключно за ч. 4 ст. 187 КК як розбій, поєднаний із заподіянням тяжкого тілесного ушкодження), а потім і в межах ст. 121 КК (адже пропонується кваліфікувати вчинене за ч. 2 ст. 121 КК як умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого). Вважаємо, що така «подвійна» оцінка однієї і тієї ж обставини не лише свідчить про неточну кваліфікацію вчиненого, а й може стати причиною призначення неадекватного (занадто суворого) покарання винному. Аналіз приписів ст. 187 КК дозволяє стверджувати, що умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження під час розбою підвищує караність вчиненого діяння більш, ніж удвічі (медіана санкції ч. 1 ст. 187 КК становить 5 років позбавлення волі, а медіана санкції ч. 4 ст. 187 КК – 11,5 років позбавлення волі). Уникнути «подвійного» інкримінування ознаки «умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження» можна або а) кваліфікувавши вчинене за відповідною частиною ст. 187 КК (при цьому не брати до уваги кваліфікуючу ознаку «поєднаний із заподіянням тяжких тілесних ушкоджень», що передбачена в ч. 4 ст. 187 КК) та ч. 2 ст. 121 КК, або б) кваліфікувавши вчинене за ч. 4 ст. 187 КК та відповідною частиною ст. 119 КК.

Аналіз першого із запропонованих варіантів дає підстави стверджувати, що оцінка розглядуваних дій за відповідною частиною ст. 187 КК та ч. 2 ст. 121 КК є неприпустимою, адже за такої кваліфікації виходить, ніби під час розбою мав місце напад, не пов'язаний із заподіянням тяжкого тілесного ушкодження, а тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілому, – це окреме діяння, що не має відношення до нападу.

Вважаємо, що другий варіант кваліфікації розглядуваних дій є більш правильним, адже запропонована в ньому формула кваліфікації точно віддзеркалює зміст фактично скоєного діяння: «розбій, поєднаний із заподіянням тяжких тілесних ушкоджень» (ч. 4 ст. 187 КК), внаслідок якого «з необережності заподіяно смерть потерпілому» (ст. 119 КК);

б) *умисне вбивство*. В тих випадках, коли з метою заволодіння чужим майном особа вчиняє умисне вбивство, скоєне слід кваліфікувати за коментарий / Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.И. Антипов и др. / Отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. – К.: А.С.К., 2003. – С. 435; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 507.



відповідною нормою ст. 115 КК (як правило за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК) та тією частиною ст. 187 КК, яка передбачає відповідний вид розбою. При цьому слід мати на увазі, що кваліфікація за ч. 4 ст. 187 КК можлива лише в тому разі, якщо дії винного спрямовані на заволодіння майном у великих чи особливо великих розмірах або вчинені організованою групою. Умисне ж убивство з метою заволодіння чужим майном, якому не притаманні ці кваліфікуючі ознаки, не може кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ч. 4 ст. 187 КК та ст. 115 КК.

Щоправда, Пленум ВСУ та значна частина сучасних криміналістів висловлюють інші міркування з цього приводу<sup>104</sup>. Так, у абз. 3 п. 11 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» зазначається, що якщо під час розбою потерпілого було умисно вбито, дії винної особи належить кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ч. 4 ст. 187 КК та п. 6 ч. 2 ст. 115 КК. Розмірковуючи над зазначеними рекомендаціями Пленуму ВСУ, Г.Є. Болдарь робить, як видається, правильний висновок: «Така позиція Пленуму Верховного Суду України є не зовсім обґрунтованою, адже у ч. 4 ст. 187 КК передбачена відповідальність за вчинення розбою, поєданого із спричиненням тяжкого тілесного ушкодження. Очевидно, що за пропонованої кваліфікації особі штучно ставиться у провину та кваліфікуюча ознака, яка в його діях відсутня, тобто інкримінується злочин, якого вона не вчиняла»<sup>105</sup>. Вважаємо, що з цими доводами Г.Є. Болдарь слід погодитися.

На думку ж І.І. Гуні, умисне вбивство під час розбою повністю охоплюється п. 6 ч. 2 ст. 115 КК і додатковою кваліфікацією за ст. 187 не потребує<sup>106</sup>. Погодитися з такою позицією навряд чи можна хоча б через те, що не кожний напад з метою заволодіння чужим майном вчиняється з корисливих мотивів;

в) *замах на вбивство*. Якщо з метою негай-

ного заволодіння чужим майном винний намагається вбити потерпілого, то вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів: за ч. 2 або ч. 3 ст. 15, ст. 115 КК та відповідною частиною ст. 187 КК. Кваліфікація ж за ч. 4 ст. 187 КК можлива лише в тому разі, якщо дії винного спрямовані на заволодіння майном у великих чи особливо великих розмірах або вчинені організованою групою.

*Психічне насильство* у складі злочину, передбаченого ст. 187 КК, – це погроза негайно застосувати фізичне насильство небезпечне для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу. Йдеться про погрозу: а) заподіяти легке тілесне ушкодження, що спричинить короточасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності; б) заподіяти середньої тяжкості тілесне ушкодження; в) заподіяти тяжке тілесне ушкодження; г) вчинити інші насильницькі дії, які є небезпечними для життя чи здоров'я потерпілого в момент їх вчинення; д) вбивством (цей вид психічного насильства повністю охоплюється ст. 187 КК і додатковою кваліфікацією за ст. 129 КК не потребує).

Погроза застосування фізичного насильства небезпечного для життя чи здоров'я, має місце тоді, коли:

а) винна особа, висловлюючи її в будь-якій формі (словами, жестами, демонстрацією зброї тощо), бажає, щоб у потерпілого склалося враження, що якщо він протидіятиме винній особі або не виконає її вимог, то ця погроза буде реалізована;

б) у потерпілої особи й справді склалося враження, що якщо вона протидіятиме винній особі або не виконає її вимог, то ця погроза буде реалізована.

Слід зазначити, що констатувати наявність погрози застосування фізичного насильства небезпечного для життя чи здоров'я потерпілого можна лише в тому разі, якщо мають місце обидві зазначені вище ознаки.

Тому якщо винний погрожує зброєю особі похилого віку, яка через вади зору її не бачить, а сам винний не конкретизує своєї погрози, то вчинене слід кваліфікувати залежно від суб'єктивного сприйняття такої погрози самим потерпілим: у тому разі, коли потерпілий вважає висловлену погрозу небезпечною для його життя чи здоров'я (наприклад, через тон винного, його роздратованість, агресивність), вчинене слід кваліфікувати як розбій, а коли не вважає її такою – як замах на розглядуваний злочин. Така кваліфікація пояснюється тим, що дії винного в наведеному прикладі спрямовані на вчинення саме розбою, однак в першому випадку вони привели до бажаного для винного результату (створили

<sup>104</sup> Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін. / За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х.: «Одіссей», 2007. – С. 499; Уголовный кодекс Украины. Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.И. Антипов и др. / Отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. – К.: А.С.К., 2003. – С. 435; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, Л.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 507.

<sup>105</sup> Кваліфікація злочинів: Навчальний посібник / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – С. 281–282.

<sup>106</sup> Гуня І.І. Кримінально-правове визначення розбою та деякі питання його кваліфікації // Право і безпека. – 2004. – № 2. – С. 52.

враження у потерпілого, що якщо він протидіятиме винній особі або не виконає її вимог, то ця погроза буде реалізована), а в другому – ні.

Слід погодитися з О.О. Дудоровим у тому, що для визнання психічного насильства ознакою розбою не має значення те, чи мав нападаючий насправді намір і фактичну можливість реалізувати заявлену ним погрозу<sup>107</sup>. Зокрема в тих випадках, коли винна особа погрожує застосуванням предметів, які завідомо для неї не можуть бути використані для реалізації висловленої погрози (зіпсована зброя, макет зброї тощо), але потерпілий сприймає ці предмети як такі, що становлять собою небезпеку для життя чи здоров'я, розглядувана ознака розбою має місце.

Із цього випливає, що *реальність* погрози як ознаки розбою визначається не справжніми намірами винного щодо застосування чи незастосування фізичного насильства до потерпілого і не об'єктивними обставинами вчинюваного діяння, а спрямованістю умислу винного та суб'єктивним сприйняттям висловленої погрози самим потерпілим.

Висловлюючи погрозу, винний може конкретизувати зміст фізичного насильства, а може й ні. У тих випадках, коли погроза застосування насильства носить невизначений характер, то питання про кваліфікацію вчиненого як насильницького грабежу чи розбою слід вирішувати виходячи зі спрямованості умислу винної особи та суб'єктивного сприйняття погрози потерпілим. При цьому слід брати до уваги й інші обставини справи: місце, час та обстановку вчинення злочину, кількість осіб, які вчиняли викрадення, характер предмету (предметів), якими погрожував винний, зміст та характер дій винного, які свідчили про намір застосувати фізичне насильство тощо. Якщо ж зміст неконкретизованої погрози встановити неможливо, а отже й неможливо встановити характер погрози фізичного насильства як такого що є (чи, навпаки, не є) небезпечним для життя або здоров'я потерпілого, то вчинений напад слід кваліфікувати як насильницький грабіж або замах на нього (залежно від того, чи відбулося заволодіння майном і чи мав винний реальну можливість розпоряджатися чи користуватися ним). Кваліфікація має бути саме такою, оскільки в іншому разі (при кваліфікації вчиненого як розбою) ігноруватиметься принцип суб'єктивного інкримінування, а винний безпідставно буде притягнений до кримінальної відповідальності за вчинення більш небезпечного злочину.

Слід звернути увагу, що фізичне та психічне

насильство при розбої, – це умисні дії винного, які спрямовані виключно *на вилучення* чужого майна (у цьому разі вони передують безпосередньому вилученню майна або здійснюються одночасно з ним). Це прямо випливає з тексту ч. 1 ст. 187 КК, в якій зазначено: «Напад з метою **заволодіння** чужим майном, ...». Правильно витлумачив цю обставину й Пленум ВСУ, оскільки в абз. 2 п. 6 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» зазначив, що під нападом слід розуміти умисні дії, спрямовані на негайне вилучення чужого майна шляхом застосування фізичного або психічного насильства, зазначеного в ч. 1 ст. 187 КК.

Із цього випливає, що крадіжка або грабіж можуть «перерости» в розбій лише в тому разі, якщо напад буде вчинено *до* або *під час* безпосереднього вилучення чужого майна. Якщо ж винний вже заволодів чужим майном і застосовує фізичне чи психічне насильство лише для утримання цього майна або для уникнення затримання, то вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 186 КК та тією статтею, яка передбачає кримінальну відповідальність за відповідний вид насильства. Наприклад, якщо винний з метою таємного викрадення гаманця проникає в кишеню особи, а остання помічає цей факт і хапає винного за руку (яка ще знаходиться в кишені потерпілого), то застосування фізичного чи психічного насильства, зазначеного в ч. 1 ст. 187 КК, для заволодіння цим майном означатиме вчинення винним саме розбою. Якщо ж винний таємно заволодіє гаманцем зазначеної особи, однак з метою його утримання (до настання моменту реальної можливості розпорядитися чи користуватися ним) завдасть потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, то вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 186 КК та ч. 1 ст. 122 КК.

У теорії кримінального права розбій відносять до злочинів із так званим «усіченим» складом, який з об'єктивної сторони вважається закінченим з моменту нападу, поєднаного із застосуванням насильства, небезпечного для життя чи здоров'я особи, або з погрозою застосування такого насильства, незалежно від того, чи заволоділа винна особа чужим майном.

*Наприклад, Ялтинський міський суд АРК вироком від 23 листопада 2006 року визнав винним С. у вчиненні закінченого злочину, передбаченого ч. 2 ст. 187 КК, та призначив йому покарання у вигляді позбавлення волі строком на 7 років із конфіскацією майна. Як свідчать матеріали кримінальної справи, С. за попередньою змовою із невстановленою особою з метою заволодіння*

<sup>107</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 466.

мобільним телефоном, застосовуючи насильство, небезпечно для життя та здоров'я, вчинив напад на потерпілого К. Однак телефоном зловмисники не заволоділи з незалежних від їх волі причин, оскільки їхні дії були помічені сторонніми особами, після чого невстановленій особі вдалося втекти, а С. було затримано на місці вчинення злочину<sup>108</sup>.

**Суб'єктом** злочину, передбаченого ст. 187 КК, може бути фізична осудна особа, яка досягла 14-річного віку.

**Суб'єктивна сторона** розбою характеризується прямим умислом і метою заволодіння чужим майном.

Вчиняючи розбій, особа усвідомлює, що здійснює напад, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства; винний усвідомлює, що цими діями він порушує правові та етичні норми суспільства щодо неприпустимості їх вчинення, передбачає можливість створення небезпеки життю чи здоров'ю особи, яка зазнала нападу (або враження про це), матеріальної шкоди власнику чи законному володільцю майна, бажає створити небезпеку життю чи здоров'ю особи, яка зазнала нападу (або враження про це), та бажає завдати матеріальну шкоду власнику чи законному володільцю майна.

Слід звернути увагу, що розбоєм є лише такий напад, який учинено з метою заволодіння чужим майном. Це означає (як свідчить аналіз диспозиції ч. 1 ст. 187 КК), що така мета має виникнути у винного або до початку нападу або безпосередньо під час нього (в останньому випадку матиме місце «переростання» відповідного фізичного чи психічного насильства в розбій). В іншому разі (коли мета заволодіння чужим майном виникне вже після вчинення нападу) матиме місце не розбій, а діяння, які слід кваліфікувати за тією нормою, яка передбачає кримінальну відповідальність за відповідний вид насильства, та ст. 185 КК чи ст. 186 КК. Зокрема, якщо з метою помсти або через особисту неприязнь винний завдасть потерпілому середньої тяжкості тілесні ушкодження, в результаті яких останній втратить свідомість, і, користуючись цією обставиною, винний таємно викраде у нього майно, то вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 122 і ст. 185 КК.

Не може кваліфікуватись як розбій і застосування насильства, небезпечного для життя чи

здоров'я особи, або погрози його застосування з метою ухились від затримання, уникнути відповідальності за вже закінчену крадіжку або грабіж<sup>109</sup>.

**Кваліфікованими видами** розглядуваного злочину є: 1) розбій, учинений за попередньою змовою групою осіб; 2) розбій, учинений особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм; 3) розбій, поєднаний з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище; 4) розбій, спрямований на заволодіння майном у великих чи особливо великих розмірах; 5) розбій, учинений організованою групою; 6) розбій, поєднаний із заподіянням тяжких тілесних ушкоджень<sup>110</sup>.

*Розбій, учинений особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм*, – це кваліфікований вид розбою, утворений за допомогою ознаки повторності, яка (на відміну від злочинів передбачених статтями 185, 186, 189–191 КК) має місце лише в тих випадках, коли йому передували розбій або бандитизм. При цьому, як слушно зазначає М.І. Мельник, поняття «розбій» вживається в широкому розумінні. Йдеться не лише про розбій як злочин проти власності, передбачений ст. 187 КК, а й про розбій як спосіб вчинення інших злочинів – проти громадської безпеки (ч. 3 ст. 262 КК), проти безпеки руху та експлуатації транспорту (ч. 3 ст. 289 КК), у сфері обігу наркотичних засобів (ч. 3 ст. 308, ч. 3 ст. 312, ч. 3 ст. 313 КК), військових (ч. 3 ст. 410, ч. 2 ст. 433 КК)<sup>111</sup>. Утім розбій не може бути кваліфікований за ч. 2 ст. 187 КК, якщо судимість за раніше вчинений розбій або бандитизм була знята чи погашена.

*Колегія суддів судової палати в кримінальних справах апеляційного суду Волинської області, розглядаючи в апеляційному порядку кримінальну справу по обвинуваченню Л. та Д., встановила наступне. Перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, за попередньою змовою між собою, з метою незаконного заволодіння транспортним засобом Л. та Д. прибули до залізничного вокзалу у м. Рівне, де, вибравши на стоянці таксі автомобіль «Шкода - Октавія», який належав потерпілому В., домовились із ним про поїздки. Пізніше, прибувши до неосвіт-*

<sup>109</sup> Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 939.

<sup>110</sup> Зміст таких кваліфікуючих ознак, як «за попередньою змовою групою осіб», «поєднаний з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище», «спрямований на заволодіння майном у великих чи особливо великих розмірах», «учинений організованою групою» розкрито у першому параграфі цієї глави.

<sup>111</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 507.

<sup>108</sup> Практика розгляду судами справ про злочини проти власності / Підг. до друку С.М. Міщенком і В.В. Антошуком // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2 (102). – С. 21.



лювальної території зерносховища, А. та Д. запропонували потерпілому зупинитись, а потім, дїставши з кишень заздалегідь приготовлені ножі, спрямували їх в шию та тіло потерпілого і, погрожуючи застосуванням насильства, небезпечного для життя та здоров'я, змусили його вийти з автомобіля, яким співучасники незаконно заволоділи. Одночасно, А. та Д., перебуваючи у салоні автомобіля «Шкода - Октавія», за попередньою змовою між собою і з метою заволодіння чужим майном, погрожуючи потерпілому В. насильством, небезпечним для життя та здоров'я, заволоділи його особистим майном на загальну суму 1 418 грн. Також встановлено, що А, будучи достовірно обізнаним про неповнолітній вік Д., запропонував останньому вчинити незаконне заволодіння транспортним засобом, на що той погодився, унаслідок чого ними були скоєні зазначені злочини.

Колегія суддів судової палати в кримінальних справах апеляційного суду Волинської області зробила висновок про правильність кваліфікації судом першої інстанції дій А. та Д. за ч. 3 ст. 289, ч. 2 ст. 187 КК як незаконного заволодіння транспортним засобом, вартість якого у двісті п'ятдесят разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян, вчиненого за попередньою змовою групою осіб та поєднаного з погрозою застосування насильства, небезпечного для життя та здоров'я потерпілого та нападу з метою заволодіння чужим майном, поєднаного з погрозою застосування насильства, небезпечного для життя та здоров'я особи, що зазнала нападу, вчиненого за попередньою змовою групою осіб. Крім того, дії А. були правильно додатково кваліфіковані за ст. 304 КК як втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність<sup>112</sup>.

Розбій, поєднаний із заподіянням тяжких тілесних ушкоджень, – це розбій, у процесі якого потерпілому було спричинено тяжке тілесне ушкодження (див. ч. 1 ст. 121 КК, п.п. 2.1. Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень і аналіз цих положень у підручнику).

Розбій, учинений організованою групою, слід відмежовувати від бандитизму<sup>113</sup>. При цьому слід мати на увазі, що напад з метою заволодіння майном, вчинений бандою, за загальним

<sup>112</sup> Архів апеляційного суду Волинської області. Справа № 11-197/08 за 2008 р.

<sup>113</sup> Ситникова А. И. Уголовно-правовые признаки разбоя и бандитизма // Российский следователь. – 2006. – № 5. – С. 12–14; Головкин Б. Розмежування розбою, вчиненого організованою групою, і бандитизму // Вісник прокуратури. – 2006. – № 8. – С. 53–61; Бедриківський В.В. Відмежування бандитизму від групового грабежу та розбою // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 2. – С. 133–140.

правилом кваліфікується лише як бандитизм за ст. 257 КК. Додаткову правову оцінку розбій повинен одержувати лише у випадках, коли його було вчинено членами банди поза вчинюваними бандою нападами і коли бандою вчинено такий вид розбою, за який законом встановлено більш сувору відповідальність, ніж за бандитизм (йдеться про випадки вчинення бандою злочинів, передбачених ч. 4 ст. 187 КК)<sup>114</sup>.

Розбій, учинений у складі злочинної організації, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 187 і 255 КК.

**Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання** (ст. 188-1 КК). Ствердна відповідь вітчизняного законодавця на дискусійне у кримінально-правовій науці питання «Чи можна вкрати електроенергію?», набувши вигляду доповнення КК статтею 188-1, мала під собою вагомі підстави. Цю законодавчу новелу можна розглядати як спробу держави відреагувати на стрімке зростання незаконного споживання передусім електроенергії, як прагнення забезпечити належну охорону двох найпоширеніших і загальнодоступних видів енергії – повноцінного товару та об'єкта цивільно-правового обороту (ст. 714 ЦК), а так само як спробу дисциплінувати споживачів енергії за умов загострення ситуації з енергетичною безпекою України<sup>115</sup>.

Постійне і суттєве подорожчання в Україні електричної і теплової енергії, зниження платоспроможності її споживачів, відносна технічна доступність незаконного використання цих видів енергії, а так само недостатня ефективність застосування заходів державного примусу до правопорушників призводять до розповсюдження і зростання масштабів самовільного споживання електричної і теплової енергії, що не може не викликати занепокоєння за умов загострення ситуації з енергетичною безпекою України. Незважаючи на незначні показники судової статистики щодо вказаного діяння, кількість випадків вчинення діяння, передбаченого ст. 188-1 КК,

<sup>114</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 507; Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 468.

<sup>115</sup> Історії кримінального законодавства України відомі аналоги ст. 188-1 чинного КК. Так, ст. 172 КК УСРР 1927 р. передбачала відповідальність за такий майновий злочин, як «крадіж електричної енергії», а ст. 87-2 КК УРСР 1960 р. у період з 1986 р. по 1992 р. окремим злочином проти соціалістичної власності визнавала порушення правил користування електричною або тепловою енергією чи газом у побути.

насправді достатньо велика. Така розбіжність обумовлена у першу чергу високою латентністю зазначеного діяння.

Серед основних причин злочинів, пов'язаних із викраденням електричної енергії, С.В. Сторожко називає, зокрема, недосконалість механізму фіксації фактів викрадення електричної енергії, низький рівень взаємодії енергопостачальних компаній із правоохоронними органами, незабезпеченість органів внутрішніх справ методичними рекомендаціями щодо протидії викраденню електричної енергії шляхом її самовільного використання, відсутність дієвої тактики виявлення та документування цих фактів, а також невинуватість співвідношення мінімального розміру заподіяної злочином шкоди з максимальним розміром штрафу<sup>116</sup>.

**Основним безпосереднім об'єктом** цього злочину є право власності на електричну і теплову енергію, а додатковими об'єктами – встановлений порядок забезпечення споживачів (побутових, промислових тощо) вказаними видами енергії, а також нормальна діяльність об'єктів електроенергетики і теплопостачання. Додатковими об'єктами злочину можуть виступати й інші цінності, зокрема життя і здоров'я особи (наприклад, внаслідок самовільного підключення до електромережі нерідко виникає небезпека смертельного травмування людини електрострумом), громадська безпека (наприклад, тоді, коли в результаті масштабного викрадення електроенергії створюється загроза аварії на промисловому об'єкті або коли внаслідок викрадення електроенергії через прилади обліку сусідніх споживачів різко зростає навантаження на їх електроустановки, що може призвести до виникнення пожежі).

**Потерпілими** від злочину, передбаченого ст. 188-1 КК, можуть виступати: 1) суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність, пов'язану з виробництвом, передачею та постачанням електричної енергії, комбінованим виробництвом теплової та електричної енергії, виробництвом теплової енергії на теплоелектроцентралях і теплогенеруючих установках, у т. ч. з використанням нетрадиційних або поновлюваних джерел енергії (енергія сонячного випромінювання, вітру, морів, річок тощо); 2) фізичні та юридичні особи, які не є суб'єктами підприємства і виробляють електричну або теплову енергію не для реалізації, а для власних потреб; 3) споживачі – юридичні та фізичні особи, які використовують (споживають) електричну і теплову енергію для власних побутових чи господарських

потреб на підставі договору, укладеного з енергопостачальником.

*Предметом* злочину, передбаченого ст. 188-1 КК, визнається електрична і теплова енергія. Завдяки особливостям цих енергетичних ресурсів їх постачання споживачам здійснюється через приєднану мережу – електричну мережу (для електричної енергії) і трубопроводи – теплові мережі (для теплової енергії). Визнання електричної і теплової енергії предметом розглядуваного злочину ґрунтується, по-перше, на наявності у вказаних видів енергії параметрів, які дозволяють визначати розмір їх споживання, і, по-друге, на розумінні предмета злочину як матеріальних (фізичних) утворень, що можуть бути сприйняті за допомогою органів чуття людини або спеціальних технічних засобів<sup>117</sup>.

Відомо, що поява у КК 2001 р. ст. 188-1 досить негативно сприйнята частиною науковців, які називають таку законодавчу новелу зайвою, кон'юнктурною, безграмотною з точки зору права і природничих наук, такою, що вносить плутанину в усталену систему заборон на вчинення злочинних посягань на власність. Так, В.О. Навроцький зазначає, що при самовільному безоплатному використанні енергії, винний не звертає на свою користь якісь матеріальні об'єкти, не відділяє їх від інших наявних у власника цінностей, а лише використовує властивість енергетичних потужностей виробляти енергію. Використання ж корисних властивостей будь-яких предметів не може визнаватись крадіжкою, оскільки предметом розкрадання може бути матеріальна річ у цілому, а не її окремі ознаки, властивості<sup>118</sup>. Аналізуючи проблеми кримінальної відповідальності за незаконне використання електроенергії,

<sup>117</sup> До речі, в кримінальному законодавстві деяких країн світу прямо зазначається, що електричну та інші види енергії слід визнавати майном (зокрема, у КК Італії, КК Республіки Корея, КК Франції, КК Японії). Наприклад, у КК Італії в статті про крадіжку (ст. 624) мається примітка, згідно з якою електрична та інша енергія, що має економічну цінність, в контексті кримінального закону розглядається як рухоме майно, тобто може бути предметом крадіжки (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. – С. 224, 225).

<sup>118</sup> Навроцький В. Чи можна вкрасти електроенергію? // Предпринимательство, хозяйство и право. – 2000. – № 8. – С. 45–47.

Імпонує наведена позиція та її обґрунтування О.І. Бойцову, який вважає, що споживання енергії означає не вилучення її з фондів, а перетворення її з однієї форми в іншу, нерозривно пов'язане з процесом вироблення електроенергії. Н.О. Лопашенко також вважає енергію майном, позбавленим речового характеру, яке не можна ні вкрасти, ні знищити, ні пошкодити. Стверджується, що різноманітні види енергії, виходячи зі свого специфічного змісту, можуть бути предметом лише одного злочину проти власності – караного за ст. 165 КК РФ заподіяння майнової шкоди або зловживання довірою (Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретико-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 43).

<sup>116</sup> Сторожко С.В. Причины злочинів, пов'язаних із викраденням електричної енергії // Право і суспільство. – 2010. – № 4. – С. 205.

Н.О. Антонюк пише, що енергія – благо, яке не відноситься до речей, а тому посягання на нього не може кваліфікуватися за традиційними статтями про крадіжку, грабіж, розбій, шахрайство та іншими статтями, предметом яких є майно<sup>119</sup>.

Протилежна позиція з цього питання, яку врешті-решт підтримав український законодавець, полягає в тому, що відсутність речово-предметної форми існування електроенергії не означає її нематеріальності; при незаконному безоплатному споживанні електроенергії відбувається вилучення цього різновиду майна із фондів власника, які у цьому разі є специфічними (носять динамічний характер)<sup>120</sup>. У сучасній цивілістиці поширеним є підхід, згідно з яким речами (відповідно ст. 179 ЦК – це предмети матеріального світу, щодо яких можуть виникати цивільні права та обов'язки) повинні визнаватися у т. ч. різні види енергії, підвладної людині (електричної, теплової тощо). Нагадаємо і те, що поділ речей на тілесні і безтілесні був відомий ще римському цивільному праву.

**Електрична енергія** – це різновид енергії, пов'язаний з використанням електроструму, енергоносіїв, який відрізняється від інших енергоносіїв особливими споживчими якостями та фізико-технічними характеристиками (одночасність виробництва і споживання, неможливість складування, повернення і переадресування) і призначений для перетворення у механічну (через використання електроустановок і струмоприймачів) або теплову енергію. Електрична енергія, вироблена на об'єктах електроенергетики, має споживчу вартість і виступає на ринку як товар.

Під **тепловою енергією** слід розуміти теплоносії – рідку або газоподібну речовину (пара, гаряча і перегріта вода), що циркулює у трубах або каналах і передає теплову енергію в системах теплопостачання, опалення, вентиляції та технологічних установках. Теплова енергія, що виробляється на об'єктах сфери теплопостачання (теплогенеруючі станції, теплові електростанції, котельні тощо) та на об'єктах електроенергетики для опалення, підігріву питної води, інших господарських і технологічних потреб споживачів, визнається товарною продукцією, призначеною для купівлі-продажу.

Слід також додати, що на зміст специфічних ознак предмета злочину, передбаченого ст. 188-

1 КК, безпосередньо впливають і особливості використання альтернативних джерел енергії – відновлювальних джерел енергії, перелік і особливості використання яких наведено у ст. 1 Закону України «Про альтернативні джерела енергії» від 20 лютого 2003 року. Ці особливості зумовлені, зокрема, природними умовами, серед яких: 1) залежність виробленої енергії від атмосферних та інших умов довкілля; 2) наявність водних ресурсів малих річок, необхідних для роботи гідроенергетичного обладнання; 3) наявність біомаси, кількість якої залежить від обсягів щорічних урожаїв; 4) наявність геотермальних джерел та свердловин, придатних для виробництва та використання геотермальної енергії; 5) наявність теплових викидів, обсяги яких залежать від функціонування підприємств промисловості; 6) періодичність природних циклів, внаслідок чого виникає незбалансованість виробництва енергії; 7) необхідність узгодження та збалансування періодичності передання обсягів енергії, зокрема електричної, виробленої з альтернативних джерел, в об'єднану енергетичну систему України<sup>121</sup>.

Не визнається предметом злочину, передбаченого ст. 188-1 КК, газ – корисна копалина, яка являє собою суміш вуглеводів та неуглеводних компонентів, перебуває у газоподібному стані за стандартних умов (тиску 760 мм ртутного стовпа і температурі 20°C), та є товарною продукцією, яка за допомогою використання відповідних приладів може перетворюватися у теплову або електричну енергію<sup>122</sup>. Протиправне заволодіння газом (як природним, так і штучним) залежно від способу злочинного посягання на цей різновид майна повинне розцінюватися, зокрема, як крадіжка (ст. 185 КК), грабіж (ст. 186 КК) чи шахрайство (ст. 190 КК).

**Об'єктивна сторона** аналізованого злочину виражається у викраденні будь-яким способом (таємно, відкрито, із застосування обману тощо) електричної або теплової енергії. При цьому у диспозиції ч. 1 ст. 188-1 КК конкретизовано, що зло-

<sup>121</sup> Чумаченко Т.А. Предмет викрадення електричної та теплової енергії шляхом її самовільного використання: проблеми визначення // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 8. – С. 43–44.

<sup>122</sup> В юридичній літературі (О.І. Бойко, Ю.А. Костанов) з цього приводу зазначається, що газ як носій енергії (поряд із твердими і рідкими її носіями – вугіллям, бензином, іншими видами палива), на відміну від електричної енергії, має речово-предметні характеристики.

П.В. Олійник, довівши спільність ознак (насамперед фізичної), притаманних, з одного боку, паливному газу, та, з іншого, електричній і тепловій енергії, висуває цікаву в аспекті вдосконалення КК пропозицію про уніфікацію умов притягнення до кримінальної відповідальності за злочинні посягання на вказані види енергії та паливний газ (Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2010. – С. 10, 114, 116, 140–141).

<sup>119</sup> Антонюк Н.О. Проблема кримінально-правової кваліфікації незаконного використання електроенергії // Вісник Львівського національного університету. Сер. юридична. – 2004. – Вип. № 39. – С. 424.

<sup>120</sup> Бойко А.И., Костанов Ю.А. Уголовно-правовая квалификация незаконного пользования электроэнергией // Вопросы борьбы с преступностью. Вып. 4. – М.: Юрид. лит., 1985. – С. 38–43.



чин може бути вчинено шляхом: 1) самовільного використання енергії без приладів обліку, якщо використання таких приладів є обов'язковим; 2) пошкодження приладів обліку<sup>123</sup>.

Відповідно до положень чинного законодавства споживання електричної та теплової енергії здійснюється на підставі договору енергопостачання, згідно з яким енергопостачальник відпускає електричну або теплову енергію споживачеві, а останній зобов'язаний оплатити прийняту енергію та дотримуватись передбаченого договором режиму її використання. Споживання енергії без оформлення договору не допускається. Відповідно, викрадення електричної або теплової енергії може мати місце у разі її споживання взагалі без укладення договору енергопостачання або за наявності договору, однак із порушенням установлених правил споживання енергії. Суть злочину, передбаченого ст. 188-1 КК, полягає в тому, що винна особа незаконно (самовільно, всупереч установленому порядку) і безоплатно споживає електричну або теплову енергію, завдаючи значної (великої) шкоди потерпілому.

**Самовільне використання електричної або теплової енергії без приладів обліку** має місце тоді, коли винний споживає енергію безконтрольно – без відповідних приладів обліку за умови, що використання таких приладів обліку є обов'язковим. Наприклад, особа за допомогою замаскованого перемикача прихованої електропроводки споживає електричну енергію поза приладом обліку – без обов'язкового у цьому разі підрахування кількості спожитої енергії. Обов'язковість використання приладів обліку визначається нормативно встановленими правилами користування електричною та тепловою енергією та укладенням на їх підставі договором про користування енергією.

*Так, Франківський районний суд м. Львова визнав Ч. винним у викраденні електричної енергії. Суд установив, що підсудний Ч., маючи умисел на викрадення електроенергії, у період з 2002 р. по 2008 р. періодично самовільно підключав орендоване ним приміщення до мережі електропостачання й використовував її без приладів обліку, а також не здійснив оплату за використану електроенергію на загальну суму 48 123 грн. 55 коп.*

<sup>123</sup> Ю.В. Кириченко правий у тому, що перераховані у чинній редакції ст. 188-1 КК способи викрадення електричної або теплової енергії є не стільки кримінально-правовими, скільки криміналістичними (технічними), а тому їм не місце у тексті відповідної кримінально-правової заборони (Кириченко Ю.В. Кримінальна відповідальність за викрадення електричної або теплової енергії: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – С.48–49). Вельми показовою у цьому плані є назва одного російського бестселера із досліджуваної тематики, автором якого є доктор технічних наук В.В. Крамник: «102 способа хищения электроэнергии». М., 2008. – 160 с.).

*Враховуючи встановлені обставини, суд зробив висновок про доведеність вини Ч. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 188-1 КК, оскільки останній викрав електричну енергію шляхом її самовільного використання без приладів обліку<sup>124</sup>.*

Прилади обліку, якщо йдеться про таких споживачів електроенергії як населення, повинні мати пломби з відбитком повірочного клейма територіального органу Держспоживстандарту і пломби з відбитком клейма (логотипу) енергопостачальника. Для розрахункового обліку електричної енергії, яку споживають юридичні особи і фізичні особи-підприємці, мають використовуватись засоби обліку (лічильники, трансформатори струму і напруги, кола обліку тощо), які внесені до Державного реєстру засобів вимірювальної техніки, допущених до застосування в Україні. Ці засоби обліку мають бути опломбовані на кріпленні кожуха лічильника пломбою з тавром Держспоживстандарту, а на затискній кришці – пломбою електропередавальної організації. Для обліку відпуску та споживання теплової енергії застосовуються прилади комерційного обліку, внесені до Державного реєстру засобів вимірювальної техніки, або ті, що пройшли державну метрологічну атестацію.

За загальним правилом, споживання електричної енергії без приладів (засобів) обліку не допускається. Водночас законодавство дозволяє тимчасове безоблікове споживання електричної енергії, яке здійснюється на підставі відповідного договору між споживачем та енергопостачальником (наприклад, тоді, коли виникає необхідність використання електроенергії для виконання робіт протягом декількох годин або діб, а встановлення приладу обліку недоцільне або неможливе). Така поведінка споживача електричної енергії є правомірною та не є підставою для кваліфікації за ст. 188-1 КК. Висновок про відсутність самовільного (безоблікового) використання енергії слід робити і в тому випадку, коли споживач за відсутності у квартирі (будинку садибного типу) засобів обліку теплової енергії сплачує за отримані послуги (постачання гарячої води і централізоване опалення) за встановленими нормативами.

**Пошкодження приладів обліку** як спосіб викрадення електричної чи теплової енергії передбачає приведення таких приладів у стан, який виключає їх повноцінне використання за цільовим призначенням і забезпечує неконтрольоване такими приладами (без обліку взагалі чи з неповним обліком) використання (споживання) електричної чи теплової енергії (наприклад, розбивання окремих елементів приладів обліку,

<sup>124</sup> Архів Франківського районного суду м. Львова. Справа № 1-278 за 2009 р.

руйнування їх корпусу чи окремих деталей, заливання рідиною). Пошкодження приладів (засобів) обліку може поєднуватись із пошкодженням пломб, під яким слід розуміти порушення цілісності пломб, пломбувального матеріалу (дріт, кордова нитка тощо), на якому встановлені пломби, гвинтів, на яких закріплено пломбувальний матеріал, фальсифікацію тавр про перевірку засобів обліку, тавр електропередавальної організації, тавр інших заінтересованих сторін, відбитки яких нанесені на пломби. За правилами користування електричною та тепловою енергією пошкоджені прилади обліку та прилади обліку із пошкодженими пломбами підлягають експертизі, що проводиться відповідною комісією, до складу якої входять представники енергопостачальника і територіальних органів Держспоживстандарту. Акт, який складається за результатами відповідної експертизи, є важливим для встановлення ознак викрадення енергії шляхом пошкодження приладів обліку. Водночас проведення експертизи не обов'язкове у разі визнання споживачем факту втручання у роботу розрахункових засобів обліку, факту умисного їх пошкодження або пошкодження пломб із відбитками належних тавр.

До **інших способів** викрадення електричної чи теплової енергії можна віднести, зокрема: самовільне підключення до електро- чи тепломережі, в результаті якого здійснюється споживання енергії без укладення з енергопостачальником договору про користування енергією (у т. ч. підключення до електромережі поза приладом (засобом) обліку прихованою електропроводкою та під'єднання від'єданого представниками енергопостачальної організації електрообладнання); втручання в роботу приладів (засобів) обліку, що призводить до перекручення даних про обсяг (кількість) спожитої енергії (механічне гальмування диска приладу обліку; встановлення перемички, яка шунтує коло струму лічильника; використання різного роду пристроїв (наприклад, автотрансформаторів), що зменшують покази приладу обліку; зміну положення лічильника після його встановлення; знеструмлення кіл струму або кіл напруги приладу обліку; самовільне встановлення споживачем трансформаторів струму чи напруги, коефіцієнти трансформації яких не відповідають установленим вимогам, тощо); зміну схеми увімкнення приладів обліку; користування пільгою щодо сплати за споживання електричної або теплової енергії, якщо пільгу надано в результаті подання особою завідомо неправдивих відомостей; водорозбір із систем опалення через крани та інші пристрої.

Якщо діяння, вчинене з метою викрадення

електричної або теплової енергії, утворює самостійний склад злочину (наприклад, умисне або необережне знищення чи пошкодження майна, фальсифікація засобів вимірювання), дії винного потребують додаткової кваліфікації за відповідними статтями КК (зокрема, застосуванню підлягають статті 194, 196, 226 КК).

*Вироком Каланчацького районного суду Херсонської області Ц. та К. було засуджено за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 192, ч. 2 ст. 188-1 КК. Під час розгляду кримінальної справи суд установив що Ц., мешкаючи разом із К., у період з 25 лютого 2004 р. по 30 травня 2005 р., шляхом обману, який виразився у неодноразових накидах дроту на електролінію 0,4 кВ біля житлового будинку, в якому вони мешкають, підключались до електролінії та незаконно, неодноразово самовільно використовували електричну енергію в побуті без приладів обліку, для власних потреб та потреб сім'ї. Своїми діями Ц. та К. заподіяли ВАТ «Енергопостачальна компанія «Херсонобленерго» шкоду на суму 9791 грн. 43 коп.*

*Вони ж, у період з 30 травня 2005 р. по 25 січня 2007 р., діючи за попередньою змовою, неодноразово, маючи єдиний корисливий умисел на викрадення електричної енергії шляхом її довготривалого безоплатного та без облікового використання для побутових потреб своєї сім'ї, шляхом неодноразового накиду дроту на електролінію 0,4 кВ біля житлового будинку, в якому мешкають підсудні, підключались до електролінії та незаконно, неодноразово, шляхом самовільного використання електричної енергії в побуті без приладів обліку викрадали її для власних потреб та потреб сім'ї, чим спричинили ВАТ «Енергопостачальна компанія «Херсонобленерго» шкоду на суму 14 689 грн. 11 коп. Усього діями підсудних ВАТ «Енергопостачальна компанія «Херсонобленерго» було заподіяно майнову шкоду на загальну суму 24480 грн. 54 коп.*

*Місцевий суд кваліфікував дії Ц. та К. за ч. 2 ст. 192 КК як заподіяння майнової шкоди шляхом обману за відсутності ознак шахрайства, вчинене за попередньою змовою групою осіб, що заподіяло шкоду в великих розмірах, та за ч. 2 ст. 188-1 КК як викрадення електричної енергії шляхом її самовільного використання без приладів обліку, що завдало значну шкоду, вчинене повторно та за попередньою змовою групою осіб<sup>125</sup>.*

Враховуючи ту обставину, що ст. 188-1 КК було введено у дію Законом України від 31 травня 2005 року, суд у наведеній кримінальній справі зробив висновок про наявність у діях засуджених реальної сукупності злочинів, передбачених відповідними частинами ст.ст. 192 та 188-1 КК.

<sup>125</sup> Архів Каланчацького районного суду Херсонської області. Справа № 1-114 за 2007 р.

Правило про зворотну дію кримінального закону у цьому випадку не застосовується, оскільки санкція ч. 2 ст. 188-1 КК є більш суворою, ніж санкція ч. 2 ст. 192 КК<sup>126</sup>.

Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання утворює склад закінченого злочину, якщо такими діями завдано значну шкоду, розмір якої, відповідно до примітки до ст. 188-1 КК у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян<sup>127</sup>.

При визначенні розміру шкоди, завданої викраденням електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання, необхідно спиратись, зокрема, на вимоги Методики визначення обсягу та вартості електричної енергії, не облікованої внаслідок порушення споживачами правил користування електричною енергією, затвердженої постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України (НКРЕ) від 4 травня 2005 року № 562, та Правил користування тепловою енергією, затверджених постановою КМУ від 3 жовтня 2007 року № 1198. Так, визначення розміру збитків, завданих енергопостачальнику внаслідок викрадення електричної енергії, здійснюється з урахуванням: 1) тарифів для споживачів відповідної групи та класу напруги; 2) величини розрахункового добового споживання електроенергії; 3) кількості днів, протягом яких споживання електроенергії здійснювалося з порушенням установлених правил. Визначена у такий спосіб сума має бути зменшена на величину вартості електричної енергії відповідно до

<sup>126</sup> Питання про співвідношення ст. 192 і ст. 188-1 КК належить у доктрині до числа спірних. При цьому цілком очевидно, що все різноманіття способів караного за ст. 188-1 КК самовільного споживання енергії не може бути зведене до обману як неповідомлення певних даних або повідомлення неправдивих відомостей. У науково-практичному коментарі до ст. 87-2 попереднього КК прямо зазначалось, що самовільне використання із корисливою метою електричної або теплової енергії може бути відкритим, таємним або обманним. В юридичній літературі (В.В. Кузнецов) вказується на те, що незаконне підключення до електромережі може здійснюватись як таємно, так і відкрито, а у відгуку на дисертацію Т.А. Чумаченко офіційний опонент В.І. Борисов зауважив, що на відміну від злочину, передбаченого ст. 192 КК, обман та зловживання довірою не охоплює всі можливі способи причинення майнової шкоди внаслідок самовільного використання електричної або теплової енергії. За таких обставин безспірним виглядає роз'яснення Пленуму Верховного Суду РФ (п. 16 постанови Пленуму від 27 грудня 2007 р. № 51 «Про судову практику у справах про шахрайство, привласнення і розтрату»), згідно з яким несанкціоноване підключення до електромережі, що створює можливість безоблікового споживання електроенергії, треба визнавати різновидом караного за ст. 165 КК РФ заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою.

<sup>127</sup> Самовільне використання з корисливою метою електричної та теплової енергії без приладів обліку (якщо використання приладів обліку обов'язкове) або внаслідок умисного пошкодження приладів обліку чи у будь-який інший спосіб, що не завдало значної або великої шкоди, тягне адміністративну відповідальність за ст. 103-1 КпАП.

виставлених споживачеві за період порушення рахунків за електричну енергію та (або) вартості оплаченої за цей період електричної енергії. Водночас слід враховувати, що, з огляду на специфіку передбачених методикою НКРЕ підрахунків, визначена за її допомогою сума збитків, завданих енергопостачальнику безобліковим споживанням електроенергії, може і не збігатись із розміром шкоди, фактично спричиненої потерпілому злочинним викраденням електричної енергії<sup>128</sup>.

**Суб'єкт** злочину – загальний. Злочин може бути вчинений як споживачем (працівником організації-споживача), так і працівником суб'єкта господарювання, який займається виробництвом або постачанням електричної чи теплової енергії. Якщо злочин, передбачений ст. 188-1 КК, вчинений службовою особою, такі дії утворюють склад відповідного злочину у сфері службової діяльності і вчинене потребує кваліфікації за сукупністю статей. Саме такого висновку дійшов суд першої інстанції у наступному прикладі.

*Вироком Рогатинського районного суду Івано-Франківської області директора ПП НДТП «Рогатинське» П. засуджено за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 188-1 та ч. 2 ст. 364 КК. Під час розгляду кримінальної справи було встановлено, що в період з вересня 2005 р. по березень 2008 р. П. з метою викрадення електричної енергії, зловживаючи службовим становищем, умисно, із корисливих спонукань, з метою отримання прибутку від виробничої діяльності підприємства, всупереч установленому законом порядку, усвідомлюючи протиправність своїх дій та передбачаючи їх суспільну небезпеку, маючи вільний доступ до шин шинного моста, які з'єднують клеми силового трансформатора та клеми ввідного комутаційного апарату, що*

<sup>128</sup> Визначені за допомогою Методики параметри є приблизними, орієнтовними, такими, що не мають належного ступеню достовірності. З огляду на презумпцію невинуватості, звернення до Методики НКРЕ при притягненні особи до кримінальної відповідальності за ст. 188-1 КК неминує породжувати питання про конституційність такого обвинувачення. Відомо, що не будь-яка заподіявана злочинною шкодою визнається суспільно небезпечними наслідками як ознакою складу конкретного злочину; такі ознаки мають піддаватись більш-менш точному встановленню в порядку, визначеному КПК. Приблизники точки зору, згідно з якою енергія є властивістю майна, якій не притаманна матеріальність, в обґрунтування своєї позиції, крім всього іншого, вказують на неможливість визначення моменту закінчення викрадення електроенергії. Врахування процесуальної здійсненості кримінального переслідування як одного з принципів криміналізації дозволяє у постановочному плані висловити думку про необхідність заміни у розглядуваному складі злочину (за умови збереження його в чинному КК) заподіяння значної (великої) шкоди на іншу криміноутворюючу ознаку. Тим більше, що в юридичній літературі доведено: «...безобліково спожита електроенергія не може бути визнана збитками, а є товаром, яким споживач скористався, але за нього не заплатив» (Сергеев Р. Прогаалині щодо стягнення збитків із споживачів електроенергії // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 8. – С. 38).



знаходяться в приміщенні закритої трансформаторної підстанції, яка належить споживачу електроенергії, поза приладами обліку приєднав до вказаних шин два силових чотирьохжильні позаоблікові кабелі. У результаті таких дій П. викрав електричну енергію шляхом її самовільного використання в кількості 2399195 кВт/год., чим заподіяв шкоду ВАТ «Прикарпаттяобленерго» на суму 1 001 013 грн., що визнається шкодою у великих розмірах.

Також, будучи наділеним службовими обов'язками та реально виконуючи їх, у порушення вимог ст. 26 Закону України «Про електроенергетику» та п. 2.3.5. договору про постачання електричної енергії, П. не забезпечив безперешкодний доступ відповідальних представників енергопостачальника до власних електричних установок-устаткування і споруд, призначених для споживання електричної енергії, що знаходились у приміщеннях діючих теплиць ПП НДТП «Рогатинське» для контролю за рівнем споживання електричної енергії.

Оцінивши наведені обставини в їх сукупності, суд дійшов висновку про доведеність вини підсудного П. у вчиненні злочинів і кваліфікував дії останнього за ч. 2 ст. 188-1 КК як вчинення умисних дій, які виразились у викраденні електричної енергії шляхом її самовільного використання без приладів обліку, які завдали шкоду у великих розмірах, та за ч. 2 ст. 364 КК як вчинення умисних дій, які виразились у зловживанні службовим становищем, тобто умисне, із корисливих мотивів використання службовою особою службового становища всупереч інтересам служби, що заподіяло тяжкі наслідки інтересам юридичної особи<sup>129</sup>.

**Суб'єктивна сторона** розглядуваного діяння характеризується прямим умислом. Усвідомлюючи фактичну сторону вчинюваного діяння, винна особа: 1) розуміє соціальне значення своїх дій, що полягають у самовільному безоплатному використанні відповідного виду енергії; а також 2) передбачає настання наслідку у вигляді отримання майнової вигоди або уникнення майнових витрат із одночасним заподіянням власнику енергії матеріальної шкоди. Вольовий момент умислу на вчинення злочину, передбаченого ст. 188-1 КК, знаходить свій прояв у тому, що незаконне покращення матеріального становища завдяки незаконному споживанню енергії є завжди бажаним і очікуваним для винного.

Як правило, винна у вчиненні досліджуваного злочину особа прагне збагатитись за рахунок несплати за фактично спожиту енергію. Разом з тим не виключається самовільне споживання

електричної або теплової енергії не з корисливих, а з інших спонукань (наприклад, з помсти)<sup>130</sup>.

**Вимагання** (ст. 189 КК)<sup>131</sup>. Згідно з кримінальним законодавством України вимагання – це вимога передачі чужого майна чи права на майно або вчинення будь-яких дій майнового характеру з погрозою насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб, пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці<sup>132</sup>. Вимагання є одним із найнебезпечніших діянь, передбачених VI розділом Особливої частини КК, адже, як і розбій, воно посягає не лише на право власності особи, майно якої виступає предметом злочину, а й на свободу особи, на адресу якої висловлено вимогу, а також на такі цінності як здоров'я, честь, гідність людини тощо.

**Основним безпосереднім об'єктом** цього злочину є право власності суб'єкта, майно якого виступає предметом злочину. Додатковим обов'язковим об'єктом вимагання виступає свобода особи, на адресу якої висловлено вимогу<sup>133</sup>. Крім того, як свідчить побудова диспозиції ч. 1 ст. 189 КК, додатковими факультативними об'єктами цього злочину є: а) здоров'я особи, на адресу якої висловлено вимогу, а також її близьких родичів (цієї цінності створюється реальна загроза завдання шкоди у тому разі, якщо вимога винного поєднана з погрозою застосування

<sup>130</sup> У цьому аспекті вельми цікаву ситуацію наводить А.Е. Жалінський, коли аналізує передбачений ст. 248 КК ФРН склад злочину «вилучення електроенергії». Йдеться про суб'єкта, який за відсутності господаря потрапив у помешкання сусіда і, не дивлячись на спекотну погоду на вулиці, цілодобово включав електроопалення (Жалінский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – С. 483).

<sup>131</sup> Кримінальна відповідальність за вимагання передбачена в кримінальному законодавстві майже всіх країн світу. Спостерігається й практично однаковий підхід до визначення змісту цього діяння (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. – С. 219–222).

<sup>132</sup> На думку Л.О. Семикіної, наведене в ч. 1 ст. 189 КК визначення вимагання є вимаганням у так званому «вузькому розумінні». До вимагання в «широкому розумінні» зазначена криміналістка відносить як власне вимагання (ст. 189 КК), так і ті види вимагання, про які йдеться в статтях 262, 308, 312, 313, 357 і 410 КК. Вимагання ж у «найбільш широкому розумінні», з погляду цієї дослідниці, включає вимагання в широкому розумінні та суспільно небезпечні діяння, що полягають в одержанні незаконної винагороди та хабара шляхом вимагання, передбачені ст. 354 і ч. 2 ст. 368 КК (Семикіна Л.О. Щодо визначення поняття «вимагання» // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2007. – № 3 (34). – С. 230–236).

<sup>133</sup> Дьоменко С.В. Вимагання: кримінально-правовий та кримінологічний аналіз: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2005. – С. 49.

<sup>129</sup> Архів Рогатинського районного суду Івано-Франківської області. Справа №1-6 за 2009 р.

«насильства над потерпілим чи його близькими родичами»); б) *права, свободи або законні інтереси*<sup>134</sup> особи, на адресу якої висловлено вимогу, а також її близьких родичів (цим цінностям створюється реальна загроза завдання шкоди у тому разі, якщо вимога винного поєднана з погрозою «обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб»); в) *право власності особи*, на адресу якої висловлено вимогу, її близьких родичів, а також інших осіб [цієї цінності створюється реальна загроза завдання шкоди у тому разі, якщо вимога винного поєднана з погрозою «пошкодження чи знищення їхнього (особи, на адресу якої висловлено вимогу, її близьких родичів – авт.) майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною»]; г) *честь, гідність, право на таємницю приватного життя особи*, на адресу якої висловлено вимогу, а також її близьких родичів (цим цінностям створюється реальна загроза завдання шкоди у тому разі, якщо вимога винного поєднана з погрозою «розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці»).

Під «*потерпілим*» у диспозиції ч. 1 ст. 189 КК розуміється особа, на адресу якої висловлено вимогу. Це обумовлено тим, що саме її волю (за допомогою висловлення погрози) винний намагається придушити та примусити передати майно чи права на майно, вчинити інші дії майнового характеру. Загалом же потерпілим від злочину, передбаченого ст. 189 КК, може бути власник майна, особа, якій ввірене чи під охороною якої перебуває майно, особа, яка має доступ до майна чи виконує технічні функції щодо його перевезення, близькі родичі цих осіб тощо.

*Близькими родичами (членами сім'ї)* відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК 2012 р. є чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки, в тому числі особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> При цьому слід погодитися з С.М. Кочою у тому, що «законні інтереси» лише умовно можна вважати додатковим об'єктом вимагання через аморфність цього поняття (Кочою С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 238).

<sup>135</sup> Слід звернути увагу, що у визначеннях вимагання, які містилися в диспозиціях статей 86-2 («Вимагательство державного або колективного майна») та 144 («Вимагательство») КК 1960 року на відміну від дефініції вимагання, наведеної в нині чинній редакції ч. 1 ст. 189 КК, йшлося про погрози, висловлені щодо потерпілого та близьких йому осіб, а не

потерпілого та його близьких родичів.

У кримінально-правовій літературі розглядувана законодавча новела зазнала критики з боку багатьох дослідників кримінальної відповідальності за вимагання. Так, В.П. Смельянов звернув увагу на те, що оскільки в раніше чинному кримінальному законодавстві існував термін «близькі особи», то вказана законодавча новела означає декриміналізацію багатьох найнебезпечніших діянь за рахунок звуження кола близьких потерпілому осіб, котрі не належать до близьких родичів, але погрози щодо яких не менш значні для потерпілого, проте зовсім безпечні для вимагачів, тому що не утворюють складу вимагання. Тобто, вживання у статтях нового КК такого терміна як «близькі родичі» є, по суті, «подарунком для злочинців» (Смельянов В.П. Окремі проблеми застосування новела Кримінального кодексу України // Право України. – 2002. – № 9. – С. 110). З цією думкою повністю погоджується С.В. Дьоменко та зазначає, що обсяг поняття «близькі родичі» значно вужчий за обсяг поняття «близькі особи» та не охоплює собою тих осіб, які для потерпілого виключно важливі, дорогі, але не є близькими родичами. У зв'язку з цим зазначений автор робить висновок, що в КК 1960 року вирішення цього питання було більш вдалим (Дьоменко С.В. Вимагання: кримінально-правовий та кримінологічний аналіз: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2005. – С. 23, 196). Схожих висновків дійшла О.І. Дітріх (Дітріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 9). На думку Л.О. Семікіної, визнання злочинним вимагання, поєднаного з погрозою реалізації протиправних дій, описаних у ч. 1 ст. 189 КК, щодо потерпілого та виключно його близьких родичів є свідченням порушення принципу безпрогаєності. Усунути ж цю прогалину, на думку цієї дослідниці, можна шляхом заміни слів «близькі родичі» словом «близькі» (Семікіна Л.О. Вимагання за Кримінальним кодексом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2011. – С. 15).

З нашої точки зору, пропозиція про повернення до раніше застосовуваного підходу у визначенні кола осіб щодо яких може висловлюватися погроза при вимаганні та заміну в ч. 1 ст. 189 КК терміну «близькі родичі» понятійним зворотом «близькі особи» чи словом «близькі» потребує схвалення через низку обставин.

По-перше, не всі особи, котрі віднесені чинним кримінально-процесуальним законодавством до категорії близьких родичів є насправді близькими (дорогими, цінними, доля яких не байдужа) для потерпілої від вимагання особи. Наприклад, для онука, який ніколи не бачив і не спілкувався зі своїм дідом, може й не мати жодного значення погроза реалізації дій, описаних у ч. 1 ст. 189 КК, щодо останнього.

По-друге, близькими (дорогими, цінними, доля яких не байдужа) для потерпілої від вимагання особи можуть бути й ті особи, які не є для неї родичами взагалі. Так, вимога передачі майна, поєднана з погрозою згвалтування найкращої подружки чи нареченої потерпілого, вочевидь, є психічним насильством, спрямованим на примушування до виконання пред'явленої винним майнової вимоги, однак через недосконалість конструкції складу злочину, передбаченого ст. 189 КК, не може кваліфікуватися як вимагання.

По-третє, визначення кола осіб, яких слід відносити до близьких родичів через посилання на п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК 2012 р. є далеко не безспірним рішенням, адже у зазначеній статті містяться роз'яснення значення термінів, вжитих виключно «в цьому Кодексі». Іншими словами, правових підстав для висновку, що в КК термін «близькі родичі» вживається в тому ж значенні, що й у КПК (тобто охоплює собою таких осіб як чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки, в тому числі особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі) немає. Це зауваження має принципове значення через те, що в

Предметом цього злочину може бути лише чуже майно<sup>136</sup>. Особливістю предмета вимагання є те, що ним може бути не тільки майно, яке на момент посягання знаходиться у потерпілого, а й майно, яке перебуває в цей момент у фактичному володінні винного (одержане ним у борг, на зберігання, для ремонту тощо). Володіючи певною річчю, вимагач може зажадати від її власника не пред'являти претензій до її повернення. Відтак, майно як предмет вимагання відрізняється від предмета інших посягань на власність. Неможливо, наприклад, шляхом грабежу або в результаті розбою заволодіти чужим майном, якщо воно на момент посягання вже знаходиться у винного. Предметом вимагання може бути також майно, якого немає у потерпілого в момент вимоги про його передачу і надходження якого до нього лише передбачається<sup>137</sup>.

**3 об'єктивної сторони** вимагання полягає у вчиненні двох взаємопов'язаних дій: 1) *пред'явленні майнової вимоги*; 2) *психічному насильстві*, спрямованому на примушування потерпілого (особи, на адресу якої висловлено вимогу) до виконання пред'явленої винним вимоги<sup>138</sup>.

українському законодавстві не спостерігається єдиного підходу до визначення розглядуваного терміну. Наприклад, зі змісту ч. 1 ст. 68 ЦК випливає, що близькими родичами є лише батьки, діти, брати та сестри, а вітчим, мачуха, пасинок, падчерка, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки, в тому числі особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбні належать до цієї категорії. У такій ситуації виникає питання про те, якими ж нормами слід керуватися під час визначення змісту терміну «близькі родичі» у КК: найбільш «близькими» до кримінального законодавства (п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК 2012 р.) чи найбільш «гуманними» та сприятливими для винного в умовах неоднозначності юридичної термінології (ч. 1 ст. 68 ЦК)?

По-четверте, використання в ч. 1 ст. 189 КК понятійного звороту «близькі особи» чи слова «близькі» замість терміну «близькі родичі», з одного боку, дозволило б уникнути порушення правил законодавчої техніки побудови кримінально-правових норм і принципів криміналізації суспільно небезпечних діянь, а з іншого – сприяло б подальшому процесу уніфікації законодавчої термінології, адже в багатьох нормах КК саме такі конструкції вже використовуються (зокрема у статтях 126, 149, 206, 280, 350).

<sup>136</sup> Обґрунтування думки про те, що «право на майно» та «дії майнового характеру» не є предметами цього злочину містяться у першому параграфі цієї глави.

<sup>137</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 514.

<sup>138</sup> На думку Л.О. Семикіної за ст. 189 КК кримінально караним має бути (*de lege ferenda*) не лише пред'явлення майнової вимоги, поєднане з психічним насильством, спрямованим на примушування потерпілого (особи, на адресу якої висловлено вимогу) до виконання пред'явленої винним вимоги, а й створення умов, за яких потерпілий вимушений надати майново блага з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо себе чи його близьких (Семикіна Л.О. Вимагання за Кримінальним кодексом України: Автореф.

*Пред'явлення майнової вимоги* як ознака складу злочину, передбаченого ст. 189 КК, означає висунення винним до потерпілого (особи, на адресу якої висловлено вимогу) однієї з вимог: а) передати чуже майно; б) передати право на чуже майно; в) вчинити інші дії майнового характеру<sup>139</sup>.

Під вимогою *передачі чуже майно* слід розуміти вимогу передати майно, яке є чужим для винного.

*Так, у грудні 2009 року Н., підійшовши до неповнолітнього О., котрий перебував біля приміщення місцевого кафе «Шинкар», що знаходиться в м. Шумськ, почав вимагати у останнього грошові кошти в сумі 100 грн., погрожуючи застосуванням до потерпілого насильства (побиття) у разі невиконання висловленої вимоги. Потерпілий О., злякавшись реалізації висловленої винним Н. погрози, віддав йому особисті гроші в сумі 100 грн. однією грошовою купюрою. Шумський районний суд Тернопільської області кваліфікував дії винного Н. за ч. 1 ст. 189 КК<sup>140</sup>.*

Під вимогою *передачі права на чуже майно* слід розуміти вимогу передати те чи інше речове право (право власності, право володіння, право користування, право розпорядження, право оперативного управління, правого господарського відання тощо) на майно, яке є чужим для винного<sup>141</sup>.

Під вимогою *вчинити інші дії майнового характеру*... канд. юрид. наук. – Х., 2011. – С. 11, 12, 16). Аналогічні міркування в 2009 році висловлювала й О.І. Дітріх (Дітріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 9).

Погодитися з наведеною пропозицією Л.О. Семикіної не можна хоча б через те, що поняття «створення умов» носить вкрай «розмитий», невизначений характер. У цьому зв'язку достатньо нагадати, що у доктрині кримінального права та у правозастосовній практиці так і не вироблено єдиного підходу до розуміння змісту словосполучення «створення умов», що вживається в ст. 14 КК при описанні готування до злочину. Так, на думку одних правників, створення умов може тягнути кримінальну відповідальність лише за умови, що воно було успішним, закінченим. З позиції ж інших дослідників злочинне створення умов охоплює як процес впливу винної особи на зовнішні для неї обставини, так і результат такого впливу.

<sup>139</sup> Слід звернути увагу, що в диспозиції ч. 1 ст. 189 КК вживається термінологічний зворот «будь-яких дій майнового характеру». Ураховуючи ж той факт, що передача майна та права на майно також є вчиненням дій майнового характеру, в цьому випадку більш доречно говорити не про «будь-які дії майнового характеру», а про «інші дії майнового характеру».

<sup>140</sup> Архів Шумського районного суду Тернопільської області. Справа № 1-15/2010 за 2010 р.

<sup>141</sup> У теорії кримінального права існує й інша думка щодо категорії «право на майно», яка використовується під час конструювання норм про кримінальну відповідальність за вимагання та шахрайство. Наприклад, В.І. Тюнін і Т.А. Огарь вважають, що під «правом на майно» слід розуміти виключно право власності (Тюнін В.І., Огарь Т.А. Право на имущество в составе мошенничества // Уголовный процесс. – 2006. – № 9. – С. 21–27).



рактору слід розуміти вимогу здійснити такі дії майнового характеру, які порушуватимуть речові права потерпілого. Наприклад, вимогу здійснити безоплатне перевезення на належному потерпілому автомобілі вантаж чи пасажирів слід кваліфікувати як вимагання, адже поряд із примушуванням до вчинення дій майнового характеру відбувається посягання на речові права потерпілого вільно володіти та користуватися власним майном. Якщо ж винний вимагатиме здійснити безоплатне перевезення вантажу чи пасажирів на належному йому (винному) автомобілі, то склад вимагання буде відсутній, оскільки таке діяння не посягає на речові права потерпілого (відсутній основний безпосередній об'єкт цього злочину). За наявності до того підстав таке діяння може бути кваліфіковане за ст. 146 КК. Вимога створити для винного з належних потерпілому матеріалів ту чи іншу рухоми річ (намалювати картину, вирізбити фігуру, виробити деталь тощо) є злочином, передбаченим ст. 189 КК, оскільки згідно з положеннями ст. 331 ЦК новостворена річ є власністю особи, яка її створила. Як вимагання слід розглядати й примушування потерпілого до збору ягід, лікарських рослин, вилову риби, а також здобуття інших речей у лісі, водоймі тощо, адже за правилами ст. 333 ЦК загальнодоступні дари природи є власністю особи, яка їх збрала (здобула). Отже, головною вимогою кваліфікації розглядуваних дій як вимагання є те, що поряд із примушуванням потерпілого до виконання тих чи інших дій майнового характеру має відбуватися й посягання на їхні речові права. В іншому разі діяння особи не можна розглядати як злочин проти власності.

Як у теорії кримінального права, так і в правозастосовній практиці загальноновизнано, що вимога як ознака об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 189 КК, завжди має бути незаконною (протиправною)<sup>142</sup>. Ця ознака вимоги не лише має суттєве значення для правильного розуміння юридичної природи розглядуваного злочину, а й є визначальною під час вирішення питань, пов'язаних із відмежуванням вимагання від примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ст. 355 КК) та від протидії законній господарській діяльності (ст. 206 КК).

Зокрема, в п. 15 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» зазначається, що при розмежуванні вимагання і злочи-

ну, передбаченого ст. 206 КК (протидія законній господарській діяльності), чи злочину, передбаченого ст. 355 КК (примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань), треба виходити з того, що при вимаганні винна особа керується корисливим умислом (мабуть, мається на увазі корисливим мотивом і умислом – авт.) на заволодіння не належним їй майном чи правом на таке майно або бажає вчинення на її користь дій майнового характеру.

Якщо винна особа, застосовуючи відповідні погрози чи насильство, таким умислом не керується, а має на меті примусити потерпілого припинити займатися господарською діяльністю чи обмежити її, укласти угоду або не виконувати укладеної угоди, виконання (невиконання) якої може заподіяти матеріальної шкоди або обмежити законні права чи інтереси того, хто займається господарською діяльністю, вчинене потрібно розглядати як протидію законній господарській діяльності і кваліфікувати, залежно від обставин за відповідною частиною ст. 206 КК.

Застосування погроз чи насильства без такого умислу з метою примусити потерпілого до виконання чи невиконання цивільно-правового зобов'язання належить кваліфікувати за відповідною частиною ст. 355 КК. При цьому слід мати на увазі, що відповідальність за цією статтею може наставати лише тоді, коли особу примушують до виконання (невиконання) існуючого зобов'язання, що виникло на підставах, передбачених чинним законодавством. Предметом такого зобов'язання можуть бути гроші, майно, послуги, результати творчості тощо.

Вимога виконати (не виконати) зобов'язання, що виникло на підставах, не передбачених чинним законодавством, або неіснуюче зобов'язання, або зобов'язання з невизначеним предметом, а так само використання факту існуючого зобов'язання для заволодіння майном, правом на майно або для вчинення дій майнового характеру, які ним не передбачені, належить кваліфікувати як вимагання.

Не є вимаганням примушування особи до оплати (вимоги оплати) наданих їй за угодою чи домовленістю послуг, наприклад: з перевезення особи чи майна, оплати переданого особі майна чи виконаних на її користь робіт тощо. Такі дії за наявності для того підстав мають кваліфікуватися як примушування до виконання цивільно-правового зобов'язання.

*У квітні 2004 року одинадцять мешканців с. Романківці Сокирянського району Чернівецької області приїхали в с. Коболчин Сокирянського району Чернівецької області та почали примушувати потерпілого К. виплатити кожному із них по 500 доларів США заробітної плати, яку вони не отримали за виконані ними будівельні робо-*

<sup>142</sup> Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 240; Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін. / За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х.: «Одіссей», 2007. – С. 505.

ти в м. Москва. При цьому вони нанесли декілька ударів потерпілому К. і погрожували завдати йому тяжкі тілесні ушкодження. Дії винних органами досудового слідства було кваліфіковано за ч. 2 ст. 355 КК як примушування до виконання цивільно-правових зобов'язань, вчинене за попередньою змовою групою осіб, поєднане з погрозою заподіяння тяжких тілесних ушкоджень і поєднане з насильством, що не є небезпечним для життя і здоров'я. У судовому засіданні потерпілий К. вимагав перекваліфікувати дії винних із ч. 2 ст. 355 КК на відповідні частини ст. 189 КК, оскільки вчинене, на думку потерпілого, є вимаганням.

Всебічно розглянувши справу, Кельменецький районний суд Чернівецької області відмовив у задоволенні зазначеного клопотання, мотивувавши своє рішення тим, що в березні 2004 р. між потерпілим К. та всіма підсудними було укладено усну домовленість, згідно з якою потерпілий К. брав на себе зобов'язання виплатити заробітну платню (чи недоплачену частину) тим особам, яким вона не буде виплачена в м. Москва. Крім того, як свідчать матеріали справи, між потерпілим і винними була чітка домовленість про розмір заробітної плати, виходячи з якого винні й висували свої майнові вимоги. Ураховуючи викладене, суд дійшов висновку, що правова оцінка вчиненого діяння, запропонована органами досудового слідства, є правильною та визнав усіх підсудних винними у скоєнні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 355 КК<sup>143</sup>.

Щоправда через зовнішню схожість ознак злочинів, передбачених статтями 189 і 355 КК, у правозастосовній практиці трапляються випадки неправильної кваліфікації дій винних.

Так, 4 грудня 2000 року вироком Московського районного суду м. Києва було засуджено Х. за ч. 2 ст. 144 КК 1960 р. до шести років позбавлення волі з конфіскацією всього майна та П. за ч. 2 ст. 144 КК 1960 р. до чотирьох років позбавлення волі. Ухвалою судової колегії у кримінальних справах Київського міського суду від 27 березня 2001 року цей вирок залишено без змін. Х. та П. засуджені за те, що вони за попередньою змовою під погрозою застосування насильства та із застосуванням насильства, що не було небезпечним для життя і здоров'я потерпілого, вчинили вимагання індивідуального майна Г., вимагаючи від нього 12000 доларів США.

11 жовтня 2002 року ВСУ на спільному засіданні Судової палати у кримінальних справах та Військової палати розглянув вказану кримінальну справу за внесеним поданням п'яти суддів, клопотанням засудженого Х. та захисника К.

<sup>143</sup> Архів Кельменецького районного суду Чернівецької області. Справа № 1-93/10 за 2010 р.

про перегляд справи в порядку виключного провадження. У своїй ухвалі Верховний Суд зазначив, що в касаційних скаргах засуджений Х. та його захисник з посиланням на докази, в т.ч. і на показання потерпілого Г., стверджували, що між Х. та Г. існували цивільно-правові відносини, які полягали в тому, що Г. не виконав належним чином прохання Х. передати 12000 доларів США його знайомим. У зв'язку з цим Х. хотів примусити виконати це цивільно-правове зобов'язання потерпілого Г. Засуджений П. та його адвокат теж ставили питання про безпідставне засудження П. за вимагання.

ВСУ своєю ухвалою скасував ухвалу судової колегії у кримінальних справах Київського міського суду від 27 березня 2001 року щодо Х. та П., а справу направив на новий апеляційний розгляд. При цьому в ухвалі ВСУ звернута увага на те, що при новому апеляційному розгляді справи належить розглянути і перевірити (при необхідності) і шляхом проведення судового слідства) всі доводи засуджених і їх захисників та вирішити справу з дотриманням всіх вимог чинного законодавства.

Рішенням колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду дії Х. та П. перекваліфіковано з ч. 2 ст. 144 КК 1960 року («Вимагательство») на ч. 2 ст. 198-2 КК 1960 року («Примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань»), зі зниженням покарання Х. до чотирьох років позбавлення волі, а П. – до трьох років позбавлення волі. Мотивував Апеляційний суд таке рішення тим, що дії Х. та П. були спрямовані не на заволодіння чужим майном, а на примушування Г. до виконання цивільно-правового зобов'язання – виконання договору доручення<sup>144</sup>.

Слід зазначити, що в кримінально-правовій доктрині питанням відмежування вимагання від примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ст. 355 КК) та від протидії законній господарській діяльності (ст. 206 КК) приділяється значна увага. Криміналістами вироблено низку важливих рекомендацій у цій сфері, які доречно використовувати в правозастосовній практиці<sup>145</sup>. Не менш важливими є рекомендації науковців і щодо відмежування ви-

<sup>144</sup> Кримінальна справа по обвинуваченню Хабіба А.Д. та Польового С.Ю. – Архів Голосіївського районного суду м. Києва, 2000 р.

<sup>145</sup> Дьоменко С.В. Деякі проблеми відмежування вимагання від суміжних складів злочинів та кваліфікації за сукупністю // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2003. – № 10. – С. 30–39; Кваліфікація злочинів: Навчальний посібник / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – С. 287–289; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., перероб. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 518–519.

магання від розбою та насильницького грабежу<sup>146</sup>.

**Психічне насильство**, спрямоване на примушування потерпілого (особи, на адресу якої висловлено вимогу) до виконання пред'явленої винним вимоги, може бути виражене в погрозі:

а) насильства над особою, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близькими родичами;

б) обмеження прав, свобод або законних інтересів особи, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близьких родичів;

в) пошкодження чи знищення майна особи, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близьких родичів або майна, що перебуває в віданні чи під охороною особи, на адресу якої висловлено вимогу;

г) розголошення відомостей, які особа, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близькі родичі бажають зберегти в таємниці.

Пленум ВСУ звертає увагу, що погроза при вимаганні має місце тоді, коли винна особа, висловлюючи її в будь-якій формі (словами, жестами, демонстрацією зброї тощо), бажає, щоб у потерпілого склалося враження, що якщо він протидіятиме винній особі або не виконає її вимог, то ця погроза буде реалізована. Це стосується і випадків, коли винна особа погрожує застосуванням предметів, які завідомо для неї не можуть бути використані для реалізації погроз (зіпсована зброя, макет зброї тощо), але потерпілий сприймає ці предмети як такі, що являють собою небезпеку для життя чи здоров'я. Така погроза може стосуватись як потерпілого, так і його близьких родичів і завжди містить у собі вимогу майнового характеру щодо передачі майна в майбутньому (абз. 2 п. 12 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»).

Із цього випливає, що погроза як ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 189 КК, має місце лише тоді, коли: а) винна особа, висловлюючи її в будь-якій формі (словами, жестами, демонстрацією зброї тощо), бажає, щоб у потерпілого склалося враження, що, якщо він протидіятиме винній особі або не виконає її вимог, то ця погроза буде реалізована; б) у

потерпілої особи й справді склалося враження, що якщо вона протидіятиме винній особі або не виконає її вимог, то ця погроза буде реалізована (тому, якщо винний погрожує вбивством дитини особі, у якої насправді дітей немає, вчинене слід кваліфікувати не як вимагання, а як замах на злочин, передбачений ч. 2 ст. 189 КК). Наявність обох зазначених ознак в конкретному посяганні є обов'язковою, адже лише в сукупності вони засвідчуватимуть той факт, що висловлена винним погроза є *реальною*.

На думку П.С. Матишевського та М.І. Мельника, в окремих випадках при вимаганні погроза може і не висловлюватись у звичайному смислі цього слова. Вимагач може обмежитись пред'явленням майнової вимоги, якщо розуміння об'єктивно існуючої погрози впливає із відносин між потерпілим і вимагачем, які передували вимаганню, інших обставин, які дають підстави робити висновок про можливе заподіяння шкоди. У таких випадках вимагач розраховує, що потерпілому без пред'явлення погрози зрозуміло про можливе заподіяння йому або його близьким певної шкоди, якщо він не виконає пред'явленої вимоги<sup>147</sup>.

*Так, під час розслідування кримінальної справи по обвинуваченню Л. та інших осіб потерпілі пояснили, що мали інформацію про раніше сковані злочини групою Л. та про те, яке насильство застосовувалося до тих осіб, які не виконували майнових вимог злочинців<sup>148</sup>.*

Погроза насильства над особою, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близькими родичами – це залякування особи, на адресу якої висловлено вимогу, тим, що в разі невиконання висловленої вимоги, винний застосує до неї чи її близьких родичів насильство будь-якого виду (йдеться про нанесення побоїв, мордування, заподіяння тілесних ушкоджень, позбавлення життя, позбавлення волі, з'валтування, насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, стиснення шиї, неодноразове занурювання голови в рідину, скидання з висоти, застосування зброї, спеціальних знарядь, електричного струму, наркотичних засобів, психотропних, отруйних чи сильнодіючих речовин тощо).

Встановлення, яким саме насильством погрожував вимагач, є обов'язковим у кожній кримінальній справі, оскільки від характеру на-

<sup>146</sup> Мельник М.І. Відмежування вимагательства від розбою і насильственного грабежу // Радянське право. – 1991. – № 10. – С. 30–33; Мельник Н.И. Уголовная ответственность за вымогательство личного имущества граждан: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1991. – С. 163–166; Лобачевский И.А. Квалификация вымогательства и отграничение от смежных составов преступлений: методические рекомендации. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. – 31 с; Дьоменко С.В. Вимагання: кримінально-правовий та кримінологічний аналіз: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2005. – С. 89–93; Гуня І.І. Кримінально-правова природа вимагання // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 року). – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 140.

<sup>147</sup> Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.И. Антипов и др.; отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. – К.: А.С.К., 2003. – С. 438–439; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 515.

<sup>148</sup> Лысенко В.В. Расследование вымогательства. – Х.: Университет внутренних дел, 1996. – С. 130.



сильства, залежить правильна кваліфікація дій винного.

*Погроза обмеження прав, свобод або законних інтересів особи, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близьких родичів* – це залякування особи, на адресу якої висловлено вимогу, тим, що в разі невиконання висловленої вимоги, винний створить перешкоди у реалізації цією особою чи її близькими родичами своїх прав, свобод або законних інтересів. Слід погодитися з М.І. Мельником у тому, що обмеження, яким погрожує вимагач, має незаконний характер (за відсутності законних підстав, в порушення встановленого порядку тощо) та може стосуватися будь-яких конституційних та інших прав чи свобод людини і громадянина або будь-яких законних інтересів. Так, вимагач може погрожувати обмежити потерпілого в праві на свободу пересування, зустрічі і спілкуванні з певними особами, вільного вибору місця проживання, на свободу світогляду і віросповідання, на підприємницьку діяльність тощо. Погроза обмежити незаконні інтереси потерпілого або його близьких родичів не утворює складу вимагання. Зміст і обсяг, в яких винний погрожує обмежити права та законні права потерпілого або його близьких родичів, значення для кваліфікації не мають. Якщо винний реалізував свою погрозу й обмежив зазначені права або законні інтереси інших осіб, його дії за наявності для того підстав повинні отримувати додаткову правову оцінку, зокрема за статтями Особливої частини КК, які передбачають відповідальність за злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина<sup>149</sup>.

*Погроза пошкодження чи знищення майна особи, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близьких родичів або майна, що перебуває в віданні чи під охороною особи, на адресу якої висловлено вимогу*, – це залякування особи, на адресу якої висловлено вимогу, тим, що в разі невиконання висловленої вимоги, винний приведе у повну чи часткову непридатність майна, у збереженні якої вона (особа, на адресу якої висловлено вимогу) зацікавлена. При цьому ані посіб, яким винний погрожує привести таке майно у повну чи часткову непридатність, ані характер, кількість, розмір чи вартість майна не мають жодного значення для правової оцінки дій вимагача.

*Погроза розголошення відомостей, які особа, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близькі родичі бажають зберегти в таємниці* – це залякування особи, на адресу якої висловлено вимогу, тим, що в разі невиконання висловленої вимоги,

винний повідомить стороннім особам дійсні чи вигадані дані про особу, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близьких родичів, про їхні дії чи дії, вчинені щодо них, розголошення яких із будь-яких міркувань є для них небажаним. До таких відомостей, зокрема, можуть належати дані про інтимні сторони життя, захворювання, аморальні вчинки, злочинну діяльність тощо.

*Так, у Луганській області громадянина Г. було запрошено в компанію для спільного вживання спиртних напоїв. У ході цього процесу до потерпілого поза його волею було застосовано психотропні речовини, в результаті дії яких він не міг згадати, тих подій, які відбувалися з ним. Наступного дня особі Г. було пред'явлено вимогу про передачу майна за нібито протиправні діяння, вчинені щодо дівчат, які були присутніми в зазначеній компанії<sup>150</sup>.*

Погроза розголосити відомості, які особа, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близькі родичі бажають зберегти в таємниці, означає можливість повідомити про них будь-яким способом хоча б одній особі, якій вони не були відомі, тоді як потерпілі особи бажали зберегти їх у таємниці.

Реалізація таких погроз під час вимагання не охоплюється ст. 189 КК. Якщо такі дії самі по собі є злочином (наприклад, передбаченим ст. 163 чи ст. 168 КК), вони підлягають окремій кваліфікації.

Слід зазначити, що ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 189 КК, мають вирішальне значення під час відмежування вимагання від грабежу та розбою. Так, Пленум ВСУ звертає увагу, що при розмежуванні вимагання і грабежу чи розбою слід виходити з того, що при грабежі та розбої насильство або погроза його застосування спрямовані на заволодіння майном у момент їх застосування. При цьому погроза становить собою такі дії чи висловлювання, які виражають намір застосувати насильство негайно. Дії, що полягають у насильстві або в погрозі його застосування, спрямовані на одержання майна в майбутньому, а також вимогу передати майно, поєднану з погрозою застосувати насильство до потерпілого або його близьких родичів у майбутньому, слід кваліфікувати як вимагання.

Якщо погроза насильства або саме насильство були застосовані з метою заволодіння майном потерпілого в момент нападу, але у зв'язку з відсутністю у нього майна винна особа пред'явила вимогу передати його в майбутньому, такі дії належить кваліфікувати залежно від характеру погроз чи насильства як розбій чи як замах на грабїж та за відповідною частиною ст. 189 КК (за наявності складу злочину).

Вимагання визнається закінченим з момен-

<sup>149</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Бріч, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 516.

<sup>150</sup> Лысенко В.В. Расследование вымогательства. – Х.: Университет внутренних дел, 1996. – С. 15.

ту пред'явлення вимоги, поєднаної з психічним насильством, зазначеним у диспозиції ч. 1 ст. 189 КК.

**Суб'єктом злочину**, передбаченого ст. 189 КК, може бути фізична осудна особа, яка досягла 14-річного віку.

**Суб'єктивна сторона** вимагання характеризується прямим умислом і метою заволодіння чужим майном, набуття права на чуже майно чи примушування до дій майнового характеру.

Вчиняючи вимагання особа усвідомлює, що висловлює вимогу, поєднану з психічним насильством; усвідомлює, що цими діями порушує правові та етичні норми суспільства щодо неприпустимості таких дій; передбачає можливість спричинення шкоди свободі особи, на адресу якої було висловлено вимогу, матеріальної шкоди власнику чи законному володільцю майна; бажає спричинити шкоду свободі особи, на адресу якої було висловлено вимогу, та матеріальну шкоду власнику чи законному володільцю майна.

Слід звернути увагу, що вимога, поєднана з психічним насильством, може кваліфікуватися за ст. 189 КК лише в тому разі, якщо винний прагне: а) заволодіти чужим майном; б) одержати право на майно; в) примусити особу, на адресу якої було висловлено вимогу, вчинити дії майнового характеру. Тому, наприклад, якщо винний вимагає від судді ухвалення рішення про його поновлення на роботі (тобто вчинити дії немайнового характеру), застосовуючи при цьому психічне насильство, про яке йдеться у диспозиції ч. 1 ст. 189 КК, то вчине не слід кваліфікувати не як вимагання, а як втручання в діяльність судових органів (ст. 376 КК)

**Кваліфікованими видами** розглядуваного злочину є: 1) вимагання, вчинене повторно; 2) вимагання, вчинене за попередньою змовою групою осіб; 3) вимагання, вчинене службовою особою з використанням свого службового становища; 4) вимагання, поєднане з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень; 5) вимагання, поєднане з пошкодженням чи знищенням майна; 6) вимагання, що завдало значної шкоди потерпілому; 7) вимагання, поєднане з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи; 8) вимагання, що завдало майнової шкоди у великих розмірах; 9) вимагання, що завдало майнової шкоди в особливо великих розмірах; 10) вимагання, вчинене організованою групою<sup>151</sup>; 11) вимагання, поєднане із заподіянням тяжкого тілесного ушкодження.

<sup>151</sup> Зміст таких кваліфікуючих ознак як «вчинене повторно» (мається на увазі в статтях 185, 186 та 189-191 КК), «вчинене за попередньою змовою групою осіб», «що завдало значної шкоди потерпілому», «що завдало майнової шкоди у великих розмірах», «що завдало майнової шкоди в особливо великих розмірах», «вчинене організованою групою» розкрито у першому параграфі цієї глави.

Кваліфікуюча ознака вимагання «поєднане з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи» (ч. 3 ст. 189 КК) має аналогічний зміст із конструктивною ознакою розбою «поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи» (ч. 1 ст. 187 КК) зміст якої було розкрито під час аналізу основного складу злочину, передбаченого ст. 187 КК<sup>152</sup>.

*Вимагання, вчинене службовою особою з використанням свого службового становища*, – це вимога винного передати чуже майно чи право на майно або вчинити інші дії майнового характеру, поєднана з погрозами, описаними у ч. 1 ст. 189 КК, та пов'язана з використанням службовою особою свого службового становища або реалізацією владних повноважень.

На думку С.В. Дьоменка, для характеристики кваліфікуючої ознаки «з використанням свого службового становища» важливо встановити таке: 1) як визначається службова особа в законодавстві; 2) характеристика повноважень службової особи, які вона використовувала при вимаганні; 3) у чому полягало вимагання; 4) характеристика предмета вимагання; 5) чи не є дії конкретної службової особи вимаганням хабара<sup>153</sup>.

*Вимагання, поєднане з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень*, – це вимога винного передати чуже майно чи право на майно або вчинити інші дії майнового характеру, поєднана з погрозою заподіяти смерть чи завдати тяжкі тілесні ушкодження особі, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близьким родичам у разі невиконання висловленої вимоги.

Із цього випливає, що погроза вбивством, висловлена під час вимагання, повністю охоплюється диспозицією ч. 2 ст. 189 КК та додаткової кваліфікації за ст. 129 КК не потребує.

<sup>152</sup> Вельми «цікавою» є та обставина, що в ч. 1 ст. 189 КК йдеться лише про різноманітні погрози, висловлені щодо потерпілого чи його близьких родичів, в ч. 3 ст. 189 КК передбачено кримінальну відповідальність за вимагання, поєднане з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, однак у ч. 2 ст. 189 КК не передбачено підвищеної кримінальної відповідальності за вимагання, поєднане з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я особи. У цьому зв'язку видається слушною пропозиція О.І. Дітріх доповнити ч. 2 ст. 189 КК кваліфікуючою ознакою «поєднане з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого» (Дітріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 9).

<sup>153</sup> Дьоменко С.В. Кваліфікуючі ознаки вимагання: характеристика та проблеми застосування // Вісник прокуратури. – 2008. – № 10. – С. 74.

Див. також: Ярмиш Н.М. Подолання колізії між злочинами, передбаченими ч. 2 ст. 368 та ч. 2 ст. 189 КК України // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 321-323.

*Вимагання, поєднане з пошкодженням чи знищенням майна*, – це вимога винного передати чуже майно чи право на майно або вчинити інші дії майнового характеру, поєднана із фактичним приведенням у повну чи часткову непридатність майна, у збереженні якого особа, на адресу якої висловлено вимогу, зацікавлена. При цьому не має жодного значення ні характер, ні кількість, ні вартість пошкодженого чи знищеного майна.

Умисне знищення або пошкодження такого майна під час вимагання повністю охоплюється ч. 2, ч. 3 або ч. 4 ст. 189 КК, крім випадків його знищення чи пошкодження шляхом підпау, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом, яке за наявності до того підстав додатково кваліфікується за ч. 2 ст. 194 КК

*Вимагання, поєднане із заподіянням тяжкого тілесного ушкодження*, – це вимога винного передати чуже майно чи право на майно або вчинити інші дії майнового характеру, поєднана із фактичним заподіянням тяжкого тілесного ушкодження особі, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близьким родичам (див. ч. 1 ст. 121 КК, п.п. 2.1. Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень і аналіз цих положень у підручнику).

Виходячи з побудови розглядуваного кваліфікованого складу злочину та загального змісту ст. 189 КК, можна зробити висновок, що: а) вимагання, внаслідок якого з необережності було заподіяно смерть особі, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близьким родичам, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за відповідною частиною ст. 189 КК та ст. 119 КК; б) вимагання, поєднане із спричиненням умисного тяжкого тілесного ушкодження, внаслідок якого з необережності було заподіяно смерть особі, на адресу якої висловлено вимогу, чи її близьким родичам, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ч. 4 ст. 189 КК та ст. 119 КК; в) вимагання, поєднане з умисним убивством близьких родичів особи, на адресу якої висловлено вимогу, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за відповідною частиною ст. 189 КК та ст. 115 КК (у цьому випадку мається на увазі умисне вбивство, вчинене з метою примусити особу, на адресу якої висловлено вимогу, виконати таку вимогу)<sup>154</sup>.

Завершуючи розгляд складу злочину, передбаченого ст. 189 КК, слід зазначити, що чинне кримінальне законодавство України містить низку спеціальних складів вимагання (статті 262, 308, 312, 313, 354, 357, 410 КК), а також передбачає кримінальну відповідальність за одержання хабара, що поєднане з його вимаганням

(ч. 3 ст. 368 КК), одержання службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми неправомірної вигоди за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто передає чи надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб, поєднане з вимаганням неправомірної вигоди (ч. 4 ст. 368-3 КК), одержання аудитором, нотаріусом, експертом, оцінювачем, третейським суддею або іншою особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а також незалежним посередником чи арбітром при розгляді колективних трудових спорів неправомірної вигоди за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах особи, яка їх надає чи передає, поєднане з вимаганням неправомірної вигоди (ч. 4 ст. 368-4 КК), одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, поєднане з вимаганням такої вигоди (ч. 3 ст. 392-2 КК), що слід брати до уваги під час оцінки дій винного<sup>155</sup>.

Крім того, слід мати на увазі, що погроза вчинити викрадення радіоактивних матеріалів або їх використати з метою примусити фізичну або юридичну особу, міжнародну організацію або державу вчинити будь-яку дію або утриматися від неї, якщо були підстави побоюватися здійснення цієї погрози, кваліфікується не за ст. 189 КК, а за відповідною частиною ст. 266 КК.

**Шахрайство** (ст. 190 КК). Складний процес становлення ринкової економіки в Україні, а також загальноосвітні економічні та соціально-політичні негаразди призводять до постійного зростання рівня шахрайств у загальній структурі злочинності. На сьогодні, як свідчать результати проведених досліджень, шахрайство є типовим явищем для переважної більшості галузей економіки нашої держави.

Досліджуючи шахрайство не можна не згадати й про відомі на увесь світ «зразки» людської винахідливості використані під час побудови справжніх шахрайських «пірамід», за допомогою яких було ошукано тисячі українських та іноземних громадян (йдеться про такі організації як «Еліта-Центр», «Олді-Україна», «МММ», «Властелина», «Російський дім Селенга», Концерн «Тибет», «Хопер-інвест», Бізнес клуб «РуБін», «King's Capital» тощо). Слід погодитися з Ю.А. Шуляк у тому, що через постійне вдосконалення кримінальним світом шахрайських прийомів (як за рахунок використання передових технологій,

<sup>154</sup> Обґрунтування висловлених концепцій щодо кваліфікації зазначених діянь викладене у тексті, присвяченому аналізу ст. 187 КК.

<sup>155</sup> Детальніше про це: Семикіна Л.О. Вимагання за Кримінальним кодексом України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2011. – 216 с.



так і методик психологічного впливу на людей), виникнення нових видів шахрайства, зміцнення міжнародних зв'язків шахраїв та створення ними транснаціональних злочинних угруповань, державі надзвичайно важко протидіяти численним проявам шахрайства. Особливу загрозу для суспільства становить шахрайство в умовах світової економічної кризи, коли відносини власності є найбільш уразливими та нестабільними (зокрема, зараз особливо поширені випадки шахрайства щодо незаконного відшкодування податку на додану вартість, у сфері страхування, розподілу земельних ресурсів, будівництва та капіталовкладення). Внаслідок цього Україні та її громадянам завдаються колосальні матеріальні збитки<sup>156</sup>.

Підвищеною небезпекою характеризується так зване «бізнес-шахрайство», адже як справедливо зазначає О.О. Дудоров, крім заподіяння безпосередньої майнової шкоди потерпілим – фізичним та юридичним особам, суспільна небезпека шахрайства у підприємстві визначається тим, що це діяння ускладнює грошовий обіг у країні, здатне викликати банкрутство підприємств і, як наслідок, втрату робочих місць та несплату податків<sup>157</sup>.

Попри підвищену небезпеку комерційного шахрайства та очевидну потребу боротьби з ним засобами кримінально правового впливу для правоохоронних органів і суду розглядувана категорія справ була й залишається однією з найскладніших. Це пов'язано зі специфікою комерційного шахрайства, якому, як зазначають криміналісти, на відміну від традиційного шахрайства притаманні такі ознаки: а) використання шахраями організаційно-правових форм, дозволених законодавством; б) маскування шахрайських дій за допомогою цивільно-правових угод; в) надання злочинним діям вигляду фінансово-господарської діяльності нібито з належним бухгалтерським оформленням її результатів; г) заподіяння значних збитків, особливо у фінансово-кредитній сфері; д) прагнення осіб, затриманих за підозрою у шахрайстві, тлумачити свої дії як невдачу підприємницьку діяльність<sup>158</sup>.

У кримінально-правовій літературі зазначається, що така специфіка розглядуваного різновиду шахрайства, з одного боку, створює значні проблеми для процесу виявлення випадків біз-

нес-шахрайства, а з іншого – ускладнює процес доведення тієї обставини, що в конкретному випадку має місце саме кримінально каране шахрайство, а не факт невиконання чи неналежного виконання господарських або цивільних зобов'язань (делікт)<sup>159</sup>. Так, вивчаючи особливості розслідування шахрайств, учинених у сфері виконання господарсько-договірних зобов'язань, Є.В. Дегтярьов встановив, що використання під час заволодіння майном існуючих форм і методів здійснення підприємницької діяльності значною мірою ускладнює роботу правоохоронних органів з розслідування цієї категорії злочинів. За інформацією цього криміналіста лише третина кримінальних справ порушених у 2006–2011 роках за фактами шахрайств у сфері виконання господарсько-договірних зобов'язань було закінчено притягненням винних до кримінальної відповідальності, а збитки, завдані вчиненням такого шахрайства було відшкодовано лише у 17% випадків<sup>160</sup>.

З кожним роком все нових і нових обертів набирає так зване «Інтернет-шахрайство», що обумовлено, в першу чергу, стрімким розвитком електронної комерції як в Україні, так і за її межами. На сьогоднішній день, такий сегмент ринку як електронна комерція, – пише В.П. Сабадаш, – все частіше піддається нападам Інтернет-шахраїв, які використовують задля цього новітні досягнення науки й техніки, застосовують усілякі

<sup>159</sup> Клепицкий И. Мошенничество и правонарушения гражданско-правового характера // Законность. – 1995. – № 7. С. 39–41; Яковлев А.М. Экономические статьи нового Уголовного кодекса // Закон. – 1996. – № 7. – С. 82–90; Яни П. Уголовно-правовое значение коммерческого риска // Российская юстиция. – 1996. – № 8. – С. 36–37; Яковлев А.М. Законодательное определение преступлений в сфере экономической деятельности // Государство и право. – 1999. – № 11. – С. 38–43; Жалинский А. Э. О соотношении уголовного и гражданского права в сфере экономики // Государство и право. – 1999. – № 12. – С. 47–52; Завидов Б.Д., Гусев О.Б. К экстраординарному вопросу о перерастании гражданской ответственности в уголовную // Юрист. – 2000. – № 5. – С. 45–49; Поляков С. Нельзя подменять гражданско-правовые отношения уголовно-правовыми // Российская юстиция. – 2000. – № 9. – С. 19–20; Яни П. Проблемы уголовной ответственности за экономические преступления // Законность. – 2001. – № 1. – С. 3–6; Яни П.С. Мошенничество и иные преступления против собственности: уголовная ответственность. – М.: «Бизнес-школа «Интел-Синтез», 2002. – С. 70–75; Гончаров Д. Межотраслевая коллизия уголовного и гражданского законодательства России // Уголовное право. – 2002. – № 3. – С. 95–96; Аистова Л.С. Незаконное предпринимательство. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 220–221; Белокуров., Андреев В. Уголовно-правовая оценка обманной деятельности // Уголовное право. – 2005. – № 5. – С. 4–7; Хилота В.В. Обман в имущественных отношениях: разграничение уголовно-правовой и гражданской ответственности // Форум права. – 2007. – № 2. – С. 228–238 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2007-2/07hvvigo.pdf>

<sup>160</sup> Дегтярьов Є.В. Особливості розслідування шахрайств, учинених у сфері виконання господарсько-договірних зобов'язань: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 1.

<sup>156</sup> Шуляк Ю.А. Кримінальна відповідальність за шахрайство: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2011. – С. 1.

<sup>157</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 470.

<sup>158</sup> Дьячков А. Борьбе с мошенничеством в предпринимательстве необходим новый уголовный закон // Уголовное право. – 1999. – № 4. – С. 10.

комп'ютерні пристрої та нові інформаційно-обробні технології з метою отримання майна чи набуття права на нього<sup>161</sup>.

Усе вищевикладене свідчить про те, що необхідність пошуку шляхів більш ефективної боротьби з розглядуваним антисоціальним явищем – вимога часу.

Нині шахрайство визначається кримінальним законодавством як заволодіння чужим майном або придбання<sup>162</sup> права на майно шляхом обману чи зловживання довірою (ч. 1 ст. 190 КК). Його суспільна небезпека полягає в тому, що, незаконно заволодіваючи чужим майном або набуваючи право на нього, винний спричиняє шкоду праву власності потерпілого. На відміну від насильницького грабежу, розбою та вимагання, злочин, передбачений ст. 190 КК, є однооб'єктним і не охоплює собою будь-який вид насильства над потерпілим чи його близькими родичами. Системний аналіз положень ст. 190 КК дозволяє стверджувати, що головними критеріями, які визначають, а також підвищують суспільну небезпеку шахрайства є: а) розмір завданої майнової шкоди; б) наявність співучасті та її вид; в) специфічний спосіб – шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки.

**Основним безпосереднім об'єктом цього злочину є право власності суб'єкта, майно якого виступає предметом злочину.**

*Потерпілим* від шахрайства, в прямому сенсі цього слова (як особи, якій спричинено шкоду злочинном), може бути лише суб'єкт, праву власності якого завдається шкода. Саме в цьому сенсі зазначене поняття вживається й у ч. 2 ст. 190 КК. Іноді під час аналізу складу злочину, передбаченого ст. 190 КК, вживають поняття «потерпілий», маючи на увазі ту особу (власника; особу, якій ввірене чи під охороною якої перебуває майно; особу, яка має доступ до майна), яка стала об'єктом злочинних дій шахрая.

**З об'єктивної сторони, як це випливає із диспозиції ч. 1 ст. 190 КК, шахрайство полягає у вчиненні одного (чи обох одразу) із альтернативно передбачених діянь (заволодіння чужим майном чи набуття права на чуже майно) одним (чи обома одразу) альтернативно передбаченими**

способами (шляхом обману чи зловживання довірою).

Особливістю шахрайства є те, що потерпілий (власник; особа, якій ввірене чи під охороною якої перебуває майно; особа, яка має доступ до майна), воля якого сфальсифікована обманом чи зловживанням довірою, *бере безпосередню участь у передачі майна чи права на нього*. При цьому він переконаний у тому, що розпоряджається майном *за власною волею*, у своїх інтересах (якщо потерпілий – власник майна), інтересах власника (якщо потерпілий – особа, якій ввірене чи під охороною якої перебуває майно; особа, яка має доступ до майна) або принаймні не на шкоду цим інтересам<sup>163</sup>.

Таким чином, обов'язковою ознакою шахрайства є *добровільність* передачі майна чи права на нього самим власником, особою, якій ввірене чи під охороною якої перебуває це майно, або ж особою, яка мала доступ до нього. Щоправда, така «добровільність» має вельми умовний характер, адже насправді дії зазначених осіб щодо передачі майна чи права на нього обумовлені тим, що вони введені в оману. Утім, якщо особа через вік, фізичні чи психічні вади або інші обставини не могла правильно оцінювати, розуміти зміст, характер і значення своїх дій або керувати ними, передачу нею майна чи права на нього не можна вважати добровільною. В таких випадках заволодіння чужим майном, як правило, утворює склад злочину, передбачений ст. 185 КК.

**Способами** заволодіння чужим майном чи набуття права на чуже майно кримінальний закон називає: а) обман; б) зловживання довірою.

Загалом обман – це спосіб впливу на людську психіку, що полягає в умисному введенні в оману іншої особи або підтриманні такого стану шляхом повідомлення неправдивої інформації або приховування інформації з метою схилити цю особу до певної поведінки<sup>164</sup>.

*Обман* як ознака шахрайства – це повідомлення потерпілому (власнику; особі, якій ввірене чи під охороною якої перебуває майно; особі, яка має доступ до майна) неправдивої інформації або приховування тієї інформації, яка мала б бути йому повідомлена, з метою введення потерпілого в оману, схилення його до певної поведінки (обумовленою такою оманною) та заволодіння його майном чи набуття права на його майно.

Обман може бути вчинено як шляхом активної поведінки винного (вчинення будь-яких дій,

<sup>161</sup> Детальніше про це, а також про основні напрямки протидії Інтернет-шахрайству див.: Сабадаш В.П. Інтернет-шахрайство та його вплив на розвиток електронної комерції // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 року). – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 412–417.

<sup>162</sup> Оскільки за термінологією нині чинного конституційного та цивільного законодавства «придбається» майно, а право власності на нього «набувається», то надалі за текстом для позначення факту отримання винним права на чуже майно вживатиметься слово «набувається».

<sup>163</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 471.

<sup>164</sup> Сабитов Р.А. Обман как средство совершения преступления: учебное пособие. – Омск: Издательство Омской высшей школы милиции МВД СССР, 1980. – С. 24–25.

у т. ч. й конклюдентних, щодо повідомлення потерпілому неправдивої інформації або приховування певної інформації), так і шляхом пасивної поведінки винного (неповідомлення потерпілому цієї інформації, яка мала бути йому повідомлена).

У теорії кримінального права виділяються такі найбільш поширені різновиди обману:

1) *обман відносно предмету* (як правило йдеться про предмет угоди): його існування, тожності, ціни, кількості, якості, виду, властивостей тощо (наприклад, продаж колекціонеру копії картини, яку винний видає за оригінал; або розрахунок з продавцем за придбаний товар підробленими грошима тощо);

2) *обман у намірах* (наприклад, винний пропонує виконати будівельні роботи за умови їх оплати наперед, а після отримання грошових коштів зникає; або отримує кредит у банку без наміру його повернення тощо);

3) *фіктивне представництво* (наприклад, особа, називаючись представником неіснуючої страхової організації, «укладає» з потерпілим договір страхування цивільно-правової відповідальності власника наземного транспортного засобу, отримує згідно з умовами договору «страховий внесок», а в обмін на гроші видає потерпілому недійсний страховий поліс і талон тощо);

4) *обман відносно себе або інших осіб* (наприклад, винний, підробивши посвідчення «Дитини війни», звертається до компетентних органів і отримує доплату до пенсії; або, видаючи себе за працівника адміністрації ринку, збирає ринковий збір; або, видаючи себе за працівника міліції, отримує хабара за не складання протоколу про адміністративне правопорушення тощо);

5) *обман з приводу різноманітних дій і подій* (наприклад, з метою подальшого отримання пенсії померлого, родичі приховують факт його смерті; або сторонні особи повідомляють потерпілого про термінову евакуацію людей із населеного пункту та нагальну потребу передачі коштовних речей на збереження тощо);

6) *обман відносно наявності, відсутності або чинності нормативно-правового акту* (наприклад, водій маршрутної таксі повідомляє пасажиром неправдиву інформацію про те, що рішенням компетентного органу було підвищено ціну на проїзд за цим маршрутом; або працівник міліції з метою отримання хабара в значному розмірі, повідомляє затриманій особі, котра таємно заволоділа майном (яке заздалегідь для винного мало незначну вартість – 10 грн.) про те, що такий вчинок є кримінально караним діянням тощо).

Так, видаючи себе за голову зареєстрованого в РФ кооперативу «Битус» і представника Асоціації банків Росії, К. під виглядом надання посе-

редницької допомоги у пошуку на території Росії фірм-інвесторів та в отриманні українськими юридичними особами і приватними підприємцями кредитів від російських банків неодноразово заволодівала грошовими коштами, належними фізичним особам-керівникам фірм м. Бердянська. К. отримувала гроші нібито за виготовлення техніко-економічних обґрунтувань надання кредитів і за проведення аудиторських перевірок підприємств – потенційних позичальників. Крім цього, К., видаючи себе викладача Московського інституту економіки та права, насправді не існуючого, під виглядом набору студентів до вузу отримувала грошові кошти від громадян нібито за проведення і перевірку контрольних робіт, необхідних для зарахування до інституту. Вироком Бердянського міського суду, залишеним без змін судовою колегією у кримінальних справах Запорізького обласного суду, К. було засуджено за ч. 2 ст. 143 КК 1960 року як повторне вчинення шахрайства, що заподіяло значної шкоди потерпілим<sup>165</sup>.

Слід погодитися з П.С. Матишевським і О.О. Дудоровим у тому, що обман як спосіб учинення шахрайства може набувати форми так званих «конклюдентних дій»<sup>166</sup>. Зокрема П.С. Матишевський наводить такі приклади дій, які можуть породжувати помилку потерпілого щодо передачі майна винному: використання форменого одягу особою, яка не має права його носити (злочинці видають себе за працівників міліції і під виглядом обшуку вилучають у потерпілого цінності як «речові докази»); користування завідомо неправильними мірними або лічильними засобами, полегшеними гирями під час відпуску товарів державним або колективним організаціям із наступним оберненням на свою користь різниці – результату такого обману; споживання продуктів харчування з демонстрацією готовності сплатити за них; зміна зовнішнього вигляду, форми або властивостей предметів (наприклад, продаж музею підробленої «цінної» картини) тощо<sup>167</sup>.

Залежно від сфери суспільного виробництва, в якій відбувається шахрайство, обман може набувати певних специфічних лише для неї рис<sup>168</sup>.

<sup>165</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 474.

<sup>166</sup> Матишевський П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 72; Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 475.

<sup>167</sup> Матишевський П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 72.

<sup>168</sup> Див., наприклад: Іщук І.В. Поняття та класифікація шахрайств у сфері страхування автотранспортних засобів // Науковий вісник Київського національного



Принагідно зазначимо, що отримання майна з умовою виконання якого-небудь зобов'язання (обман у намірах) може бути кваліфіковане як шахрайство лише в тому разі, коли винна особа ще в момент заволодіння цим майном мала на меті його привласнити, не виконуючи зобов'язання. Зокрема, якщо винна особа отримує від іншої особи гроші чи цінності нібито для передачі службовій особі як хабар, маючи намір не передавати їх, а привласнити, вчинене належить кваліфікувати як шахрайство (абз. 1 п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»).

*Мукачівський міськрайонний суд Закарпатської області, розглянувши кримінальну справу за обвинуваченням А. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 190 КК, встановив наступне. Раніше судимий за шахрайство А., перебуваючи в будинку потерпілої В., назвався представником фірми з виготовлення вікон та, скориставшись довірою В., отримав завдаток для виготовлення цих вікон у сумі 500 доларів США (що за курсом НБУ становило 2525 грн.). Своїх зобов'язань перед потерпілою В. не виконав і отримані від неї гроші не повернув, унаслідок чого заподіяв потерпілій шкоду на вказану суму. У ході судового розгляду справи було встановлено, що підсудний А. насправді не є співробітником названої фірми з виготовлення вікон, а також не має повноважень її представника. На момент учинення злочину не мав винний можливості виготовляти такі вікна й удома, адже для цього потрібне відповідне розміщення та устаткування.*

Ураховуючи викладені обставини, суд дійшов правильного висновку, що підсудний А. ще в момент заволодіння майном потерпілої В. мав на меті його привласнити, не виконуючи зобов'язання, а тому кваліфікував його дії за ч. 2 ст. 190 КК (винний А. мав не погашену та не зняту судимість за шахрайство)<sup>169</sup>.

Більшість криміналістів сучасності обґрунтовано вважають, що обман при шахрайстві може бути пов'язаний із перекручуванням обставин,

університету внутрішніх справ. – 2009. – № 3. – С. 138–150; Страхова злочинність: Матеріали польсько-української конференції. 20–22 квітня 2005 року – Краків – Львів, 2005. – 323 с.; Безверхов А.Г. Отзыв официального оппонента на диссертацию «Мошенничество в сфере высоких технологий», представленную Медведевым С.С. на соискание ученой степени кандидата юридических наук (специальность 12.00.08) // Уголовное право. – 2009. – № 6. – С. 127–132; Пазнич В. Криміналістична класифікація способів здійснення шахрайства в системі стільникового зв'язку // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 7. – С. 161–164; Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 476–477.

<sup>169</sup> Кримінальна справа № 1-94/10 / Архів Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області. за 2010 рік.

які відносяться не тільки до минулого або сьогоденного, а й до майбутнього<sup>170</sup>. І дійсно, – пише О.В. Смаглюк – немає різниці щодо того, яку інформацію про які факти перекручує винний – про ті, що відбулись, чи про ті, що лише мають відбутися, чи відносно власних намірів: головною ознакою є наявність умислу на заволодіння чужим майном або правом на майно при повідомленні відомостей такого характеру<sup>171</sup>.

Слід погодитися з тими криміналістами, які зазначають, що між обманом з боку винного і помилкою потерпілого, що обумовили заволодіння винним майном, повинен існувати причинний зв'язок<sup>172</sup>.

У тому ж разі, коли особа заволодіває чужим майном, свідомо скориставшись чужою помилкою, виникненню якої вона не сприяла, та за відсутності змови з особою, яка ввела потерпілого в оману, вчинене не може розглядатись як шахрайство. За певних обставин (наприклад, коли майно має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність) такі дії можуть бути кваліфіковані за ст. 193 КК.

Переходячи до аналізу поняття «зловживання довірою», слід зазначити, що довірчі стосунки між людьми можуть виникати внаслідок родинних або дружніх зв'язків, тривалого знайомства, рекомендацій інших осіб тощо. Найтиповішими прикладами вчинення шахрайства, пов'язаного із зловживання довірою потерпілого, є: отримання шахраєм коштів у позику чи кредит не плануючи їх повертати; отримання грошового авансу (попередньої оплати) за господарським чи цивільним договором без наміру виконувати взяті на себе зобов'язання; отримання речей у користування, не бажаючи їх повертати власнику чи законному володільцю; отримання коштів від потерпілого для придбання останньому майна чи сплати за виконанні потерпілому роботи або надані послуги без наміру насправді цього робити;

<sup>170</sup> У дореволюційній літературі ж досить поширеною була думка про те, що обман пов'язаний із перекручуванням обставин, які відносяться до майбутнього (неправдиві обіцянки, обман у намірах) не повинен визнаватися способом учинення кримінально караного шахрайства. Так, І.Я. Фойницький стверджував, що змістом обману можуть бути лише факти; очікування та надії виключаються з нього. В силу цього принципу, – продовжував зазначений автор, – невиконання зобов'язань, порушення довір'я, наданого винному, та інші неправдиві обіцянки мають бути відокремлені від обману (див. Фойницький Ів. Мошенничество по русскому уголовному праву. – С.-Петербург, 1871. – Часть II. – С. 90).

<sup>171</sup> Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 54.

<sup>172</sup> Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 65; Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 471.

оформлення доручення на продаж майна потерпілого з наміром привласнити гроші від укладеної угоди тощо.

Питання про зміст і значення ознаки «зловживання довірою» в складі злочину, передбаченого ст. 190 КК, в кримінально-правовій літературі є вельми спірним. Одні науковці вважають, що зловживання довірою є самостійним способом заволодіння чужим майном чи набуття права на нього (апелюючи при цьому, в першу чергу, до тексту кримінального закону, в якому зазначається, що заволодіння чужим майном або набуття права на майно при шахрайстві може вчинятися «шляхом обману чи зловживання довірою»)<sup>173</sup>, інші ж стверджують, що «зловживання довірою» є лише одним із видів обману, який може застосовуватися під час вчинення шахрайства<sup>174</sup>.

Свідомо уникаючи дискусії із цього питання, зазначимо, що, з нашої точки зору, зловживання довірою при шахрайстві є не самостійним способом учинення цього злочину і навіть не різновидом обману, а лише своєрідним засобом передачі неправдивої інформації (засобом обману). Так, вчиняючи певні дії (скажімо, просячи гроші у борг) та використовуючи довіру потерпілого (яка викликана тим, що раніше винний неодноразово брав у потерпілого гроші в борг і завжди їх вчасно повертав), винний передає останньому неправдиву інформацію (щодо того, що боржник вчасно поверне гроші), тобто вводить потерпілого в оману з метою заволодіння майном чи правом на нього<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> Пинаев А.А. Ответственность за хищение государственного и общественного имущества путем мошенничества: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харьков, 1969. – С. 9; Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 67–68; Шуляк Ю.А. Кримінальна відповідальність за шахрайство: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2011. – С. 10–12.

<sup>174</sup> Кригер Г.А. Борьба с хищениями социалистического имущества. – М.: Юридическая литература. – 1965. – С. 165; Никифоров Б.С. Борьба с мошенническими посягательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву. – М.: Издательство АН СССР, 1952. – С. 13; Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін. / За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х.: «Одіссей», 2007. – С. 508.

<sup>175</sup> Провівши комплексне порівняльно-правове дослідження шахрайства за законодавством України та іноземних держав світу Ю.А. Шуляк встановила, що при конструюванні норм про шахрайство іноземний законодавець, зазвичай, не вказує на такий спосіб учинення шахрайства, як «зловживання довірою» (Шуляк Ю.А. Кримінальна відповідальність за шахрайство: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2011. – С. 11–12.). Аналогічних висновків дійшли й російські дослідники В.Н. Додонов, О.С. Капінус і С.П. Щерба (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. – С. 208, 209).

У зв'язку з цим вважаємо, що виключення з ч. 1 ст. 190 КК слів «чи зловживання довірою» не лише відповідає б

Таким чином, під зловживанням довірою у ст. 190 КК слід розуміти недобросовісне використання винним відносин довіри, які склалися між винним і потерпілим, за для передачі потерпілому неправдивої інформації (початкова мета), введення його в оману (проміжна мета – обман) та заволодіння чужим майном чи правом на нього (кінцева мета).

У тих випадках, коли обман або зловживання довірою виступають лише способом отримання доступу до майна, а саме вилучення майна відбувається таємно чи відкрито, то вчинене не може розглядатися як шахрайство. Такі дії слід кваліфікувати як крадіжку, грабіж або розбій.

Відмежовуючи шахрайство від крадіжки, грабежу та розбою, при вчиненні яких винна особа може звертатись до елементів обману, необхідно встановлювати функціональне призначення обману – пише О.О. Дудоров. Якщо у шахрайстві обман відіграє роль способу заволодіння чужим майном, то в інших формах розкрадання обман використовується для того, щоб створити умови для наступного заволодіння майном всупереч волі потерпілого, полегшити доступ до матеріальних цінностей тощо. У зв'язку з цим відсутній склад шахрайства в діях тієї особи, яка протиправно заволодіває майном, переданим йому для винятково технічних або обслуговуючих функцій, які не породжують майнових правовідносин (для ремонту, примірки, тимчасового зберігання, поїздки, догляду тощо). Наприклад, не як шахрайство, а як крадіжку потрібно розцінювати дії попутника, якому водій доручає доглянути за вантажем і який, користуючись нагодою, у відсутності водія таємно заволодіває вантажем. Оцінка скоєного попутником як шахрайства буде помилковою тому, що водій не передавав йому повноважень на вчинення юридично значимих дій щодо вантажу<sup>176</sup>.

Пленум ВСУ звертає увагу на те, що, якщо обман чи зловживання довірою при шахрайстві полягають у вчиненні іншого злочину, дії винної особи належить кваліфікувати за відповідною частиною ст. 190 КК і статтею, що передбачає відповідальність за цей злочин. Зокрема, самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи, викрадення, привласнення, пошкодження та підроблення документів, штампів і печаток з метою подальшого їх використання при шахрайстві, використання при шахрайстві завідомо підробленого документа, а також зловживання владою чи службовим стано-

вимогам законодавчої техніки, а й сприяло б гармонізації українського кримінального законодавства з кримінальним законодавством інших держав світу.

<sup>176</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 480.

вищем і перевищення влади або службових повноважень потребують додаткової кваліфікації за відповідними частинами статей 353, 357, 358, 364, 364-1, 365, 365-1 КК тощо.

Так, Смілянський міськрайонний суд Черкаської області визнав Ф. винним у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 190 та ч. 3 ст. 358 КК. Як випливає з матеріалів справи, Ф. умисно, шляхом обману працівників Смілянського відділення комерційного банку «ПриватБанк», достовірно знаючи, що довідка про його заробітну плату на підприємстві, де він фактично не працював, підроблена, використав її та одержав кредит в сумі 3500 грн. У процесі розгляду кримінальної справи було також встановлено, що винний Ф. це на момент отримання кредиту точно знав, що повертати його не буде. Суд кваліфікував дії Ф. за ч. 2 ст. 190 КК та за ч. 3 ст. 358 КК, оскільки він повторно заволодів чужим майном шляхом обману, використовуючи завідомо підроблений документ<sup>177</sup>.

Окремої кваліфікації за ст. 290 КК при шахрайстві потребують також дії винної особи, яка знищила, підробила або замінила номери вузлів та агрегатів транспортного засобу.

Шахрайство вважається закінченим з моменту заволодіння майном або з моменту набуття права на майно.

**Суб'єктом** злочину, передбаченого ст. 190 КК, може бути фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку.

**Суб'єктивна сторона** шахрайства характеризується прямим умислом.

Вчиняючи шахрайство, особа: усвідомлює, що вона заволодіває чужим майном або отримує право на нього шляхом введення потерпілого в оману; усвідомлює, що цими діями порушує правові та етичні норми суспільства щодо неприпустимості таких дій; передбачає можливість спричинення матеріальної шкоди власнику чи законному володільцю і бажає настання цієї шкоди.

Продовжуючи розгляд психічного ставлення винного до обставин вчинюваного ним діяння, слід ще раз нагадати, що шахрайством визнається «заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою». Із цього законодавчо закріпленого визначення шахрайства випливає, що обман потерпілого чи зловживання його довірою можуть застосовуватися винним або з метою заволодіння чужим майном або з метою набуття права на нього.

Утім, попри очевидність такого висновку, Пленум ВСУ в абз. 2 п. 17 своєї постанови від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності», як і в

абз. 2 п. 18 постанови від 25 грудня 1992 року № 12 «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності», продовжує наполягати на тому, що обман (повідомлення потерпілому неправдивих відомостей або приховування певних обставин) чи зловживання довірою (недобросовісне використання довіри потерпілого) при шахрайстві застосовуються винною особою з метою викликати у потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості передачі їй майна або права на нього.

Неприйнятність такої позиції, яка відображає необґрунтовано вузьке розуміння шахрайства, свого часу була переконливо доведена Б.С. Нікіфоровим, з аргументами якого погоджуються й окремі криміналісти сучасності<sup>178</sup>. Зокрема О.О. Дудоров слушно зазначає, що відображена в зазначених постановках Пленуму ВСУ теорія «вигідності або обов'язковості» не лише суперечить букві кримінального закону, а й не дозволяє визнавати шахрайством випадки «вимагання» майна під виглядом збирання благодійної допомоги, добровільних внесків, пожертвувань, подарунків тощо<sup>179</sup>. У зв'язку з цим вважаємо, що рекомендації Пленуму ВСУ, викладені в абз. 2 п. 17 постанови від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності», є вельми сумнівними<sup>180</sup>.

**Кваліфікованими видами** розглядуваного злочину є: 1) шахрайство, вчинене повторно; 2) шахрайство, вчинене за попередньою змовою групою осіб; 3) шахрайство, що завдало значної шкоди потерпілому; 4) шахрайство, вчинене у великих розмірах; 5) шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки; 6) шахрайство, вчинене в особливо великих розмірах; 7) шахрайство, вчинене організованою групою<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> Никифоров Б.С. Борьба с мошенническими посягательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву. – М.: Издательство АН СССР, 1952. – С. 121–123.

<sup>179</sup> Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 942–943.

<sup>180</sup> Показово, що в узагальненні ВСУ «Практика розгляду судами справ про злочини проти власності» при розкритті суті обману і зловживання довірою цілком обґрунтовано, на нашу думку, не вказується на те, що у такий спосіб винний у шахрайстві викликає у потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості передачі йому майна або права на майно – правильно говориться про те, що обман і зловживання довірою використовується винним з метою заволодіння чужим майном (права на нього).

<sup>181</sup> Зміст таких кваліфікуючих ознак як «вчинене повторно» (мається на увазі в статтях 185, 186 та 189–191 КК), «вчинене за попередньою змовою групою осіб», «що завдало значної шкоди потерпілому», «вчинене у великих розмірах», «вчинене в особливо великих розмірах», «вчинене організованою групою» розкрито у першому параграфі цієї глави.

<sup>177</sup> Кримінальна справа № 1-139 / Архів Смілянського міськрайонного суду Черкаської області за 2008 рік.



*Шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки* – це заволодіння чужим майном або набуття права на нього шляхом обману чи зловживання довірою, яке вчинене за допомогою незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки<sup>182</sup>.

Розкриваючи зміст цього кваліфікованого виду шахрайства в суто практичному розумінні (за «духом», а не «буквою» кримінального закону) слід звернути увагу на кілька важливих аспектів цього складу злочину.

По-перше, заволодіння чужим майном або набуття права на нього, вчинене за допомогою незаконних операцій з використанням електро-

<sup>182</sup> Слід зазначити, що в кримінально-правовій літературі (зокрема, А.А. Музикою та Д.С. Азаровим) ставиться під сумнів як коректність законодавчого формулювання «шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки», так і взагалі обґрунтованість (доречність) використання відповідної кваліфікуючої ознаки в ч. 3 ст. 190 КК.

Так, Д.С. Азаров зазначає, що «введення неправдивих даних у комп'ютерну систему не може розцінюватися як обман чи зловживання довірою, які виступають єдиними способами вчинення шахрайства. Вчені по-різному тлумачать поняття «обман» і «зловживання довірою», проте всі вони сходяться на думці, що такі способи злочинних дій можуть використовуватися лише при спілкуванні між людьми. Нам видається, що термін «обман», і тим більше зворот «зловживання довірою», не можуть вживатися для позначення дій у вигляді введення неправдивої інформації у комп'ютерну систему. Адаже такі категорії, як правда, неправда, довіра тощо, характеризують стосунки та спілкування між людьми. Не можна обманути комп'ютер чи зловживати його довірою» (Азаров Д.С. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері комп'ютерної інформації: Дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2002. – С. 116, 117). Крім того, зазначений криміналіст звертає увагу на те, що шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки полягає у введенні, зміні, пошкодженні, знищенні чи блокуванні комп'ютерної інформації у комп'ютерній системі чи телекомунікаційній мережі, чи іншому втручанні в процес обробки комп'ютерної інформації, а отже й має бути віднесене до злочинів у сфері комп'ютерної інформації, передбачених статтями XVI розділу Особливої частини КК (Азаров Д.С. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері комп'ютерної інформації: Дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2002. – С. 124, 126).

Наведені вище міркування Д.С. Азарова, а також інші висловлені ним аргументи на сторінках дисертації (в т.ч. й приклади правозастосовної практики), свідчать про існування значних проблем у розумінні та застосуванні ч. 3 ст. 190 КК, а, отже, вимагають подальшого комплексного наукового аналізу. Попри це, автори останніх досліджень (у предмет яких входить аналіз ч. 3 ст. 190 КК) чомусь обходять своєю увагою питання, зачеплені Д.С. Азаровим. Наприклад, зі змісту авторефератів дисертацій С.М. Смагляка, О.В. Ільїної та Ю.А. Шуляк не можна встановити їх ставлення до питання про доцільність (чи, навпаки, недоцільність) закріплення в ч. 3 ст. 190 КК нової кваліфікуючої ознаки «вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки» (Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 20 с.; Ільїна О.В. Кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2007. – 18 с.; Шуляк Ю.А. Кримінальна відповідальність за шахрайство: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К, 2011. – 20 с.).

но-обчислювальної техніки може кваліфікуватися за ч. 3 ст. 190 КК лише в тому разі, якщо воно (заволодіння) було вчинене шляхом обману або зловживання довірою. Якщо ж винний здійснює незаконні операції з використанням електронно-обчислювальної техніки щодо заволодіння чужим майном чи правом на майно без використання обману або зловживання довірою (наприклад, проникає до захищеної електронної системи шляхом знищення захисних кодів), то вчинене слід розглядати як таємне викрадення чужого майна.

По-друге, оскільки в ч. 3 ст. 190 КК йдеться виключно про незаконні операції з використанням електронно-обчислювальної техніки, то не може кваліфікуватися за цією нормою таке шахрайство, яке вчинене, хоч і з використанням електронно-обчислювальної техніки, однак за допомогою цілком легальних операцій (зокрема в тому випадку, коли винний, використовуючи персональний комп'ютер, передає електронною поштою неправдиву інформацію потерпілому, чим вводить останнього в оману та заволодіває його майном або набуває право на нього, розглядувана кваліфікуюча ознака відсутня).

По-третє, кваліфікуючу ознаку «шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки» утворюють лише такі операції, здійснення яких без використання електронно-обчислювальної техніки є неможливим (здійснення електронних платежів, отримання інтернет-послуг, здійснення операцій з пластиковими платіжними картками та інших операцій з безготівковими коштами тощо). Якщо ж за допомогою такої техніки здійснюються операції, які цілком можуть здійснюватися за допомогою іншої техніки (набір тексту, виготовлення документа тощо), то ця кваліфікуюча ознака відсутня<sup>183</sup>.

По-четверте, незаконні операції з використанням електронно-обчислювальної техніки можуть бути як засобом введення потерпілого чи автоматизованої системи в оману, так і засобом заволодіння майном чи правом на нього, вчиненого шляхом обману чи зловживання довірою потерпілого.

Обман при вчиненні цього злочину може виражатися у застосуванні програмних засобів, які дають змогу винному будь-яким чином (шляхом відшукання випадкових цифр, паролів тощо) здійснити несанкціонований доступ до інформації, що зберігається чи обробляється в автомати-

<sup>183</sup> На цю особливість розглядуваного кваліфікованого виду шахрайства першим звернув увагу М.І. Мельник (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / А. М. Бойко, Л. П. Брич, В. К. Гришук та ін. / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Кантон, А.С.К., 2002. – С. 480), а згодом цю думку підтримав О. В. Смаглюк (Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 108–109).

зованих системах, щоб увести в оману автоматизовану систему і видати себе за того, хто має право в ній працювати і здійснювати відповідні операції. Проникнувши у такий спосіб до відповідної електронної системи, винний здійснює ті чи інші операції, як це робив би той, хто має на це право. При цьому винний може вплинути на процес обробки інформації, перекрутити її зміст чи знищити, задати необхідну для заволодіння майном чи правом на нього команду, налагодити систему так, щоб вона функціонувала в режимі, який би забезпечив винному або іншим особам незаконне отримання чужого майна чи права на нього. Суть шахрайського обману при цьому залишається незмінною, з тією лише особливістю, що реалізується він за допомогою електронно-обчислювальної техніки. Зловживання довірою як спосіб шахрайства з використання електронно-обчислювальної техніки має місце тоді, коли винна особа в результаті довірчих відносин (службові відносини, дружні стосунки тощо) має вільний доступ до здійснення відповідних операцій і недобросовісно використовує ці відносини для неправомірного заволодіння чужим майном чи правом на нього<sup>184</sup>.

Слід зазначити, що шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки, має своїм **додатковим обов'язковим об'єктом нормальну роботу ЕОМ, автоматизованих систем, комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку, а також встановлений порядок їх використання.** Тому дії особи, котра вчинила цей злочин мають кваліфікуватися лише за ч. 3 ст. 190 КК і додаткової кваліфікації за статтями 361–363 КК не потребують.

Злочин, передбачений ст. 190 КК, слід відмежовувати від інших злочинів проти власності (у першу чергу від злочинів, передбачених статтями 191 і 192 КК) та деяких злочинів у сфері господарської діяльності (зокрема, від злочинів, передбачених статтями 205, 222 КК) за низкою об'єктивних і суб'єктивних ознак. У вітчизняній кримінально-правовій літературі найбільш повно ці питання розглянуто в дисертації О.В. Смаглюка<sup>185</sup>, монографіях О.О. Дудорова<sup>186</sup> і В.Р. Мойси-

ка<sup>187</sup>, до яких і радимо звертатися у разі необхідності.

**Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем** (ст. 191 КК). Прототипом розглядуваної статті є ст. 84 КК 1960 р., яка передбачала кримінальну відповідальність за розкрадання державного або колективного майна шляхом привласнення, розтрата або зловживання посадовим становищем. Утім, на відміну від неї, ст. 191 КК передбачає кримінальну відповідальність за привласнення чи розтрату майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем не лише державного та колективного майна, а й приватного також. До 1 вересня 2001 року вчинення зазначених у ст. 84 КК 1960 р. дій щодо приватного майна визнавалося цивільно-правовим деліктом і тягло за собою лише майнову відповідальність. Ураховуючи існуючі тенденції правового та соціально-економічного розвитку нашої держави, зокрема, проголошення її суверенною, незалежною, демократичною, соціальною та правовою державою, а також беручи до уваги приписи ст. 13 Конституції України, в якій зазначено, що всі суб'єкти права власності рівні перед законом, уважаємо, що такі зміни є цілком слушними.

Специфіка ст. 191 КК полягає у тому, що вона описує не один основний склад злочину, як того вимагає техніка конструювання норм кримінального закону, а принаймні два. Так, у ч. 1 ст. 191 КК передбачено кримінальну відповідальність за *привласнення чи розтрату чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало в її віданні, а в ч. 2 ст. 191 КК – за привласнення, розтрату або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем.* Не зупиняючись на цьому, вочевидь невдалому викладі законодавчого матеріалу, зазначимо, що ознаки розглядуваних злочинів аналізуватимуться нами паралельно відповідно до рубрикації тексту.

Говорячи про суспільну небезпеку цих злочинів, слід зазначити, що особа, котра вчиняє злочин, передбачений ч. 1 ст. 191 КК, не лише посягає на право власності, а й зловживає довірою власника чи законного володільця (адже він добровільно передає винному майно – довіряє його), а особа, котра вчиняє злочин, передбачений ч. 2 ст. 191 КК, спричиняє істотну шкоду як праву власності, так і правильній діяльності державних органів, органів місцевого самовряду-

<sup>184</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 522–523; Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 108–110.

<sup>185</sup> Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 126–153.

<sup>186</sup> Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 674–682.

<sup>187</sup> Мойсик В.Р. Кримінальна відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами в Україні: аналіз правотворчості та правозастосування: Монографія. – К.: Атіка-Н, 2010. – С. 134–150.

вання, об'єднань громадян, окремих організацій, установ і підприємств.

**Основними безпосередніми об'єктами** злочинів, передбачених і ч. 1, і ч. 2 ст. 191 КК, виступає *право власності* суб'єкта, майно якого є предметом злочину.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 191 КК, не має додаткового обов'язкового об'єкта, хоч завжди порушує відносини довіри (це обумовлено тим, що відносини довіри не є основним безпосереднім об'єктом у жодному складі злочину, передбаченого Особливою частиною КК). Додатковим обов'язковим об'єктом привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем виступає правильна (нормальна) діяльність державних органів, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, окремих організацій, установ і підприємств (незалежно від форми власності).

*Предметом* злочину, передбаченого ч. 1 ст. 191 КК, є *майно, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні*.

*Майно, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні*, – це майно, що знаходилося у винного на законних підставах і стосовно якого він здійснював певні повноваження (господарського відання, оперативного управління, розпорядження, управління, доставку, використання, зберігання тощо) на підставі відповідних документів (статут підприємства, посадова інструкція, товарно-транспортна накладна, акт прийому-передачі товарно-матеріальних цінностей, договір про повну матеріальну відповідальність, договори підряду, оренди (найму), комісії, прокату, перевезення, зберігання тощо)<sup>188</sup>.

*Предметом* злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, виступає: а) при привласненні чи розтраті чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем – лише *майно, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні*<sup>189</sup>; б) при заволодінні чужим майном

<sup>188</sup> На думку російського дослідника А.А. Бакарадзе, предметом цього злочину може бути й те майно, яке на момент вчинення злочину було передано винному «під чесне слово», а згодом було оформлено відповідні документи (Бакарадзе А.А. Уголовно-правовая характеристика основного состава присвоения и растраты // Российский следователь. – 2004. – № 11. – С. 13–17). Погодитися з цією думкою навряд чи можна, адже за допомогою оформлення таких «запізнених» документів винні можуть ухилитися від кримінальної відповідальності.

<sup>189</sup> Це обумовлено тим, що факт привласнення або розтрата майна, яким суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, заволодів протиправно не має жодного юридичного значення, оскільки в діях такої особи вже наявний склад цього злочину та описаний у кримінальному законі словами «заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем».

Стверджувати ж, що привласнення та розтрата майна про які йдеться в ч. 2 ст. 191 КК можливі й після протиправного

шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем – лише *майно, яке не перебувало в правомірному володінні винного* (зокрема ним не може бути майно, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні)<sup>190</sup>.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 191 КК, має дві форми об'єктивної сторони: 1) привласнення чужого майна, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні; 2) розтрата чужого майна, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні.

**Привласнення чужого майна, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні**, – це протиправне та безоплатне вилучення винним чужого майна, яке знаходилося у його правомірному володінні, з метою обернення на свою користь.

Вилучення (утримання, неповернення) як спосіб привласнення чужого майна має місце тоді, коли винний не повертає майно, яке було ввірене йому чи перебувало у його віданні, у встановлений для цього термін. У цьому разі, як слушно зазначає О.О. Дудоров, правомірне володіння майном трансформується у протиправне володіння – винна особа починає незаконно володіти та користуватися вилученим майном, поліпшуючи безпосередньо за рахунок викраденого своє матеріальне становище<sup>191</sup>.

2 листопада 2007 року між особою Д. і приватним підприємцем В. було укладено трудову угоду, згідно з якою особу Д. прийнято на посаду продавця-консультанта ветеринарних препаратів ветеринарної аптеки ФОП. Цього ж дня між зазначеними особами було укладено договір про повну матеріальну відповідальність, відповідно до якого Д. брав на себе повну матеріальну відповідальність за зберігання ввірених йому матеріальних цінностей. 31 вересня 2009 року Д. під час виконання трудових обов'язків без дозволу власника взяв із каси грошові кошти в сумі 8000 грн., які згодом витратив на власні потреби. 15 грудня 2009 року Д. повторно взяв із каси грошові кошти в сумі 7000 грн., на які придбав собі легковий автомобіль ГАЗ-2403.

заволодіння ним це все рівно, що кваліфікувати дії крадія корови, який її вбив, за сукупністю злочинів, передбачених статтями 185 і 194 КК.

<sup>190</sup> Такий висновок пояснюється тим, що третю форму об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, законодавець сформулював як «заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем». Із змісту розглядуваного діяння (заволодіння) та способу його вчинення (шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем) випливає, що в ч. 2 ст. 191 КК йдеться про випадки виключно протиправного заволодіння чужим майном. Вчинити ж протиправне заволодіння майном, яке вже перебуває в правомірному володінні винного неможливо.

<sup>191</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 453.



6 січня 2011 року Вознесенський міськрайонний суд Миколаївської області визнав Д. винним у привласненні чужого майна, яке перебувало в його віданні, кваліфікував його дії за ч. 1 ст. 191 КК і призначив покарання у вигляді позбавлення волі строком на 1 рік 6 місяців без позбавлення права обіймати посади, пов'язані з матеріальною відповідальністю<sup>192</sup>.

Принципово погоджуючись з оцінкою вчиненого винним діяння як привласнення чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало в її віданні, слід звернути увагу на допущену судом помилку. Так, встановивши та зазначивши в описово-мотивувальній частині рішення інформацію про те, що 15 грудня 2009 року Д. повторно взяв із каси гроші в сумі 7000 грн., суд помилково кваліфікував дії винного за ч. 1 ст. 191 КК. Кримінальна відповідальність за повторне вчинення розглядуваного злочину має наставати за ч. 3 ст. 191 КК.

Н.О. Лопашенко виділяє три основні різновиди привласнення: 1) привласнення-вилучення майна (йдеться про ситуації, коли власник або законний володілець позбавляється того майна, яке йому належало і було ним передане винному раніше); 2) привласнення-неповернення майна (на явне тоді, коли сплив строк володіння ввіреним майном, однак винний відмовляється його повернути); 3) привласнення-утримання майна (до такого привласнення зазначена дослідниця відносить ті випадки, коли власник чи законний володілець заздалегідь не передає винному конкретне майно, а наділяє останнього лише повноваженнями по його отриманню)<sup>193</sup>.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 191 КК, учинений у формі привласнення чужого майна, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні, є закінченим з моменту, коли правомірне володіння зазначеним майном трансформувалося у протиправне (закінчився строк дії договору оренди, комісії, прокату, перевезення, зберігання, матеріально-відповідальну особу звільнено з посади тощо). При цьому слід пам'ятати, що до кримінальної відповідальності таку особу можна притягати лише в тому разі, якщо протиправне володіння чужим майном було зумовлене наміром винного обернути це майно на свою користь (про існування такого наміру можуть свідчити намагання винного сховати майно, витратити чи спожити його, укласти щодо такого майна угоду

тощо)<sup>194</sup>. Тобто для притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення розглядуваного злочину замало, щоб правомірне володіння чужим майном стало протиправним. Зокрема, в тому випадку, коли неповернення чужого майна обумовлене не наміром винного обернути це майно на свою користь, а певними обставинами (наприклад, така особа захворіла, вибула у термінове відрядження, забула встановлений термін повернення майна), має місце лише цивільно-правовий делікт або ж дисциплінарний проступок.

У зв'язку з цим ми погоджуємося з М.І. Мельником у тому, що тимчасове запозичення майна, яке було ввірене винному чи перебувало в його віданні, для тимчасового використання з подальшим його поверненням (або його еквівалента) власнику, не може бути визнано протиправним привласненням. За наявності підстав такі дії можуть бути розцінені як самоправство (ст. 356 КК), а при вчиненні їх службовою особою – як зловживання владою або службовим становищем (ст. 364, 364-1 КК) чи перевищення влади або службових повноважень (ст. 365, 365-1 КК).

**Розтрата чужого майна, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні**, – це протиправне відчуження (продаж, дарування, обмін тощо), витрачення [мається на увазі обмін високоліквідних товарів (грошей, цінних паперів, дорогоцінних металів тощо) на інші товари, роботи чи послуги] або споживання (вживання в їжу продуктів харчування, використання речей, які швидко зношуються, тощо) винним чужого майна, яке знаходилося у його правомірному володінні.

У найбільш загальному вигляді розтрата полягає в умисному протиправному розпорядженні ввіреним винному майном<sup>195</sup>.

28 січня 2010 року наказом директора ПАТ «Куликівське молоко» З. було призначено на посаду завідуючого складом паливно-мастильних матеріалів. Йому під звітність було передано талони на відпуск дизельного палива та бензину, який зберігався в цистерні на території зазначеної організації, про що було складено відповідний акт. У цей же день між ним та роботодавцем було укладено договір про повну матеріальну відповідальність. У період з березня 2010 року по 14 жовтня 2010 року завідуючий складом паливно-мастильних матеріалів З. продав сторонній особі А. більше двохсот талонів на відпуск дизель-

<sup>192</sup> Кримінальна справа № 1-334/2010, № 1-17/2011. Архів Вознесенського міськрайонного суду Миколаївської області за 2011 рік.

<sup>193</sup> Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 296.

<sup>194</sup> Белокуров О.В. Присвоение вверенного имущества: понятие и особенности // Следователь. – 2002. – № 12. – С. 2–5.

<sup>195</sup> Упоров И., Городенцев Г. Понятие присвоения и растраты вверенного имущества в уголовном праве России // Уголовное право. – 2004. – № 4. – С. 97.

ного пального (які могли видаватися лише водіям автомобілів ПАТ «Куликівське молоко» на підставі лімітно-забірних карток, які велися на кожен автомобіль окремо) номіналом по 10 літрів на загальну суму 26859 грн. У зв'язку з цим 5 січня 2011 року Куликівський районний суд Чернігівської області визнав З. винним у **розтраті** чужого майна, яке перебувало в його віданні, кваліфікував його дії за ч. 1 ст. 191 КК і призначив покарання у вигляді 2 років обмеження волі з позбавленням права обіймати матеріально-відповідальні посади строком на 1 рік<sup>196</sup>.

Специфіка розтрати, як однієї з форм злочину, передбаченого ч. 1 ст. 191 КК, полягає в тому, що винний у період правомірного володіння чужим майном вчиняє з ним такі дії, у результаті яких воно або *переходить у фактичне володіння інших осіб, або взагалі перестає існувати*. З цим погоджується й М.В. Саприкіна, яка зазначає, що при аналізованому розкраданні «відсутній будь-який проміжок часу, коли винний незаконно володів майном»<sup>197</sup>.

У теорії ж кримінального права висловлюється думка, що «найчастіше розтрата слідує за привласненням, є наступним після привласнення етапом злочину»<sup>198</sup>. З нашої ж точки зору, винний не може вчинити розтрата, про яку йдеться в ч. 1 ст. 191 КК, після того як він його вже привласнив. Це обумовлено тим, що розтрата може вчинятися лише щодо того майна, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні, на момент учинення злочину. Якщо ж особа його привласнила (тобто правомірне володіння зазначеним майном стало протиправним), а потім продала, подарувала, обміняла тощо, то слід говорити не про розтрата (як одну із форм об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 191 КК), а про наявність достовірної інформації про те, що протиправне вилучення чужого майна відбулося саме з корисливих мотиву та мети.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 191 КК, учинений у формі розтрати чужого майна, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні, є закінченим з моменту, коли винний витратив, спожив або передав іншій особі чуже майно.

Злочин, передбачений ч. 2 ст. 191 КК, має **три форми об'єктивної сторони**: 1) привласнення чужого майна, яке було ввірене винному

чи перебувало у його віданні, вчинене шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем; 2) розтрата чужого майна, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні, вчинене шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем; 3) заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем.

Об'єктивні ознаки привласнення та розтрати чужого майна, яке було ввірене винному чи перебувало у його віданні, вчинені шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, є аналогічними тим, про які йшлося під час аналізу складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 191 КК. Тому зупинимося лише на окремих аспектах діяння у формі заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем.

Виходячи з приписів ч. 2 ст. 191 КК та ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 364-1 КК (які розкривають зміст діянь «зловживання владою або службовим становищем», «зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми»), можна зробити висновок, що заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем – це протиправне та безоплатне обернення службовою особою чужого майна на свою користь чи користь інших осіб, вчинене з використанням свого службового становища всупереч інтересам служби.

До характерних рис заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем А.В. Дорош справедливо відносить такі: 1) винна особа має особливий правовий статус, у зв'язку з яким наділена повноваженнями, завдяки яким заволодіває чужим майном; 2) службова особа обертає на свою користь чуже майно, яке ввірене іншим особам або перебуває у їх віданні; 3) використовує при вилученні майна організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки; 4) винний використовує службові повноваження всупереч інтересам служби; 5) заволодіння майном здійснюється протиправно, безоплатно і назавжди<sup>199</sup>.

Так, у грудні 2006 року К., перебуваючи на посаді Ємилівського сільського голови Голованівського району Кіровоградської області, зловживаючи своїм службовим становищем, свідомо порушуючи вимоги п. 13 ст. 42, ст. 65 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», постанови КМУ від 9 березня 2006 року «Про упорядкування структури та умов праці праців-

<sup>196</sup> Кримінальна справа № 1-6/11 / Архів Куликівського районного суду Чернігівської області за 2011 рік.

<sup>197</sup> Саприкіна М.В. Про деякі спірні питання кваліфікації злочинів, передбачених ст. 191 КК України // Вісник Харківського національного університету внутрішніх. – 2009. – Вип. 47. – С. 132.

<sup>198</sup> Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін. / За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х.: «Одіссей», 2007. – С. 510.

<sup>199</sup> Дорош А.В. Щодо ефективності застосування законодавства про кримінальну відповідальність за привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем // Питання боротьби зі злочинністю. – 2008. – Вип 16. – С. 32-33.

ників апарату органів виконавчої влади, органів прокуратури, судів та інших органів», дала вказівку про проведення незаконного нарахування їй премії до Дня місцевого самоврядування на суму 1635 грн., яку вона отримала. Вироком Голованівського районного суду Кіровоградської області від 27 лютого 2008 року підсудну К. було визнано винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, і засуджено до обмеження волі строком на 1 рік з позбавленням права займати посади в органах місцевого самоврядування, пов'язаних з управлінням та розпорядженням матеріальними цінностями та коштами, на 1 рік<sup>200</sup>.

Із наведеного прикладу видно, що своїми діями винна К. не лише спричинила істотну шкоду праву власності відповідної територіальної громади, а й порушила нормальну діяльність Ємилівської сільської ради Голованівського району Кіровоградської області.

На відміну від перших двох форм вчинення цього злочину (привласнення та розтрати), заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем не може вчинятися щодо майна, яке було ввірене винному або перебувало у його віданні. Не обов'язково й щоб винний мав якісь повноваження щодо такого майна (наприклад, директор хлібозаводу наказує одним підлеглим виготовляти хліб із борошна першого ґатунку, іншим – реалізувати його як хліб із борошна вищого ґатунку, а сам, відображаючи неправдиву інформацію в бухгалтерській документації, заволодіває коштами, які становлять різницю у вартості борошна різних ґатунків).

Для притягнення особи до кримінальної відповідальності за розглядувану форму вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, достатньо встановити, що службова особа використовувала надані їй владні (зокрема організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські) повноваження для заволодіння чужим майном<sup>201</sup>. При цьому алгоритм вчинення розгляданого злочину виглядає наступним чином: використання службовою особою наданих їй владних повноважень всупереч інтересам служби → заволодіння чужим майном. Якщо ж службова особа спочатку звертає на свою користь чуже майно, а вже потім зловживає своїм службовим становищем (наприклад, з метою приховати вчинений злочин), її дії необхідно кваліфікувати за правилами реальної

сукупності злочинів – за тією нормою, яка передбачає вчинений вид викрадення, та відповідною частиною статей 364 чи 364-1 КК.

Слід зазначити, що, якщо заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем було пов'язане з внесенням такою особою до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей, іншим підробленням документів або складанням і видачею завідомо неправдивих документів, дії винного потребують кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 191 і 366 КК.

Заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (ч. 2 ст. 191 КК) слід відмежовувати від зловживання владою або службовим становищем, яке вчинюється з корисливих мотивів (статті 364, 364-1 КК). При цьому слід повністю погодитись із міркуваннями О.О. Дудорова та М.І. Мельника, які зазначають, що зловживання службовою особою своїм службовим становищем при вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, виступає способом заволодіння чужим майном і таким чином утворює спеціальний склад службового зловживання<sup>202</sup>. При корисливому зловживанні владою або службовим становищем, відповідальність за яке передбачена статтями 364 і 364-1 КК, службова особа не заволодіває чужим майном, а, діючи всупереч інтересам служби і протиправно отримуючи вигоду зі свого службового становища, заподіює власникові майна майнову шкоду. При цьому така шкода може полягати у так званій упущеній вигоді. На відміну від злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, зловживання владою або службовим становищем (статті 364, 364-1 КК) може супроводжуватись оплатним вилученням чужого майна, за якого відбувається заміна майна на рівноцінний еквівалент, – інше майно, гроші, використання чужого майна для особистих потреб без мети заволодіння ним тощо<sup>203</sup>.

<sup>202</sup> З позиції М. Зенової, «зловживання службовою особою своїм службовим становищем» можна визнати способом учинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, лише при буквальному тлумаченні кримінального закону. У теорії ж кримінального права та правозастосовній практиці, на думку цієї дослідниці, розглядувана юридична конструкція «наповнюється» більш широким змістом (детальніше про це див.: Зенова М. Проблеми співвідношення зловживання владою або службовим становищем і привласнення, розтрати або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 5. – С. 148–150.).

<sup>203</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 455–460; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов.

<sup>200</sup> Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 червня 2009 року // Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008 – 2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 489–491.

<sup>201</sup> Купченко В.Н. Присвоение и растрата чужого имущества с использованием служебного положения // Уголовный процесс. – 2005. – № 2. – С. 9.



Злочин, передбачений ч. 2 ст. 191 КК, учинений у формі заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем є закінченим з моменту, коли винний фактично заволодів таким майном.

**Суб'єктом злочину**, передбаченого ч. 1 ст. 191 КК, може бути фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку і якій майно, що є предметом цього злочину, було ввірене чи перебувало в її віданні.

Вилучення, відчуження, витрачення або споживання чужого майна, вчинене особою, яка не була наділена певною правомочністю щодо нього, а за характером своєї діяльності мала лише доступ до цього майна (сторож, охоронник, вантажник, гардеробник, прибиральниця тощо) або виконувала щодо нього суто технічні функції з транспортування (шофер, тракторист, комбайнер тощо), слід кваліфікувати як відкрите чи таємне викрадення. Крім того, за статтями 185, 186 або 187 КК мають кваліфікуватися й таке вилучення, відчуження, витрачення або споживання чужого майна, яке, хоч і було вчинене особою, котра наділена щодо нього певною правомочністю, але у конкретному випадку нею не користувалася.

**Суб'єктом злочину**, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, вчиненого у формі заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем може бути лише службова особа. Щоправда, інколи суди неправильно визначають правовий статус винних осіб, внаслідок чого допускають помилки при кваліфікації їхніх дій.

*Так, Ківерцівський районний суд Волинської області визнав винним К. за ч. 2 ст. 191 КК і призначив йому відповідне покарання. З матеріалів справи вбачається, що К. як службова особа працював майстром у Ківерцівському лісництві та, зловживаючи службовим становищем, надав іншим особам дозвіл на вирубку лісу у ввіреному йому лісовому масиві. В результаті таких дій лісовому господарству було завдано збитків на суму 11514 грн. Відповідно до посадової інструкції майстра Ківерцівського лісництва зазначена посадова особа зобов'язана організовувати виконання всіх робіт на закріпленій за нею ділянці. Проте Апеляційний суд Волинської області помилково дійшов висновку, що К. не є службовою особою і, як наслідок, неправильно перекваліфікував його дії із ч. 2 на ч. 1 ст. 191 КК. Тому ВСУ згідно з ухвалою від 26 липня 2007 року скасував рішення апеляційного суду та направив справу на новий розгляд<sup>204</sup>.*

– К.: Юридична думка, 2010. – С. 525.

<sup>204</sup> Практика розгляду судами справ про злочини проти власності / Підг. до друку С.М. Міщенкою і В.В. Антошуком // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2 (102). – С. 23–24.

**Суб'єктивні сторони** злочинів, передбачених і ч. 1 і ч. 2 ст. 191 КК, характеризується прямим умислом, а ті, що вчинені у формі привласнення чужого майна, – ще й специфічною метою – *обернути вилучене майно на свою користь*.

**Кваліфіковані види** розглядуваних злочинів утворено за допомогою кваліфікуючих ознак («повторно», «за попередньою змовою групою осіб», «у великих розмірах», «в особливо великих розмірах» і «організованою групою»), зміст яких розкрито вище.

Завершуючи кримінально-правовий аналіз ст. 191 КК, слід зазначити, що через зовнішню схожість діянь описаних у диспозиціях ч.ч. 1 і 2 ст. 191 КК з такими посяганнями на власність як крадіжка (185 КК), грабіж (186 КК), шахрайство (190 КК), заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою (192 КК) тощо в правозастосовній практиці непоодинокі випадки неправильної правової оцінки вчиненого. Так, вивчивши матеріали судової та слідчої практики Л.В. Дорош установила, що типовими помилками при кваліфікації аналізованого злочину є такі: 1) помилки, пов'язані з визначенням суб'єкта злочину, зокрема неврахування правового статусу суб'єкта злочинів, передбачених ст. 191 КК, а саме того, що суб'єктом привласнення і розтрата може бути як службова, так і не службова особа, якій майно ввірене або перебуває у її віданні, а суб'єктом заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем – тільки службова особа; 2) помилки, викликані неврахуванням відмінних рис привласнення і розтрата як окремих самостійних способів злочинного обертання чужого майна на свою користь або користь інших осіб; 3) помилки, пов'язані з відмежуванням привласнення або розтрата від суміжних злочинів, а саме невміння розмежувати випадки, коли вина особа наділена певними повноваженнями щодо майна, яке їй ввірене або перебуває у віданні, що впливають з належним чином оформлених правових актів (призначення на посаду, укладення договору про кримінальну відповідальність, передача майна за кількістю, вагою або об'ємом для перевезення, пересилання, зберігання тощо, що підтверджується відповідними документами (акт передачі, товарно-транспортна накладна, квитанція тощо), і коли вона має лише доступ до нього у зв'язку з дорученою роботою, виконанням службових обов'язків тощо (охорона майна, здійснення контролю за його використанням за цільовим призначенням, виконання технічних функцій щодо майна, наприклад, розвантаження); 4) помилки, викликані проблемами відмежування аналізованих форм обертання чужого майна на свою користь або користь інших осіб, якщо вони пов'язані з обманним

використанням документів, від шахрайства; 5) помилки, пов'язані з ототожненням заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем з тимчасовим запозиченням чужого майна; 6) помилки при кваліфікації тотожних злочинів без обтяжуючих обставин за ч. 3 ст. 191 КК за ознакою повторності, зокрема, не враховується, що ця ознака, по-перше, безпосередньо вказує на неодноразовість вчинення аналізованих злочинів, а по-друге – санкцією ч. 3 ст. 191 КК вже враховано підвищений ступінь суспільної небезпечності вчиненого, а отже додаткова кваліфікація за сукупністю за ч. 1 ст. 191 КК є зайвою<sup>205</sup>.

**Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою** (ст. 192 КК). Говорячи про склад злочину, передбаченого ст. 192 КК, слід зазначити що його ознаки у чинному кримінальному законі (власне, як і в КК 1960 року) сформульовано настільки абстрактно та неоднозначно, що згідно з «буквою» закону він здатен охопити собою як низку інших кримінально караних діянь, так і безліч цивільно-правових деліктів. Виходячи з диспозиції ч. 1 ст. 192 КК, кримінальна відповідальність за цією статтею має наставати за заподіяння значної майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою за відсутності ознак шахрайства.

Із наведених ознак цього злочину (яких усього дві: суспільно небезпечний наслідок і спосіб учинення діяння), а також із законодавчого визначення майнової шкоди (збитків), яке закріплене у ст. 22 ЦК, можна було б зробити висновок, що кримінально караним за цією статтею є: а) знищення майна особи шляхом обману або зловживання довірою (реальні збитки); б) пошкодження майна особи шляхом обману або зловживання довірою (реальні збитки); в) будь-які протиправні діяння, вчинені шляхом обману або зловживання довірою, внаслідок яких потерпілий зробив або мусить зробити витрати для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); г) будь-які протиправні діяння, вчинені шляхом обману або зловживання довірою, внаслідок яких потерпілий не отримав доходи які міг би реально одержати за звичайних обставин, якби його право не було порушене (упущена вигода).

Утім таке тлумачення об'єктивних ознак складу злочину, передбаченого ст. 192 КК, виглядає абсурдним, адже, з одного боку, за ст. 192 КК довелося б кваліфікувати й умисне знищення

або пошкодження майна (ст. 194 КК), і ухилення від сплати податків (212 КК), і шахрайство з фінансовими ресурсами (222 КК), і будь-яке інше кримінально каране діяння, вчинене шляхом обману або зловживання довірою, внаслідок яких потерпілий а) зробив або мусить зробити витрати для відновлення свого порушеного права; б) не отримав доходи, які міг би реально одержати за звичайних обставин, якби його право не було порушене (зокрема, діяння, передбачені статтями 201–203 КК), а, з іншого, – будь-яке невиконання цивільного чи господарського зобов'язання, вчиненого шляхом обману або зловживання довірою, яке призвело до значної майнової шкоди.

Така ситуація, на нашу думку, вимагала від Пленуму ВСУ зробити, принаймні, спробу усунути неоднозначність кримінального закону шляхом надання чітких та зрозумілих роз'яснень щодо змісту ст. 192 КК та особливостей застосування її положень на практиці. Однак чинна постанова Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» не містить жодної вказівки щодо застосування положень ст. 192 КК, а постанова Пленуму ВСУ від 25 вересня 1981 року № 7 «Про практику застосування законодавства у правах про розкрадання державного та колективного майна» містила лише одне речення, присвячене одному із аспектів відмежування ст. 84 КК 1960 року («Розкрадання державного або колективного майна шляхом привласнення, розтрати або зловживання посадовим становищем») від ст. 87 КК 1960 р. («Спричинення майнової шкоди шляхом обману або зловживання довір'ям»).

У зв'язку з цим маємо констатувати наявність такої ситуації, за якої всі проблеми тлумачення положень ст. 192 КК та особливостей її застосування перекладено на плечі вчених-криміналістів, правоохоронних органів і суду. І в цьому, мабуть, не було б нічого поганого, якби вчені (враховуючи вельми тривалий час існування зазначеної кримінально-правової заборони) спромоглися виробити єдину концепцію щодо тлумачення змісту розглядуваного діяння, а практики продемонстрували однаковий підхід до застосування її положень. Проте ні практики, ні теоретики не дійшли згоди щодо змісту розглядуваного діяння.

Наприклад, знаний вітчизняний правознавець М.І. Панов зазначає, що заподіяння майнової шкоди може виявлятися у трьох формах: 1) незаконному використанні чужого майна; 2) ухиленні від сплати обов'язкових платежів; 3) обертанні на власну користь грошових коштів, які на підставі тих або інших договорів і зобов'язань мають надійти до фондів власності і на користь власника. Виходячи з таких форм

<sup>205</sup> Дорош Л.В. Щодо ефективності застосування законодавства про кримінальну відповідальність за привласнення, розтрату майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем // Питання боротьби зі злочинністю. – 2008. – Вип 16. – С. 34–35.

учинення злочину, передбаченого ст. 192 КК, зазначений криміналіст доходить висновку, що безпосередній об'єкт цього злочину – відносини власності в галузі використання майна, що належить власнику, а також відносини, які випливають з різного роду договорів і зобов'язань, внаслідок яких власник мав би реально одержати дохід, – відносини з формування фондів власності<sup>206</sup>. На думку П.С. Матишевського, розглядуваний злочин може бути вчинено в одній із двох форм: 1) протиправне використання чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало в її віданні, на власну користь; 2) звернення на свою користь платежів, які повинні були надійти від окремих громадян за певні послуги особою, яка не мала повноважень на їх приймання та оприбуткування. Безпосереднім об'єктом цього злочину П.С. Матишевський вважає правовий порядок використання майна та надходження коштів<sup>207</sup>. З позиції М.І. Мельника, заподіянням майнової шкоди, відповідальність за яке передбачена ст. 192 КК, охоплюються шість випадків: 1) незаконне використання чужого майна чи грошових коштів в результаті чого потерпіла сторона, будучи позбавленою можливості використовувати майно чи кошти у власних інтересах, зазнає майнової шкоди у формі упущеної вигоди; 2) неправомірне неповернення чи несвоєчасного повернення власнику майна чи грошових коштів, що позбавляє власника можливості використовувати їх за власним розсудом і отримати певний дохід; 3) ухилення від сплати обов'язкових платежів в результаті чого держава не отримує належних грошових надходжень; 4) отримання майна чи грошових коштів з використанням при цьому пільг, на які винна особа не мала права; 5) звернення особою, яка перебуває на службі, на свою користь або користь інших осіб грошових коштів, які є платою за отримані громадянами чи організаціями послуги<sup>208</sup>. Н.О. Антонюк стверджує, що об'єктом заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою є власність у частині поповнення фондів власника, а злочин має дві форми: незаконне тимчасове запозичення майна та ухилення від оплати за на-

дане неуречевлене майно<sup>209</sup>. Існують й інші точки зору щодо змісту розглядуваного діяння та його антисоціальної спрямованості<sup>210</sup>.

Не вступаючи із зазначеними науковцями у дискусію, зазначимо, що, з нашої точки зору, для правильного вирішення питання про об'єктивні ознаки розглядуваного злочину необхідно виходити з такого.

По-перше, оскільки ознаки складу злочину «Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою» сформульовано в диспозиції ст. 192 КК неоднозначно (в ній не лише немає чіткої вказівки на ту цінність, яка охороняється розглядуваною статтею, а й взагалі не визначено ознак діяння), то головним критерієм при визначенні основного безпосереднього об'єкта аналізованого злочину повинно відігравати місце розташування ст. 192 КК в системі норм Особливої частини КК. Тобто в такому випадку вирішальне значення має не доктринальне тлумачення ознак розглядуваного злочину, а воля законодавця, чітко висловлена ним у процесі систематизації норм Особливої частини КК (його бачення змісту суспільної небезпеки цього злочину).

Системний же аналіз назви розділу VI Особливої частини КК «Злочини проти власності» та змісту диспозиції ст. 192 КК дозволяє стверджувати, що основним безпосереднім об'єктом заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою є право власності як можливість особи володіти, користуватися та розпоряджатися своїм майном.

По-друге, оскільки основним безпосереднім об'єктом заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою є право власності, то **потерпілим** від цього злочину може бути лише власник майна або його законний володілець. До речі, в диспозиції ч. 1 ст. 165 КК РФ, яка передбачає кримінальну відповідальність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою йдеться про заподіяння майнової шкоди власнику або іншому володілецю майна шляхом обману або зловживання довірою за відсутності ознак шахрайства» (курсив наш – авт.).

По-третє, певної абстрактності у викладі ознак складу злочину, передбаченого ст. 192 КК, **можна уникнути** шляхом систематизації форм

<sup>206</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 162.

<sup>207</sup> Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.И. Антипов и др. / Отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. – К.: А.С.К., 2003. – С. 446.

<sup>208</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – 526–527.

<sup>209</sup> Антонюк Н. О. Кримінальна відповідальність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2006. – С. 9–11.

<sup>210</sup> Владимиров В. А., Ляпунов Ю.И. Ответственность за корыстные посягательства на социалистическую собственность. – М.: Юридическая литература, 1986. – С. 192–193; Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 261; Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 735.



вчинення цього злочину залежно від повноважень власника чи законного володільця майна, на які відбувається посягання. Можливість такої систематизації пояснюється тим, що, як правило, заподіяння майнової шкоди власнику є результатом порушення лише одного із трьох його повноважень. При цьому слід пам'ятати, що злочин, передбачений ст. 192 КК, не може посягати на ці повноваження: а) у формі викрадення майна (у такому разі матиме місце шахрайство); б) у формі знищення майна; в) у формі пошкодження майна (у випадках зазначених в пунктах «б» і «в» матиме місце злочин, передбачений ст. 194 КК).

Враховуючи викладене вважаємо, що об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 192 КК, може набувати наступних форм:

1. **Протиправне використання чужого** (як правило ввіреного) **майна**, вчинене шляхом обману або зловживання довірою, внаслідок якого потерпілому було заподіяно значну майнову шкоду. Найтипівішими проявами такого діяння є: а) протиправне використання транспортних засобів власника у особистих інтересах (наприклад, водій службового автомобіля використовує його для перевезення пасажирів чи вантажу з метою отримання від цього прибутку; провідник вагону отримує грошові кошти від пасажирів за безбілетний проїзд чи безбілетне перевезення багажу; водій автобусу чи трамваю, який має право на перевезення пасажирів виключно за проїзними документами, здійснює перевезення пасажирів без білетів за відповідну плату); б) протиправне використання сільськогосподарської техніки власника в особистих інтересах (водій комбайну, трактору чи іншої сільськогосподарської техніки використовує її для виконання необумовленої угодою між власником і водієм роботи тощо); в) протиправне використання будівельної техніки власника в особистих інтересах (водій грейдера чи машиніст крану здійснюють будівельні роботи поза волею власника); г) протиправне використання нерухомого майна власника в особистих інтересах (наприклад, володільць комунального майна, переданого йому для здійснення некомерційної діяльності, передає його у платну суборенду); д) протиправне використання інших основних фондів власника (машин, устаткування, обладнання, інструменту, виробничого інвентарю та приладдя, господарського інвентарю та іншого майна тривалого використання) в особистих інтересах (наприклад, токар використовує виробничий станок для виконання приватного замовлення; слюсар, використовуючи інвентар власника, надає послуги, не обумовлені угодою між власником інвентарю та виконавцем послуг).

Так, Нововоронцовський районний суд Херсонської області визнав П. винним у вчиненні зло-

чину, передбаченого ч. 1 ст. 192 КК. Суд установив, що П., зловживаючи довірою потерпілого А., який дозволяв П. користуватись його автомобілем за місцем проживання для побутових потреб, незаконно, всупереч усній домовленості та маючи намір безоплатно використовувати автомобіль ВАЗ-2107 вартістю 25 000 грн., заволодів вищевказаним транспортним засобом і здійснив на ньому поїздку в м. Кривий Ріг Дніпропетровської області, де безоплатно використовував протягом тривалого часу для власних потреб. Тим самим П. спричинив потерпілому значні матеріальні збитки<sup>211</sup>.

Протиправне використання чужого майна, як правило, пов'язане з виконанням так званих «лівих» замовлень, а в окремих випадках обумовлене власними потребами винного. Шкода, яка завдається власнику під час незаконного використання майна потерпілого, може складатися з: а) вартості фактично використаного майна (паливно-мастильних матеріалів, електроенергії, газу, води тощо); б) амортизаційних витрат власника (тобто витрат на заміщення зношеної частини основних засобів виробництва); в) доходів, які потерпіла особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода); г) заробітної платні, отриманої винним за час самовільного використання майна потерпілого, якщо таке використання відбувалося у робочий час.

Із цього випливає, що, визначаючи розмір завданої шкоди потерпілому, правоохоронні органи та суд мають виходити не з розміру фактично отриманого винним доходу, а з сукупності обставин, які свідчать про реальні збитки та упущену вигоду потерпілого.

До проявів протиправного використання чужого майна слід віднести й випадки, коли винний отримує у **тимчасове користування чуже майно** з використанням при цьому тільки, на які він не має права, чим заподіює значну майнову шкоду фізичній чи юридичній особі (наприклад, отримує безвідсоткову позику, яка надається певним категоріям громадян, що постраждали від Чорнобильської катастрофи). У таких випадках винний протиправно заволодіває та користується чужим майном, має намір повернути його власнику у встановлений термін (якщо такий намір відсутній, то має місце шахрайство), однак не бажає нести додаткові витрати (зокрема, сплачувати відсотки за кредитом), чим і заподіює значну майнову шкоду фізичній або юридичній особі, які могли передати ці кошти іншій особі та отримувати за користування кредитом відсотки. Якщо завідомо неправдиву інформацію щодо на-

<sup>211</sup> Архів Нововоронцовського районного суду Херсонської області. Справа № 1-9 за 2009 рік.

явності на боці винного певних пільг надає особа, вказана у ст. 222 КК, вчинене потребує додаткової кваліфікації ще й як шахрайство з фінансовими ресурсами.

2. **Протиправне володіння чужим (як правило, ввіреним) майном**, вчинене шляхом обману або зловживання довірою, внаслідок якого потерпілому було заподіяно значну майнову шкоду. У переважній більшості випадків таке заподіяння значної майнової шкоди потерпілому є результатом неправомірного неповернення чи несвоечасного повернення власнику будь-якого майна (в т.ч. грошових коштів), що позбавляє власника можливості використовувати його на власний розсуд і отримати певний дохід. Яскравий приклад вчинення розглядуваного злочину у формі протиправного володіння чужим майном наводить у своїй дисертації Н.О. Антонюк.

Так, В., працюючи бульдозеристом ДП «Південьзахідтрансбуд» і перебуваючи із адміністрацією підприємства у неприяних відносинах, помістив закріплений за ним бульдозер на власному підвір'ї і не вийшов на роботу, мотивуючи це раптовою хворобою. При цьому В. не використовував бульдозер у власних цілях. В ході ж проведеного розслідування було встановлено, що він хотів, щоб підприємство не виконало своїх зобов'язань за договором. В результаті неправомірних дій В. підприємству було заподіяно значну майнову шкоду<sup>212</sup>.

Оскільки ж при протиправному володінні чужим майном реальних збитків потерпілий, як правило, не зазнає, то розмір завданої шкоди відповідає розміру упущеної вигоди.

3. **Протиправне розпорядження чужим (як правило ввіреним) майном**, вчинене шляхом обману або зловживання довірою, внаслідок якого потерпілому було заподіяно значну майнову шкоду. Йдеться про такі випадки, коли діяння особи спрямоване не на заволодіння чужим майном (тобто не на вчинення шахрайства), а на збагачення за рахунок протиправного розпорядження ним. Наприклад, особа, якій було передано на зберігання грошові кошти, всупереч умовам договору з власником, вкладає їх у фінансово-кредитну установу для отримання прибутку у вигляді процентів за депозитним вкладом, а після отримання процентів повертає гроші потерпілому.

У кримінально-правовій літературі до форм учинення злочину, передбаченого ст. 192 КК, відносять і деякі інші діяння. Так, переважна більшість криміналістів переконана, що **обертання на свою користь платежів, які мали б надійти фізичній чи юридичній особі за надані по-**

**слуги, особою, котра не наділена правом їх отримання**, є злочином, передбаченим ст. 192 КК (провезення провідником залізничного транспорту, водієм автобуса пасажирів, які не сплатили вартості проїзного квитка, з одержанням від них оплати вартості проїзду; надання можливості окремим особам користуватися без відповідної оплати видовищними послугами з отриманням за це від вказаних осіб вартості наданих послуг тощо)<sup>213</sup>. На нашу ж думку, з цим можна погодитися лише частково, адже такі дії можуть охоплюватися ст. 192 КК лише в тому разі, якщо вони посягають на право власності потерпілого, тобто право володіти, користуватися та розпоряджатися **власним** майном. Тому якщо, наприклад, особа протиправно експлуатує автобус потерпілого (тобто порушує повноваження власника щодо володіння майном) і отримує за це винагороду, то за наявності усіх до того підстав учинене слід кваліфікувати за ст. 192 КК. Якщо ж така особа не порушує права власності потерпілого, а порушує лише порядок надходження коштів до відповідного суб'єкта (які, вочевидь, ще не є його власністю), то має місце або злочин у сфері господарської діяльності, або самоправство, або цивільно-правовий делікт.

Зокрема за ст. 356 КК слід кваліфікувати дії охоронця, який за вартість квитку проводить на концерт, театральну чи циркову виставу безбілетних глядачів, уважаючи, що має право вчиняти такі дії. Якщо ж особа й справді має право отримувати від фізичних або юридичних осіб платежі за надані їм послуги (кондуктор, касир, бухгалтер тощо), вчинене повинно розглядатися як привласнення чужого майна (ст. 191 КК), оскільки з моменту отримання зазначеними особами цих платежів вони вже визнаються такими, що надійшли і знаходяться у фондах власності власника майна<sup>214</sup>.

Поширеною є також думка, згідно з якою

<sup>213</sup> Матьшевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 158; Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 729; Уголовный кодекс Украины. Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.И. Антипов и др. / Отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. – К.: А.С.К., 2003. – С. 446; Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 163–164; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 527.

<sup>214</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 164; Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 730.

<sup>212</sup> Антонюк Н.О. Кримінальна відповідальність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2006. – С. 83.

за ст. 192 КК має кваліфікуватися й **ухилення фізичної особи від сплати обов'язкових платежів** (за комунальні та інші майнові послуги, користування транспортом, посвідчення нотаріусами договорів тощо) шляхом обману або зловживання довірою (з використанням підроблених документів, які надають винному пільги щодо сплати тих чи інших платежів; шляхом перекручування умов договору з метою зменшення розміру мита тощо)<sup>215</sup>. Безапеляційно погодитися з наведеною позицією ми також не можемо, адже посягання на право власності у таких випадках, як правило, не відбувається (крім випадків, коли введений в оману потерпілий передає шахраю власне майно: електричну чи теплову енергію, воду, газ тощо). Вважаємо, що в розглядуваних випадках посягання відбувається на встановлений (нормативно-правовими актами чи договорами) порядок сплати обов'язкових платежів до відповідних бюджетів і цільових фондів, організаціям чи фізичним особам. У зв'язку з цим слід нагадати, що за наявності до того підстав розглядувані діяння слід кваліфікувати за ст. 212 КК. Якщо ж у діяннях особи відсутні ознаки шахрайства, ухилення від сплати податків та інших злочинів у сфері господарської діяльності, то, на нашу думку, має місце цивільно-правовий делікт, який має вирішуватися у порядку позовного провадження.

Способами вчинення розглядуваного злочину є **обман і зловживання довірою**. За своїм змістом вони аналогічні способам заволодіння майном при шахрайстві (ст. 190 КК). Різниця полягає лише в тому, що при шахрайстві обман або зловживання довірою використовуються для заволодіння майном або придбання права на нього, а при вчиненні злочину, передбаченого ст. 192 КК, – для протиправного використання, володіння або розпорядження чужим майном.

Продовжуючи розгляд об'єктивних ознак злочину, передбаченого ст. 192 КК, слід зазначити, що, якщо заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою супроводжувалось підробленням документів чи використанням підроблених документів, вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 192 і 358 КК.

<sup>215</sup> Матьшевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 158; Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 261; Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 735; Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 162–163; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 527.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 1 ст. 192 КК, є **суспільно небезпечний наслідок – настання значної майнової шкоди**. Виходячи з примітки до ст. 192 КК, можна зробити висновок, що майнова шкода, заподіяна шляхом обману або зловживання довірою, є значною, якщо потерпілому спричинено збитки на суму від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Особливістю суспільно небезпечних наслідків цього злочину є те, що майнову шкоду становлять не лише реальні збитки власника майна, а й не одержані власником кошти (упущена вигода). За вказаною ознакою, як слушно звертає увагу М.І. Мельник, цей злочин відрізняється від інших злочинів проти власності, при вчиненні яких завжди має місце пряма матеріальна шкода, пов'язана із фактичним зменшенням майнового фонду власника в результаті вилучення у нього майна<sup>216</sup>. Між діянням у одній із визначених нами форм і суспільно-небезпечними наслідками має бути встановлений **причинний зв'язок**.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 192 КК, є закінченим з моменту, коли потерпілому було заподіяно значну майнову шкоду.

**Суб'єктом** злочину, передбаченого ст. 192 КК, може бути фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку. Якщо заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою вчинено службовою особою з використанням своїх владних повноважень, скоєне слід кваліфікувати за відповідними частинами статей 364, 364-1, 365, 365-1 КК.

**Суб'єктивна сторона злочину**, передбаченого ст. 192 КК, характеризується прямим умислом.

Вчиняючи цей злочин, особа: усвідомлює, що вона порушує право власності потерпілого шляхом введення потерпілого в оману; усвідомлює, що цими діями порушує правові та етичні норми суспільства щодо неприпустимості таких дій; передбачає можливість спричинення значної матеріальної шкоди власнику чи законному володільцю майна та бажає настання цієї шкоди.

**Кваліфікованими видами** розглядуваного злочину є: 1) заподіяння значної майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою, **вчинене за попередньою змовою групою осіб**; 2) заподіяння майнової шкоди у великих розмірах шляхом обману або зловживання довірою<sup>217</sup>.

**Заподіяння майнової шкоди у великих розмі-**

<sup>216</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 527–528.

<sup>217</sup> Зміст кваліфікуючої ознаки «вчинене за попередньою змовою групою осіб» розкрито в першому параграфі цієї глави.



рах шляхом обману або зловживання довірою – це протиправне використання, володіння чи розпорядження чужим майном, вчинене шляхом обману або зловживання довірою, внаслідок якого потерпілому було заподіяно майнову шкоду, яка у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Аналізований злочин слід відмежовувати від шахрайства (ст. 190 КК). Головна відмінність між ними полягає в тому, що при шахрайстві винний заволодіває майном потерпілого або набуває право на нього, а при вчиненні злочину, передбаченого ст. 192 КК, – лише протиправно використовує, володіє чи розпоряджається цим майном.

Утім у правозастосовній практиці непоодинокими є випадки неправильної кваліфікації дій винних осіб, які з метою досягнення злочинного результату використовували обман або зловживання довірою.

Так, у травні 2005 року С. шляхом обману Л. (спеціаліста управління АПР Тлумацької районної державної адміністрації) отримав два примірники завідомо неправдивої довідки Тлумацької РДА № 656-02/1-17 від 5 липня 2005 року, підготовленої Л. і підписаної заступником голови Тлумацької РДА Габураком В.М., згідно з якою ФГ «Василя Савчина», яке знаходиться в с. Вільне Тлумацького району Івано-Франківської області, належить до господарств з відокремленою садибою. 7 липня 2005 року та 5 серпня 2005 року С. надав ці довідки у Івано-Франківське відділення Українського державного фонду підтримки фермерських господарств, звідки незаконно отримав фінансову підтримку на безповоротній основі як часткову компенсацію витрат, пов'язаних з придбанням першого комбайна і першого трактора на загальну суму 33000 грн.

17 жовтня 2007 року Тлумацький районний суд Івано-Франківської області визнав С. винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 192 КК, і призначив покарання у вигляді 850 грн. штрафу<sup>218</sup>.

Погодитися із кваліфікацією вчиненого діяння С. за ч. 2 ст. 192 КК не можна, адже в розглядуваному випадку має місце не використання, володіння чи розпорядження чужим майном, а заволідіння ним шляхом обману, тобто шахрайство (ст. 190 КК). Про це, зокрема, свідчить безповоротний характер отриманих грошових коштів.

**Незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї** (ст. 193 КК)<sup>219</sup>. Згідно з цивільним

<sup>218</sup> Архів Тлумацького районного суду Івано-Франківської області. Справа № 1-104 за 2007 рік.

<sup>219</sup> Кримінальна відповідальність за привласнення знайденого майна не належить до числа загальнопоширених

законодавством України особа, яка знайшла загублену річ, зобов'язана негайно повідомити про це особу, яка її загубила, або власника речі і повернути знайдену річ цій особі. Якщо особа, яка має право вимагати повернення загубленої речі, або місце її перебування невідомі, особа, яка знайшла загублену річ, зобов'язана заявити про знахідку міліції або органів місцевого самоврядування. Особа, яка знайшла загублену річ, має право зберігати її у себе або здати на зберігання міліції, або органів місцевого самоврядування, або передати знахідку особі, яку вони вказали.

При цьому слід пам'ятати, що згідно з ч. 1 ст. 338 ЦК особа, яка знайшла загублену річ, набуває право власності на неї після спливу шести місяців з моменту подання заяви про знахідку міліції або органів місцевого самоврядування, якщо: а) не буде встановлено власника або іншу особу, яка має право вимагати повернення загубленої речі; б) власник або інша особа, яка має право вимагати повернення загубленої речі, не заявить про свої право на річ особі, яка її знайшла, міліції або органів місцевого самоврядування.

Відповідно до ч.ч. 2–4 ст. 343 ЦК особа, яка виявила скарб, набуває право власності на нього. Якщо скарб був прихований у майні, що належить на праві власності іншій особі, особа, яка виявила його, та власник майна, у якому скарб був прихований, набувають у рівних частках право спільної часткової власності на нього. У разі виявлення скарбу особою, яка здійснювала розкопки чи пошук цінностей без згоди на це власника майна, в якому він був прихований, право власності на скарб набуває власник цього майна.

У разі виявлення скарбу, що становить культурну цінність, відповідно до закону (нині Закон України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей») право власності на нього набуває держава.

Особа, яка виявила такий скарб, має право на одержання від держави винагороди у розмірі до двадцяти відсотків від його вартості на момент виявлення, якщо вона негайно повідомила міліції або органів місцевого самоврядування про скарб і передала його відповідному державному органу або органу місцевого самоврядування. Якщо скарб, що становить культурну цінність, був виявлений у майні, що належить іншій особі, ця особа, а також особа, яка виявила скарб, мають право на винагороду у розмірі до

злочинів проти власності. Крім кримінального законодавства України, аналогічні заборони містяться лише в кримінальному законодавстві Білорусі, Угорщини, Кот-д'Івуару, Литви та Монголії (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. – С. 199, 212).

десяти відсотків від вартості скарбу кожна.

Незаконне ж привласнення особою знайденого чи такого, що випадково опинилося в неї, чужого майна або скарбу, які мають особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, тягне кримінальну відповідальність за ст. 193 КК<sup>220</sup>.

Ця кримінально-правова заборона, як видається, є результатом впровадження в життя положень ч.ч. 3–5 Конституції України, згідно з якими культурна спадщина охороняється законом, а держава сприяє розвитку науки, встановленню наукових зв'язків України зі світовим співтовариством і забезпечує збереження історичних пам'яток та інших об'єктів, що становлять культурну цінність, вживає заходів для повернення в Україну культурних цінностей народу, які знаходяться за її межами.

**Основним безпосереднім об'єктом** незаконного привласнення знайденого чи такого, що випадково опинилося у винного, чужого майна, яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, є право власності на майно, що випадково вибуло з фактичного володіння власника (Українського народу, держави, АРК, територіальної громади, фізичної чи юридичної особи тощо), а незаконного привласнення скарбу, що становить культурну цінність – право власності держави на нього. Додатковим факультативним об'єктом цього злочину є моральні засади суспільства (моральність) в частині ставлення до майна, яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність.

*Предметом злочину*, передбаченого ст. 193 КК, виступає чуже для винного майно (в т.ч. й скарб), яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність.

Під чужим майном у ст. 193 КК розуміється будь-яке майно (в т.ч. й скарб), яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, і на яке винний не має ані реального, ані уявного права. Привласнення ж майна, яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, особою, яка помилово вважала, що отримала на нього право (наприклад, на підставі положень ч. 2 ст. 343 ЦК) за певних умов може кваліфікуватися як самоправство (ст. 356 КК).

Відповідно до ч. 1 ст. 343 ЦК *скарб* – це закопані у землі чи приховані іншим способом гроші, валютні цінності, інші цінні речі, власник яких

невідомий або за законом втратив на них право власності.

Виходячи з положень ст. 193 КК, предметом розглядуваного злочину може бути лише таке майно, яке було *знайдене винним, або випадково опинилося у нього*.

*Під знайденим майном* слід розуміти майно, яке було виявлене винним випадково або внаслідок цілеспрямованого пошуку. При цьому слід мати на увазі, що знайденим може бути лише таке майно, яке вийшло із фактичного володіння власника та на момент його виявлення винним знаходилося у бездоглядному стані.

*Під майном, що випадково опинилося у винного*, слід розуміти майно, яке надійшло у володіння винного в результаті випадкового збігу обставин (наприклад, власник направив майно за неправильно вказаною адресою; кур'єр помилився під час його доставки; у приміщенні автомобільного чи залізничного вокзалу, аеропорту чи в іншому людному місці власник і винний випадково «обмінялися» зовні схожими сумками).

Говорячи про майно (в т.ч. скарб) як таке, що має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність М.І. Панов зазначає наступне. Майно, яке має історичну цінність, – це предмети та цінності, пов'язані з історичними подіями в житті народів, розвитком суспільства і держави, історією науки і техніки, а також такі, що стосуються життя і діяльності видатних осіб (державних, політичних, суспільних діячів), рідкісні рукописи, предмети і їх фрагменти, отримані в результаті археологічних розкопок, стародавні книги й архіви, що є історичною цінністю тощо.

*Майно, що має наукову цінність*, – це предмети (цінності), що містять інформацію (систему знань) про закони природи, суспільства і мислення, а також інформацію з окремих галузей знання. До таких предметів слід відносити наукові праці, відкриття, винаходи, що належать на праві авторства іншим особам, рідкісні колекції та зразки флори і фауни, інші предмети, що становлять винятковий інтерес для різних наук.

*Майно, що має художню цінність*, – це твори мистецтва, що відтворюють дійсність у творчих образах. До них належать твори художників: картини, малюнки, портрети, фрески, гравюри, естампи, літографії; інші твори; кіно-, фото-, відеоматеріали, скульптурні, аудіовізуальні твори, унікальні і рідкісні музичні інструменти тощо.

*Майно, що має культурну цінність*, – це предмети, що відображають досягнення людства в духовних, інтелектуальних, культурних, виробничих відносинах<sup>221</sup>.

<sup>220</sup> Слід зазначити, що, на думку окремих дослідників, криміналізація такого діяння є помиловою, зокрема, через те, що описувані у ст. 193 КК випадки в реальному житті є поодинокими (Баркадзе А.А. Преступления против собственности, совершаемые путём обмана или злоупотребления доверием по законодательству некоторых стран СНГ // Российский следователь. – 2008. – № 19. – С. 36).

<sup>221</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов.

Запропоновані М.І. Пановим доктринальні визначення розглядуваних категорій цінного майна видаються цілком прийнятними, однак під час застосування приписів ст. 193 КК слід мати на увазі, що чинне законодавство України не містить ані легального визначення зазначених видів майна, ані переліку майна, яке слід відносити до тієї чи іншої категорії. Водночас, як міжнародне<sup>222</sup>, так і національне законодавство містять визначення поняття «культурні цінності», яке, за небезпідставним твердженням окремих криміналістів, охоплює собою усі розглядувані види особливо цінного майна<sup>223</sup>. Так, згідно зі ст. 1 Закону України від 21 вересня 1999 року «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» культурні цінності – це об'єкти матеріальної та духовної культури, що мають художнє, історичне, етнографічне та наукове значення і підлягають збереженню, відтворенню та охороні відповідно до законодавства України (оригінальні художні твори живопису; графіки та скульптури; художні композиції та монтажні з будь-яких матеріалів; твори декоративно-прикладного і традиційного народного мистецтва; предмети, пов'язані з історичними подіями, розвитком суспільства та держави, історією науки і культури, а також такі, що стосуються життя та діяльності видатних діячів держави, політичних партій, громадських і релігійних організацій, науки, культури та мистецтва; предмети музейного значення, знайдені під час археологічних розкопок; складові частини та фрагменти архітектурних, історичних, художніх пам'яток і пам'яток монументального мистецтва; старовинні книги та інші видання, що становлять історичну, художню, наукову та літературну цінність, окремо чи в колекції; манускрипти та інкунабули, стародруки, архівні документи, включаючи кіно-, фото- і фотодокументи, окремо чи в колекції; унікальні та рідкісні музичні інструменти; різноманітні види зброї, що має художню, історичну, етнографічну та наукову цінність; рідкісні поштові марки, інші

– Х.: Право, 2010. – С. 168–169.

<sup>222</sup> Конвенція про заходи, спрямовані на заборону та запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності [Електронний ресурс] / Організація Об'єднаних Націй // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_186](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_186); Конвенція щодо викрадених або незаконно вивезених культурних цінностей [Електронний ресурс] / ЮНІДРУА // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_590](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_590).

<sup>223</sup> Гайдашов А.В. Уголовная ответственность за хищения предметов, имеющих особую историческую, научную или культурную ценность: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1997. – С. 42–44; Кочой С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – С. 210.

філателістичні матеріали, окремо чи в колекції; рідкісні монети, ордени, медалі, печатки та інші предмети колекціонування; зоологічні колекції, що становлять наукову, культурно-освітню, навчально-виховну або естетичну цінність; рідкісні колекції та зразки флори і фауни, мінералогії, анатомії та палеонтології тощо).

Правильність наведеного підходу підтверджується й тим, що згідно з ч. 4 ст. 343 ЦК держава набуває право власності лише на скарб, що становить культурну цінність, а в усіх інших випадках – або особа, яка знайшла скарб, або власник майна, в якому скарб був прихований, або обидві зазначені особи в рівних частинах (ч. 2 ст. 343 ЦК).

Слід погодитися з М.І. Мельником і М.І. Пановим у тому, що питання про особливу цінність чужого майна чи скарбу, так само як і належність його до історичних, наукових, художніх або культурних цінностей, слід вирішувати в кожному конкретному випадку на підставі висновку судової експертизи<sup>224</sup>.

Незаконне привласнення особою знайденого чи такого, що випадково опинилося у неї, чужого майна, яке не має особливої історичної, наукової, художньої чи культурної цінності, є цивільно-правовим деліктом. У такому разі власник має право звернутися до суду з позовом про витребування майна з чужого незаконного володіння (віндикаційний позов) на підставі статей 387–390, 400 ЦК.

**3 об'єктивної сторони** злочин, передбачений ст. 193 КК, полягає у незаконному привласненні винною особою знайденого чи такого, що випадково опинилося у неї, чужого майна або скарбу, які мають особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність.

Під незаконним привласненням як ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 193 КК, розуміється така усвідомлена поведінка винного, яка, з одного боку, суперечить встановленому порядку поведінки зі знахідкою, яка має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, а з іншого – свідчить про те, що винний поводить із зазначеним майном як з власним, зокрема, не бажає передавати чуже майно власнику, а скарб – державі. Залежно від того, який вид майна виступає предметом конкретного посягання, незаконне привласнення може виражатися у різноманітних вчинках винного.

<sup>224</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 169; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Грищук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 529.



Наприклад, фактичне володіння скарбом і свідоме ненадання органам державної влади інформації про знайдений скарб, який має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність є його незаконним привласненням незалежно від того, чи користувався винний цим майном, чи розпорядився ним. У такому випадку винний усвідомлює, що знайдений ним скарб є власністю держави, що винний зобов'язаний негайно переданий його відповідним державним органам, а, отже, володіння таким скарбом і ненадання інформації про його знахідку утворюють об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 193 КК.

Утім, як свідчить аналіз ст. 337 ЦК, володіння знайденим майном, яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, може бути й цілком правомірним. Зокрема, в тому випадку, коли особа повідомила відповідних суб'єктів (особу, яка загубила річ, власника речі, міліцію чи орган місцевого самоврядування) про знахідку, яка має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, то вона має право зберігати її у себе до моменту передачі такої речі власнику (ч. 3 ст. 337 ЦК). У такому разі про незаконне привласнення знайденого майна можуть свідчити дії винного, що суперечать вимогам ст. 338 ЦК, і полягають у використанні цього майна, намаганні його реалізувати, фактичній його реалізації тощо.

Злочин, передбачений ст. 193 КК, є закінченим з моменту, коли винний починає поводитися зі знайденим чи таким, що випадково опинилося у нього, чужим майном або скарбом, які мають особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, як з власним.

**Суб'єктом** злочину, передбаченого ст. 193 КК, може бути фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку.

Привласнення майна, що може бути предметом розглядуваного злочину, вчинене службовою особою правоохоронного органу чи органу місцевого самоврядування (якій у порядку, передбаченому ст. 337 ЦК, воно було передане на збереження), кваліфікується за відповідною частиною ст. 191 КК.

Надзвичайно важливе значення для правильної оцінки дій особи, яка порушила вимоги цивільного законодавства щодо поводження зі знахідкою чи скарбом, має її психічне ставлення до обставин вчинюваного. Наприклад, якщо особа не усвідомлює (через низький рівень освіти, звичайний вигляд знайденої речі тощо), що знайдений нею скарб має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, то вчинене не може розглядатися як злочин, передбачений ст. 193 КК. У зв'язку з цим вважаємо,

що суб'єктивна сторона розглядуваного злочину характеризується прямим умислом. Вчиняючи розглядуваний злочин, особа усвідомлює, що привласнює знайдене чи таке, що випадково опинилося у неї, чуже майно або скарб, які мають особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, передбачає спричинення матеріальної шкоди власнику та бажає настання цієї шкоди.

Слід звернути увагу, що суб'єктивною стороною цього злочину охоплюється й переконаність винного у тому, що знайдене ним майно чи майно, що випадково опинилося у нього: а) є для нього чужим або скарбом; б) має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність; в) має бути повернуте власнику або передане державі.

**Умисне знищення або пошкодження майна** (ст. 194 КК). КК 1960 р. диференціював відповідальність за знищення або пошкодження майна залежно від форми власності на нього: державне та колективне майно було предметом знищення (пошкодження) за ст.ст. 89, 90 КК, а індивідуальне майно громадян – за ст. 145 КК. У діючому КК, із урахуванням вимог Конституції та ЦК про забезпечення всім суб'єктам права власності однакового юридичного захисту, передбачена відповідальність за умисне (ст. 194 КК) та необережне (ст. 196 КК) знищення або пошкодження чужого майна, що належить до будь-якої форми власності.

Суспільна небезпека умисного знищення або пошкодження майна полягає не лише у прямій загрозі майновим та суміжним правам окремих осіб, а й у тому, що за умов сучасного соціально-економічного розвитку такі майнові посягання часто є способом ведення протиправної конкурентної боротьби, засобом примушування підприємців, політичних чи громадських діячів до певних поступок чи, навпаки, зняряддям помсти за непоступливість.

**Основним безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 194 КК, є право власності. Додатковим факультативним об'єктом можуть виступати громадський порядок, екологічна безпека, життя і здоров'я людини. Необхідно додати, що за ознакою родового об'єкта знищення або пошкодження майна слід відмежовувати від суміжних злочинів проти громадської безпеки, громадського порядку і моральності, проти довілля, безпеки руху та експлуатації транспорту, проти правосуддя, військових злочинів тощо. Особливість таких діянь полягає в тому, що їх склади включають як обов'язкову (конструктивну) ознаку об'єктивної сторони умисне і, рідше, необережне знищення чи пошкодження чужого майна. Серед наведених посягань можна виокре-

мити, наприклад, незаконне знищення виборчої документації або документів референдумів (ст. 158-2 КК), умисне пошкодження об'єктів електроенергетики (ст. 194-1 КК), забруднення або псування земель (ст. 239 КК), знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу (ст. 245 КК), пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів (ст. 277 КК), знищення, руйнування або пошкодження пам'яток – об'єктів культурної спадщини (ст. 298 КК), умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу (ст. 347 КК), умисне та необережне знищення або пошкодження військового майна (ст. ст. 411, 412 КК).

*Предметом* аналізованого діяння може бути будь-яке рухоме та нерухоме майно<sup>225</sup>, крім окремих його видів, знищення чи пошкодження яких утворює спеціальний вид знищення чи пошкодження майна (наприклад, це стосується Державного Прапора України та Державного Герба України (ст. 338 КК), офіційних документів, штампів та печаток (ст. 357 КК), майна службової особи або громадянина, який виконує громадський обов'язок, судді, народного засідателя, присяжного, захисника, представника особи та їх близьких родичів (статті 352, 378, 399 КК), військового майна (ст. 411 КК).

У багатьох випадках за знищення (зруйнування), пошкодження (зіпсуття) певних видів майна передбачено адміністративну відповідальність (це має місце, зокрема, у випадках, передбачених статтями 46-1, 56, 57, 61, 65, 65-1, 66, 72, 103-2, 109, 111, 114, 115, 116-2, 117, 139 КпАП), що часто створює складнощі у правовій оцінці вчиненого. У разі конкуренції ст. 194 КК і відповідної норми КпАП, яка передбачає відповідальність за умисне знищення (зруйнування), пошкодження (зіпсуття) майна, слід керуватися правилом, закріпленим у ч. 2 ст. 9 КпАП: адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою відповідно до закону кримінальної відповідальності.

Розмірковуючи над характером співвідношення численних норм КК та КпАП, що передбачають відповідальність за знищення і пошкодження майна, М.І. Хавронюк зазначає, що наявність такої кількості норм створює їх конкуренцію, яка ускладнює процес кваліфікації злочинів, і колізію норм, що є вельми небезпечним явищем для правозастосовної практики, особливо з урахуванням того факту, що законодавством правила

<sup>225</sup> Сагун А.В. Об'єкт умисного знищення або пошкодження майна // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 2. – С. 202–210.

розв'язання колізій на сьогодні не визначаються і цей процес відбувається довільно<sup>226</sup>. Викладену тезу розвивають А.Г. Безверхов та І.Г. Шевченко, які пишуть, що ігнорування міжгалузевої узгодженості знижує рівень захищеності майнових відносин і послаблює попереджувальний потенціал кримінального й адміністративного права у відповідній галузі<sup>227</sup>.

Предметом знищення чи пошкодження у злочині, передбаченому ст. 194 КК, може бути тільки чуже майно. Для кваліфікації діяння за ст. 194 КК не має значення, кому саме і за правом якої форми власності (державної, колективної, приватної тощо) належить майно, яке є предметом знищення чи пошкодження. Знищення чи пошкодження власного майна, в т.ч. майна, яке є спільною власністю винного та інших осіб, не повинно утворювати склад цього злочину. Такий підхід видається виправданим з точки зору пануючої в сучасній доктрині і кримінальному концепції «злочинів проти чужої власності». Більше того: якщо взяти до уваги ту обставину, що предметом протиправного посягання на спільну власність є виключно визначена чи невизначена частка іншого співвласника у праві загальної власності, стає зрозумілим, що майнові права за жодних обставин не можуть визнаватись предметом знищення чи пошкодження майна.

Також заслуговує на увагу юридична оцінка дій, що виявились у знищенні або пошкодженні застрахованого майна з метою одержання страхового відшкодування. У принципі, погоджуючись із визнанням таких дій злочином проти власності, О.І. Бойцов одночасно зауважує, що предметом посягання у такому разі буде визнаватись чуже майно у вигляді страхового відшкодування, а не знищене (пошкоджене) майно винного, яке у такому разі лише виступає знаряддям для створення уявної законності одержанням сум страхових виплат<sup>228</sup>. Відповідно, знищення чи пошкодження майна з метою одержання страхового відшкодування повинно розцінюватись як готування до шахрайства (ч. 1 ст. 14 і відповідна частина ст. 190 КК). Якщо ж власник знищеного (пошкодженого) майна фактично одержав відшкодування від страхової компанії, його дії утворюють закінчений склад шахрайства.

Знищення або пошкодження особою майна, яке було предметом вчиненого нею викрадення,

<sup>226</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 511.

<sup>227</sup> Безверхов А.Г., Шевченко І.Г. Уничтожение и повреждение имущества: вопросы истории, теории, практики: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 72.

<sup>228</sup> Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 752.

кваліфікується тільки як викрадення. Кваліфікація дій винної особи за сукупністю злочинів, які полягають у викраденні майна, і злочинів, які полягають у його умисному знищенні чи пошкодженні, можлива лише у разі їх реальної сукупності (наприклад, це може мати місце у разі, коли знищення чи пошкодження майна є способом готування до його викрадення, або коли викрадення майна супроводжується знищенням чи пошкодженням майна, яке є частиною того майна, що викрадається).

Слід також зазначити, що за ознакою нерухо- мості предмет знищення та пошкодження майна відрізняється від предмета викрадення чужого майна. Відповідно, предмет знищення та пошко- дження майна є ширшим за предмет викраден- ня в частині нерухомого майна. Ця обставина зайвий раз підкреслює необґрунтованість зако- нодавчого визнання знищення і пошкодження майна менш небезпечним злочином порівняно з корисливим викраденням чужого майна. Також кримінальний закон не передбачає підвищеної відповідальності за знищення чи пошкодження такого виду нерухо- мості, як житло – діяння, що із цілком зрозумілих причин характеризується під- вищеною суспільною небезпекою<sup>229</sup>.

Спростовуючи загальнопоширену думку про те, що предметом знищення або пошкоджен- ня майна можуть бути лише речі матеріального світу, О.М. Плютіна відносить до предмету цього діяння й майнові права (включаючи матеріальні носії цих прав). Свою позицію авторка пояснює тим, що право на майно і об'єкти інтелектуальної власності втілюють абсолютну цінність, що існує незалежно від їх документального оформлення. Втрата документа, у якому це право закріплене, перешкоджає його використанню (наприклад, при знищенні квитка у театр чи на концерт). Ана- логічно, знищення єдиного екземпляра рукопису призводить, на думку дослідниці, до втрати всьо- го комплексу майнових прав, із ним пов'язаних (наприклад, можливість продати рукопис)<sup>230</sup>.

**Об'єктивна сторона** розглядуваного зло- чину характеризується суспільно небезпечними діяннями, які полягають у знищенні чи пошко- дженні майна, наслідками у вигляді шкоди у ве- ликих розмірах і причинним зв'язком між вказа- ними діями і наслідками.

**Знищення** майна – це доведення майна до повної непридатності щодо його цільового при-

значення. Внаслідок знищення майно перестає існувати або повністю втрачає свою цінність і не може використовуватись за призначенням.

**Пошкодженням** майна визнається погір- шення якості, зменшення цінності речі або при- ведення речі на якийсь час у непридатний за її цільовим призначенням стан.

На практиці скоєння злочину, передбаченого ст. 194 КК, може виражатись як у формі дій, так і бездіяльності. Прикладом останньої може бути: залишення без нагляду електроприборів чи ін- ших джерел підвищеної небезпеки; неприйняття відповідальною особою заходів щодо збереження чужого майна від руйнівного впливу кліматич- них, біологічних та інших факторів; незастосу- вання заходів протипожежної безпеки.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони розглядуваного злочину є протиправність. Вона означає, що умисне знищення та пошкоджен- ня чужого майна відбувається неправомірно, за відсутності у винного правових підстав, що ви- пливають із закону, іншого нормативного акта, договору. При цьому знищення чи пошкоджен- ня за згодою власника за загальним правилом не тягне кримінальної відповідальності, оскільки наявність згоди власника виключає можливість порушення права власності.

Для вирішення питання про те, чи втрачено внаслідок вчиненого діяння можливість викорис- товувати майно за цільовим призначенням або наскільки зменшилась його цінність, необхідно призначати товарознавчу або інші види експер- тизи.

Знищення чи пошкодження чужого май- на можуть бути здійснені у будь-який спосіб (розбиття, розламування чи розрізання речі на шматки, вплив на річ водою чи повітрям, пов- не чи часткове розчинення її у воді чи інших рі- динах тощо). Умисне знищення чи пошкодження майна шляхом підпалу, вибуху чи іншим загаль- нонебезпечним способом утворює кваліфікова- ний склад цього злочину і потребує кваліфікації за ч. 2 ст. 194 КК. Використання майна за його призначенням, що призвело до припинення його існування, не може розглядатися як спосіб його знищення чи пошкодження, а тому не утворює складу розглядуваного злочину. Зокрема, вжи- вання продуктів харчування, використання за прямим призначенням паливно-мастильних ма- теріалів та іншої продукції одноразового вжитку, що є чужим майном, ввіреним винній особі чи таким, що перебуває в її віданні, повинно ква- ліфікуватись не як знищення майна, а як його привласнення, розтрата чи заволодіння шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК).

Термінологічна конструкція «знищення або

<sup>229</sup> Безверхов А.Г., Шевченко И.Г. Уничтожение и повреждение имущества: вопросы истории, теории, практики: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 72.

<sup>230</sup> Плютіна Е.М. Уничтожение или повреждение имущества: проблемы квалификации и соотношения со смежными составами преступлений (по материалам судебной практики Краснодарского края): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2005. – С. 14.



пошкодження» передбачає як вчинення певного діяння, так і настання відповідних суспільно небезпечних наслідків. При цьому наслідки мають вирішальне значення, оскільки закон пов'язує момент закінчення злочину саме з їх настанням. Відповідно, за своєю конструкцією склад злочину, передбаченого ст. 194 КК, є матеріальним.

**Суб'єктом** злочину може бути фізична осудна особа, яка досягла 16-річного (ч. 1 ст. 194 КК) або 14-річного (ч. 2 ст. 194 КК) віку.

Умисне знищення чи пошкодження чужого майна без обтяжуючих обставин (ч. 1 ст. 194 КК), здійснене при перевищенні влади або службових повноважень, кваліфікується за відповідною частиною статей 365, 365-1 КК і додаткової кваліфікації за ст. 194 КК не потребує.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим або непрямим умислом. При цьому свідомістю винного охоплюється той факт, що в результаті його дій власникові майна заподіюється велика шкода.

У разі знищення чи пошкодження майна загальнонебезпечним способом винний передбачає, що він завдає чи може завдати фізичної шкоди людям, а так само знищити чи пошкодити майно інших фізичних чи юридичних осіб, крім майна, на яке вчинюється посягання.

Стосовно таких наслідків, як загибель людей чи інші тяжкі наслідки психічне ставлення винної особи характеризується необережною формою вини. У тих випадках, коли внаслідок умисного знищення або пошкодження чужого майна шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом потерпілому з необережності було заподіяно смерть, вчинене слід кваліфікувати тільки за ч. 2 ст. 194 КК. Якщо ж винний передбачав і бажав або свідомо допускав настання цих наслідків, його дії мають кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 194 і відповідною частиною ст. 115 КК.

Якщо винний знищує чи пошкоджує спеціальний вид майна, передбачений окремою статтею КК, вважаючи при цьому, що він посягає на майно не спеціального виду, його дії слід кваліфікувати за спрямованістю умислу – як замах на умисне знищення чи пошкодження чужого майна (за статтями 15 і 194 КК). Якщо ж винний вважає, що ним знищується чи пошкоджується майно спеціального виду, яке перебуває під спеціальною охороною кримінального закону, а насправді воно таким не є, відповідальність настає за замах на знищення чи пошкодження спеціального виду чужого майна.

Аналіз суб'єктивної сторони кваліфікованого складу знищення або пошкодження майна потребує також з'ясування змісту поняття «піроманія». *Піроманія* – (від грец. *пυρ* – вогонь і *μανία*

– безумство) – психічне захворювання, що полягає у непереборному хворобливому вабленні до підпалів, що виникає імпульсивно і характеризується відсутністю мотивів. На думку психологів, випадки піроманії занадто рідкісні і часто є супутниками інших серйозних психічних захворювань – депресивного психозу і шизофренії. При цьому фахівці констатують, що для піроманії важливим є сам процес підпалу та подальшої пожежі – він отримує справжнє задоволення від того, що відбувається, й абсолютно не приховує своєї причетності до цього.

Питання про осудність піроманів у судовій практиці вирішується неоднозначно. У будь-якому разі важлива роль покладається на проведення судово-психіатричної експертизи. При цьому встановлення стану осудності за результатами експертизи ще не є свідченням відсутності психічних розладів у винної особи. Адже винним може бути визнана й та особа, яка має певні психічні відхилення, які водночас не позбавляють її здатності усвідомлювати суспільно небезпечний характер своїх дій та керувати ними<sup>231</sup>.

Серед **кваліфікуючих ознак** умисного знищення або пошкодження майна необхідно окремо охарактеризувати вчинення цього діяння шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом.

Умисним знищенням або пошкодженням майна шляхом підпалу визнається знищення або пошкодження майна вогнем у випадках, коли створюється загроза життю чи здоров'ю людей або загроза заподіяння значних матеріальних збитків (коли такий підпал є загальнонебезпечним). Відповідно, умисне знищення або пошкодження майна вогнем, яке не створювало такої загрози (наприклад, спалення у печі), не може розглядатися як кваліфікуюча ознака, і відповідальність настає за ч. 1 ст. 194 КК.

Взагалі ознайомлення з результатами розгляду кримінальних справ за ст. 194 КК показує, що в переважній більшості випадків знищення або пошкодження чужого майна відбувається саме шляхом підпалу.

*Так, вироком Свалявського районного суду Закарпатської області Ю. було засуджено за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 194 КК. Суд установив, що Ю., перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння на подвір'ї житлового будинку та діючи умисно, з метою знищення чужого майна, шляхом запалювання сірника здійснив підпал сіна в підсобному приміщенні, приєднаному до будинку. Унаслідок підпалу сіна в підсобному приміщенні, вогнем було знищено підсобне при-*

<sup>231</sup> Безверхов А.Г., Шевченко І.Г. Уничтожение и повреждение имущества: вопросы истории, теории, практики: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 121–123.

міщення, хлів та житловий будинок загальною вартістю 31 857 грн. Розглянувши кримінальну справу, суд дійшов висновку про наявність у діяч Ю. умислу на вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 194 КК, а саме на знищення чужого майна шляхом підпалу, що заподіяло майнову шкоду в особливо великих розмірах<sup>232</sup>.

Незважаючи на правильну формулу кваліфікації у наведеній кримінальній справі, певні зауваження викликає висновок суду про заподіяння майнової шкоди в особливо великих розмірах. З огляду на вказівку на особливо великі розміри у примітці 4 до ст. 185 КК (600 і більше НМДГ), а також на розмір одного НМДГ для цілей кваліфікації на момент вчинення злочину (302 грн. 50 коп. – у 2009 р.) є вагомими підстави вважати вирок суду в цій частині невірним.

Якщо внаслідок підпалу чи дій, спрямованих на його вчинення, майно не було знищено чи пошкоджено з причин, що не залежали від волі винного, вчинене повинно розглядатися як замах на знищення або пошкодження майна шляхом підпалу.

**Вибух** – це знищення або пошкодження майна за допомогою застосування вибухових речовин чи вибухових предметів, вибухових пристроїв, що містять порох, динаміт, тротил, інші хімічні речовини і їх сполуки, що можуть вибухнути. Під час вибуху завжди створюється загроза життю, здоров'ю людей, знищення або пошкодження інших майнових об'єктів.

Знищення або пошкодження майна **іншим загальнонебезпечним способом** означає, що у такий спосіб створюється небезпека для життя і здоров'я людей, а також загибелі чи пошкодження майна фізичних чи юридичних осіб (наприклад, отруєння тварин, псування виробничої продукції, затоплення майна).

Якщо знищення чи пошкодження майна є ознакою іншого злочину, такі дії, за загальним правилом, кваліфікуються за статтею, що передбачає відповідальність за цей злочин. Додатково кваліфікувати їх ще й за ст. 194 КК необхідно лише у випадках, якщо зазначені дії вчинювались способом чи спричинили суспільно небезпечні наслідки, які не враховані у статті, що передбачає відповідальність за такий злочин. Такою, наприклад, має бути правова оцінка дій, які виразились у примушуванні до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань, поєднаному з пошкодженням чи знищенням майна шляхом вибуху, підпалу чи іншим загальнонебезпечним способом (такі дії кваліфікуються за ч. 2 ст. 355 та ч. 2 ст. 194 КК).

Умисне знищення або пошкодження чужо-

<sup>232</sup> Архів Свалявського районного суду Закарпатської області. Справа № 1-58 за 2010 р.

го майна вважається поєднаним з викраденням, коли знищення чи пошкодження майна є, наприклад, способом готування до викрадення іншого майна (пошкоджуються двері чи стіна приміщення, розбивається скло автомобіля, пошкоджуються засоби системи сигналізації), способом безпосереднього заволодіння чужим майном або здійснюється з метою знешкодити докази вчиненого викрадення. Такі дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 185–192 КК (залежно від способу) і злочин, передбачений ст. 194 КК.

Свалявський районний суд Закарпатської області визнав Р., Ф. та Ш. винними у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 185, ч. 2 ст. 194 КК. Суд установив, що зазначені особи, діючи за попередньою змовою і з метою незаконного безоплатного заволодіння чужим майном та звернення його на свою користь, таємно, шляхом вибиття вікна проникли до підземних приміщень державної установи, звідки викрали 11 електричних двигунів різних типів на загальну суму 20 891 грн. Крім того, у процесі викрадення зазначеного майна шляхом розукомплектування було умисно пошкоджено оборотну систему водозабезпечення охолодження конденсаторів холодильних машин, систему охолодження дизелів та систему кондиціонування повітря для технологічного обладнання, що заподіяло власнику матеріальну шкоду на суму 131 539 грн.<sup>233</sup>

У наведеній кримінальній справі суд правильно кваліфікував дії винних осіб за правилами про ідеальну сукупність злочинів, оскільки таємне заволодіння чужим майном відбулось шляхом умисного пошкодження іншого майна, складовою частиною якого було майно викрадене.

У тому разі, якщо особа знищує раніше викрадене нею майно, такі дії кваліфікуються тільки як викрадення, оскільки на момент знищення такого майна вона, хоч і незаконно, здійснює володіння і розпоряджається ним.

Вчинення розглядуваного злочину в процесі вимагання охоплюється відповідною частиною ст. 189 КК. Додаткової кваліфікації за ч. 2 ст. 194 КК воно потребує лише у випадку, коли знищення чи пошкодження майна було здійснене шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом<sup>234</sup>.

#### Умисне пошкодження об'єктів електро-

<sup>233</sup> Архів Свалявського районного суду Закарпатської області. Справа № 1-99 за 2007 р.

<sup>234</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 534.

**енергетики** (ст. 194-1 КК). **Основним безпосереднім об'єктом** злочину є право власності. Додатковим факультативним об'єктом можуть виступати громадський порядок, нормальне функціонування об'єктів електроенергетики, енергетична безпека, екологічна безпека, життя і здоров'я людини. Функціонування об'єктів електроенергетики покликане задовольняти інтереси і потреби не тільки і не стільки власників цих об'єктів, як, у першу чергу, інтереси суспільства і держави. Виходячи з такої суспільної зацікавленості в дотриманні енергетичного балансу, у науці кримінального права пропонується визнавати об'єктом розглядуваного злочину безпеку функціонування об'єктів електроенергетики як складову частину громадської безпеки<sup>235</sup>.

*Предмет злочину* – об'єкти електроенергетики. *Об'єктом електроенергетики* є: електрична станція (крім ядерної частини атомної електричної станції), електрична підстанція, електрична мережа, підключені до об'єднаної енергетичної системи України, а також котельня, підключена до магістральної теплової мережі, магістральна теплова мережа. Деякі з цих об'єктів за чинним законодавством відносяться до категорії особливо важливих об'єктів електроенергетики. Такими є об'єкти, що забезпечують стале функціонування об'єднаної енергетичної системи України і руйнація або пошкодження яких призведе до порушення електропостачання господарюючих суб'єктів і населення, можливих людських жертв і значних матеріальних збитків. Перелік цих об'єктів визначається центральними органами виконавчої влади, що здійснюють управління в електроенергетиці, та затверджується КМУ.

Якщо під час пошкодження об'єктів електроенергетики знищено або пошкоджено інше рухоме або нерухоме майно, вчинене за наявності підстав потребує додаткової кваліфікації за відповідною статтею КК, що передбачає відповідальність за знищення чи пошкодження такого майна (зокрема, за ст. 194 КК). У разі, коли пошкодження або руйнування об'єктів електроенергетики було пов'язане з викраденням електричної енергії, вчинене, за наявності складу такого викрадення, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ст. 188-1 та ст. 194-1 КК.

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується: суспільно небезпечними діями, які полягають у пошкодженні чи руйнуванні об'єктів електроенергетики; наслідками у вигляді порушення чи загрози порушення нормальної роботи таких об'єктів або спричинення небезпеки для життя людей; причинним зв'язком між вказаними діями і наслідками.

<sup>235</sup> Дячкін О.П. Кримінально-правова охорона об'єктів електроенергетики та зв'язку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – С. 4.

Закон не обумовлює кримінальну відповідальність за цей злочин певним способом пошкодження чи руйнування об'єктів електроенергетики. Водночас скоєння розглядуваного діяння загальнонебезпечним способом утворює кваліфікований склад злочину і потребує кваліфікації за ч. 2 ст. 194-1 КК.

Як і в складі умисного знищення або пошкодження майна, передбаченого ст. 194 КК, термінологічна конструкція «пошкодження та руйнування» за своїм змістом передбачає як вчинення певного роду діяння, так і настання відповідних суспільно небезпечних наслідків, з якими закон пов'язує момент закінчення злочину.

**Пошкодження** об'єктів електроенергетики передбачає погіршення якості, зменшення цінності або приведення таких об'єктів на деякий час у непридатний (повною мірою або частково) за їх цільовим призначенням стан. Пошкодження таких об'єктів не передбачає обов'язкового виведення їх з ладу. Воно може як зменшити ефективність функціонування таких об'єктів, так і взагалі припинити їх функціонування, або ж зовсім не вплинути на їх нормальну роботу.

Поняття **руйнування** є юридичним синонімом до поняття знищення, визначення якого викладено при аналізі складу злочину, передбаченого ст. 194 КК. Воно передбачає доведення об'єктів електроенергетики до повної непридатності щодо їх цільового призначення. У результаті руйнування відповідний об'єкт взагалі перестає існувати або його функціонування стає неможливим.

За своєю конструкцією склад злочину, передбаченого ст. 194-1 КК, є матеріальним. Обов'язковими ознаками його об'єктивної сторони є фактичне пошкодження чи руйнування об'єктів електроенергетики, що призвело чи могло призвести до порушення нормальної роботи цих об'єктів або спричинило небезпеку для життя людей.

Під **порушенням нормальної роботи** об'єктів електроенергетики слід розуміти зміну встановленого нормативно-правовими актами режиму функціонування таких об'єктів, в результаті чого припиняється виробництво, передача чи розподіл такими об'єктами енергії споживачам, змінюються (зменшуються чи збільшуються) обсяги виробництва чи передачі енергії, знижується ефективність функціонування цих об'єктів, знижується рівень безпеки експлуатації енергетичного обладнання таких об'єктів тощо. Таким, що **могло призвести до порушення нормальної роботи** зазначених об'єктів, слід визнавати пошкодження чи руйнування, яке хоча фактично і не порушило встановлений режим функціонування об'єктів електроенергетики (їх нормальну роботу), однак реально постави-



ло під загрозу таку роботу і при іншому розвитку подій могло її порушити<sup>236</sup>.

**Спричинення небезпеки для життя людей** передбачає виникнення в результаті пошкодження чи руйнування об'єктів електроенергетики ситуації, за якої життю людей загрожує реальна небезпека, яка може виходити як від експлуатації самих об'єктів, так і від припинення чи зменшення виробництва чи постачання енергії відповідним споживачам.

Злочин визнається закінченим з моменту, коли об'єкт електроенергетики пошкоджено чи зруйновано, що призвело чи могло призвести до порушення його нормальної роботи або спричинило небезпеку для життя людей.

**Суб'єктом** аналізованого злочину є фізична особа, якій до вчинення злочину виповнилося 16 років. Вчинення особою у віці від 14 до 16 років умисного знищення чи пошкодження об'єктів електроенергетики загальнонебезпечним способом або вчинення таких дій, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, за наявності підстав може бути кваліфіковане за ч. 2 ст. 194 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим або непрямим умислом.

Під **загальнонебезпечним способом** як однією з кваліфікуючих ознак розглядуваного злочину слід розуміти підпал, вибух або інший спосіб пошкодження чи руйнування об'єктів електроенергетики, внаслідок якого створюється небезпека життю чи здоров'ю багатьох людей, заподіяння шкоди багатьом об'єктам.

**Погроза знищення майна** (ст. 195 КК). Відповідальність за погрозу знищення майна була вперше встановлена чинним кримінальним законом – такий вид посягання на власність не був відомий раніше діючому кримінальному законодавству. Водночас статистичні дані показують, що зазначена норма практично не застосовується на практиці, що наводить на думку про доцільність її подальшого існування.

**Основним безпосереднім об'єктом** злочину є право власності, а додатковим обов'язковим об'єктом – психічна недоторканність особи.

*Предметом* злочину визнається чуже майно.

**Об'єктивна сторона** погрози знищення майна полягає в погрозі з боку винного знищити чуже майно шляхом підпалу, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом. Погроза може бути виражена усно, письмово, жестом, демонстрацією відповідних засобів, необхідних для знищення майна (наприклад вибухового при-

строю, гранати або їх муляжів). Вона може бути адресована як власнику майна, так і третім особам.

Важливою умовою для кваліфікації цього злочину є наявність реальних підстав побоюватися здійснення погрози знищення майна. Реальність погрози встановлюється в кожному окремому випадку з урахуванням сукупності об'єктивного та суб'єктивного критеріїв. Так, реальними підставами здійснення погрози слід уважати: 1) неприязні стосунки між винним і потерпілим (їх тривалість, непримиримість тощо); 2) негативна характеристика особи винного (учинення насильницьких злочинів у минулому, наявність судимості за подібні злочини, його психічний стан тощо).

Погроза пошкодженням майна сама по собі не визнається кримінально караним діянням. Кримінальна відповідальність за таке діяння може наставати лише у спеціально передбачених кримінальним законом випадках, коли погроза пошкодженням майна є складовою іншого складу злочину, наприклад, примушування до вступу в статевий зв'язок (ч. 2 ст. 154 КК), порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії (ч. 2 ст. 161 КК).

Погроза знищенням майна може бути виражена усно, письмово, жестама, демонструванням засобів, якими можна привести майно у непридатність (зброя, вибухівка тощо)<sup>237</sup>.

Злочин вважається закінченим у момент сприйняття погрози знищення майна потерпілим.

**Суб'єкт** злочину є загальним.

**Суб'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 195 КК, характеризується прямим умислом. Мотиви і мета погрози знищення майна можуть бути різними – помста, ненависть, задрість тощо. Якщо погроза здійснюється з хуліганських мотивів у процесі вчинення хуліганських дій, вчинене охоплюється ст. 296 КК (хуліганство) і додаткової кваліфікації за ст. 195 КК не потребує<sup>238</sup>.

Погрозу знищенням майна необхідно відмежовувати від замаху на знищення майна (ст. 15 і ст. 194 КК) або готування до цього злочину (ст. 14 і ст. 194 КК). Погрожуючи знищити майно, суб'єкт злочину не має наміру негайно розпочати дії, він лише має намір налякати власника, позбавити його спокою і тому погрожує знищити майно в майбутньому. Водночас

<sup>237</sup> Там само. – С. 537.

<sup>238</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-ге вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 182.

<sup>236</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 536.

при вчиненні замаху на знищення майна або готування до цього злочину винний має реальний намір знищити чуже майно.

Погрозу знищення майна, яка утворює склад злочину, передбаченого ст. 195 КК, також слід відмежовувати від публічних закликів до погромів, підпалів, знищення майна, які утворюють склад злочину, передбаченого ст. 295 КК. В останньому випадку, на відміну від погрози, має місце не залякування потерпілого чи інших осіб знищенням певного майна, а підбурювання невизначеної кількості людей до вчинення зазначених дій, прагненням викликати намір знищити чи пошкодити певне майно.

Погроза знищення майна може бути способом вчинення інших злочинів, складом яких вона охоплюється (зокрема, ст.ст. 189, 206, 280, 345, 346, 350, 386 КК). Додаткова кваліфікація за ст. 195 КК у такому разі не потрібна.

**Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво** (ст. 197-1 КК). Законом України від 11 січня 2007 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за самовільне зайняття земельної ділянки» вітчизняний КК було доповнено статтею 197-1 під назвою «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво». Такий законодавчий крок обумовлений, поміж іншого, статистичними даними, які вказують на поширеність фактів протиправного оборення земельних ділянок на свою користь. Зокрема, за деякими оцінками, щорічно в Україні фізичними та юридичними особами самовільно використовується близько 1 млн. га земель<sup>239</sup>.

Розмірковуючи над соціальною обумовленістю самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва, О.В. Чепка звертає увагу на такі детермінанти цього діяння: недосконалість норм, що передбачають кримінальну відповідальність за злочини, пов'язані з самовільним зайняттям земельної ділянки та самовільним будівництвом; незавершеність процесів інвентаризації земель та встановлення меж адміністративно-територіальних утворень, відсутність розмежованості земель державної та комунальної власності; недостатній контроль за законністю виділення земельних ділянок на узбережжях морів, річок, водосховищ, навколо великих міст, у санаторно-курортних зонах; суперечливість та нестабільність земельного законодавства; високий ступінь корумпованості службових осіб контролюючих органів; тривалість оформлення

документів, які закріплюють права на землю<sup>240</sup>.

**Основним безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК, є право власності на землю (право користування землею), а злочину, передбаченого ч. 3, – встановлений законодавством порядок будівництва на земельних ділянках відповідних об'єктів (будівель та споруд). Додатковими об'єктами вказаних злочинів виступають, зокрема: правомірна управлінська діяльність державних і самоврядних органів у галузі земельних та архітектурно-будівельних відносин; система оподаткування (винні у самовільному зайнятті земельних ділянок, як правило, не сплачують плату за землю, яка включає земельний податок й орендну плату за земельні ділянки державної і комунальної власності і входить у систему оподаткування); встановлений порядок охорони надр<sup>241</sup>.

**Предметом** злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК, є земельна ділянка, під якою треба розуміти частину земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами. Юридичними ознаками земельної ділянки як об'єкта права власності та як предмета розглядуваного злочину визнаються: 1) її виокремлення в аспекті землевпорядкування за місцем розташування та розміром площі у складі однієї з категорій земельного фонду країни; 2) визначення правового титулу належності земельної ділянки конкретній особі та закріплення прав останньої щодо неї. Відповідно до ст. 79 ЗК право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (ґрунтовий) шар, а також на водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній знаходяться, якщо інше не встановлено законом та не порушує прав інших осіб. Право власності на земельну ділянку розповсюджується на простір, що знаходиться над та під поверхнею ділянки на висоту і на глибину, необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд.

Розглядуване злочинне діяння може бути вчинене стосовно земельної ділянки будь-якої категорії відповідно до її основного цільового призначення (землі сільськогосподарського призначення, житлової та громадської забудови, водного фонду, промисловості, транспорту, запасу тощо). При цьому належність самовільно зайнятої земельної ділянки до земель зі специфіч-

<sup>239</sup> Завдання – покласти край земельній сваволі чиновників // Юридичний вісник України. – 11-117 серпня 2007 р. – № 32.

<sup>240</sup> Чепка О.В. Детермінанти злочинів, пов'язаних із самовільним зайняттям земельної ділянки та самовільним будівництвом в Україні // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2010. – № 2. – С. 325–326.

<sup>241</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 541.

ним правовим режимом (наприклад, до земель в санітарно-захисних зонах) визнається кваліфікуючою ознакою (ч. 2 ст. 197-1 КК). Необхідно додати, що самовільне зайняття земельної ділянки матиме місце й у тому випадку, коли власник або законний користувач земельної ділянки самовільно змінює її межі, приєднуючи частину суміжних земель до своєї ділянки.

У разі самовільного зайняття земельної ділянки порушується право власника на володіння та користування цим видом нерухомості, однак, на думку П.В. Олійника, враховуючи неможливість перемістити вказану нерухомість у просторі, за власником залишається право розпорядження земельною ділянкою<sup>242</sup>. Більш чітку позицію з цього питання займає М.В. Шульга, коли пише, що у разі самовільного зайняття земельної ділянки порушник може або присвоїти правомочність щодо розпорядження чужою земельною ділянкою, або створити перешкоди власнику щодо розпорядження нею<sup>243</sup>.

*Предметом* злочину, передбаченого ч. 3 ст. 197-1 КК, визнається будівля та споруда. Під будівлею слід розуміти об'єкт будівництва, призначений для постійного або тимчасового перебування людей із захистом їх від впливу несприятливих атмосферних умов (житловий будинок, літня кухня, школа, адміністративний корпус тощо). Споруда – це будівельна система, пов'язана з землею, яка створена з будівельних матеріалів, напівфабрикатів, устаткування та обладнання в результаті виконання будівельно-монтажних робіт і призначена до виконання виробничих процесів різних видів, зберігання матеріалів, виробів, устаткування, для тимчасового перебування людей, пересування людей та вантажів тощо. До споруд можна віднести, наприклад, дамбу, цех, склад, насосну станцію, естакаду, гараж, вежу, міст, тунель. На кваліфікацію за ч. 3 і ч. 4 ст. 197-1 КК не впливає цільове призначення самовільно збудованої будівлі або споруди – житлово-цивільне, комунальне, промислове або інше.

Сумніви щодо можливості визнання будівель і споруд предметом злочину, передбаченого ч. 3 ст. 197-1 КК, висловлює Н.О. Антонюк. Авторка звертає увагу на те, що предметом злочину є речі і неуречевлене майно, через вплив на які заподіюється шкода об'єкту кримінально-правової охорони, а під час самовільного будівництва на самовільно зайнятій земельній ділянці шкода власнику останньої заподіюється через вплив саме на земельну ділянку, яка

наділена всіма ознаками предмета злочину проти власності. Самовільно збудовані споруди і будівлі не є об'єктами права власності, адже, як випливає зі змісту ст. 376 ЦК, особа яка здійснила або здійснює самочинне будівництво нерухомого майна, не набуває права власності на нього. Аналогічно, самовільно збудовані будівлі і споруди не можуть визнаватись власністю потерпілого від аналізованого злочину – законного власника чи користувача земельної ділянки<sup>244</sup>. Видається, що, з огляду на визначення предмета злочину як будь-яких речей матеріального світу, із певними властивостями яких кримінальний закон безпосередньо пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину, будівлі і споруди повинні визнаватись предметом аналізованого злочину нарівні із земельною ділянкою. При цьому встановлення незаконності створення і подальшого використання предмета злочину, названого у ч. 3 ст. 197-1 КК, значення для кваліфікації не має, адже розкриття змісту диспозиції зазначеної норми дозволяє зробити висновок про відсутність юридичного оформлення збудованого об'єкта нерухомості. Щодо нерозривного зв'язку предмета злочину із суспільними відносинами, які охороняються кримінальним законом, то, як слушно зазначають харківські правознавці, при вчиненні низки злочинів шкода об'єкту злочину заподіюється шляхом безпосереднього впливу не на предмет, а на соціальний зв'язок як елемент охоронюваних законом відносин. Більше того: у деяких випадках не лише наявність, а й відсутність предмета злочину або додержання щодо нього особливого правового режиму визнається свідченням нормального функціонування зазначених відносин<sup>245</sup>.

**З об'єктивної сторони** злочин, передбачений ч. 1 ст. 197-1 КК, полягає у самовільному зайнятті земельної ділянки, а злочин, передбачений ч. 3 ст. 197-1 КК, – у самовільному будівництві будівель або споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці.

Відповідно до Закону України від 15 квітня 2008 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відпо-

<sup>244</sup> Антонюк Н. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво // Вісник прокуратури. – 2008. – № 1. – С. 79.

Зрозуміло, що першопричиною подібних дискусій є відсутність у сучасній кримінально-правовій доктрині єдиного підходу до визначення предмета злочину та його місця у структурі складу злочину.

<sup>245</sup> Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / За ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид. перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 109; Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. – Х.: Вид-тво Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 96.

<sup>242</sup> Олійник П.В. Земля як предмет злочинів проти власності // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2007. – № 39. С. 167.

<sup>243</sup> Шульга М. Самовільне зайняття земельної ділянки // Юридичний вісник України. – 7-13 серпня 2004 р. – № 32.



відальності за порушення вимог земельного законодавства» самовільним зайняттям земельної ділянки визнаються будь-які дії, які свідчать про фактичне використання земельної ділянки за відсутності відповідного рішення органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування про її передачу у власність або надання у користування (оренду) або за відсутності вчиненого правочину щодо такої земельної ділянки, за винятком дій, які відповідно до закону є правомірними.

З точки зору застосування ст. 197-1 КК самовільне зайняття земельної ділянки – фактичне заволодіння (чи заволодінні і користуванні) земельною ділянкою або її частиною, вчинене особою: 1) якій ця ділянка у встановленому порядку не надавалась у володіння і користування (постійне, оренда, земельний сервітут, емфітевізис, суперфіцій) або не передавалась у власність; 2) за відсутності вчиненого правочину щодо такої земельної ділянки (чи щодо об'єкта, розташованого на земельній ділянці)<sup>246</sup>; 3) за відсутності інших передбачених законодавством підстав, які дозволяють вважати користування земельною ділянкою правомірною дією<sup>247</sup>.

*Вироком Скадовського районного суду Херсонської області В. було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК. Під час розгляду кримінальної справи встановлено, що В. у період з березня по травень 2010 р. за відсутності відповідного рішення органу виконавчої влади про надання земельної ділянки у користування (оренду) і без укладення договору оренди, фактично використовував землі сільськогосподарського призначення площею 73 га із земель запасу Радгоспненської сільської ради Скадовського району Херсонської області та Скадовської районної державної адміністрації. На використовуваних землях В. вирощував сільськогосподарські культури, чим порушив вимоги ст.ст. 125, 126 ЗК. Унаслідок самовільного зайняття В. земельної ділянки державі було заподіяно значну шкоду в розмірі 80 740 грн. 44 коп., що у сто разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян<sup>248</sup>.*

<sup>246</sup> Так, відповідно до ст. 93 ЗК право оренди земельної ділянки може відчужуватись, у т.ч. продаватись на земельних торгах, а також передаватись у заставу, спадщину, вноситись до статутного фонду власником земельної ділянки на строк до 50 років (крім випадків, визначених законом).

<sup>247</sup> Державний комітет України із земельних ресурсів до правомірних дій, що не є самовільним зайняттям земельної ділянки, відносить, зокрема, договірне користування земельною ділянкою, що перебуває у спільній частковій власності (ст. 88 ЗК), а також проведення на підставі угоди із власником землі або за погодженням із землекористувачем геологознімальних, пошукових, геодезичних та інших розвідувальних робіт (ст. 97 ЗК).

<sup>248</sup> Архів Скадовського районного суду Херсонської області. Справа № 1-308 за 2010 р.

Відсутні підстави для кваліфікації за ч. 1 ст. 197-1 КК використання земельної ділянки особою, яка, хоч і не має поки що належного правовстановлювального документа, однак: 1) одержала земельну ділянку у власність або користування на підставі рішення органу виконавчої влади (органу місцевого самоврядування); 2) набула права на земельну ділянку на підставі цивільно-правового договору (наприклад, міни, дарування, довічного утримання) або в порядку прийняття спадщини; 3) використання орендарем на підставі укладеного договору оренди земельної ділянки, навіть якщо цей договір не був посвідчений нотаріально та (або) належним чином не зареєстрований; 4) використання земельної ділянки без державного акта на неї особою, якій ця ділянка до 1990 р. була надана за рішенням не органу влади, а, наприклад, керівництва сільськогосподарського підприємства<sup>249</sup>.

Самовільне зайняття земельної ділянки – це завжди дії. Відповідно, не може кваліфікуватись як самовільне зайняття земельної ділянки бездіяльність особи, яка, наприклад, не звільнює орендовану земельну ділянку після спливу строку оренди або не звільнює земельну ділянку, вилучену для суспільних потреб. Несвоєчасне повернення тимчасово займаних земель, наданих на підставі договору у тимчасове (короткострокове або довгострокове) користування, може розглядатись як адміністративне правопорушення (ст. 54 КпАП).

Зайняття земельної ділянки як злочин може полягати у різноманітних діях, у т.ч. в експлуатації земельної ділянки у значенні вилучення її корисних властивостей. Йдеться, зокрема, про: огороження ділянки; виставлення охорони, яка перешкоджає власнику земельної ділянки чи землекористувачеві здійснювати свої права на землю; вирощування сільськогосподарських культур; видобування корисних копалин; розміщення товарів, техніки і будівельних матеріалів. Для самовільного зайняття земельної ділянки достатньо заволодіння нею без законних на те підстав, тобто винний може фактично її не використовувати. Протиправне використання чужої земельної ділянки (наприклад, проїзд нею транспортним засобом або складування на ній сміття), не поєднане із фактичним заволодінням цією ділянкою (інакше кажучи, без встановлення контролю над нею), не повинно визнаватись самовільним зайняттям земельної ділянки, караним за ст. 197-1 КК, і в передбачених законом випадках тягне за собою адміністративну відповідальність (наприклад, за статтями 104, 141 КпАП).

<sup>249</sup> Дудоров О.О. Поняття самовільного зайняття земельної ділянки як злочину // Юридичний вісник України. – 18–24 квітня 2009 р. – № 16.

Розкриваючи зміст суспільно небезпечних наслідків, наведених у диспозиції ч. 1 ст. 197 КК – значної шкоди, завданої власнику земельної ділянки або її законному володільцю, у першу чергу потрібно брати до уваги положення затвердженої постановою КМУ від 25 липня 2007 р. № 963 Методики визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу. Відповідно до положень цього нормативно-правового акту розмір шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельної ділянки, визначається Державною інспекцією з контролю за використанням і охороною земель та її територіальними органами за спеціальною формулою з урахуванням таких показників: площа самовільно зайнятої земельної ділянки; середньорічний дохід, який можна отримати від використання земель за цільовим призначенням; коефіцієнт функціонального використання земель; коефіцієнт індексації нормативної грошової оцінки земель. Визначення розміру заподіяної шкоди у випадку належності самовільно зайнятої земельної ділянки до земель житлової та громадської забудови має особливість, яка полягає у врахуванні спеціальних коефіцієнтів (застосовуються до населених пунктів обласного значення, м. Києва, м. Севастополя і населених пунктів, віднесених до курортних), а також у тому, що розмір середньорічного доходу, який можна отримати від земель житлової та громадської забудови, диференційовано залежно від належності населеного пункту до тієї чи іншої групи за чисельністю населення.

О.О. Дудоров та М.І. Мельник звертають увагу на можливість включення до розміру шкоди, заподіяної власнику земельної ділянки, й інших складових, зокрема: 1) збитків, пов'язаних із знищенням або пошкодженням зелених насаджень або руйнуванням будівель чи споруд (наприклад, гідротехнічних), які знаходилися на самовільно зайнятій земельній ділянці; 2) витрат, які особа мусить понести для відновлення: а) свого порушеного права на земельну ділянку (наприклад, проведення геодезичних робіт із відновлення межових знаків); б) якості земельної ділянки як об'єкта права власності чи користування (зокрема, оранка, внесення добрив, проведення рекультивациі порушених земель)<sup>250</sup>.

<sup>250</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І. Кримінально-правова характеристика самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 12. – С. 34. Адже згідно зі ст. 22 ЦК України збитки, що підлягають відшкодуванню (якщо інше не передбачено законом або договором) у повному обсязі, включають в себе: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням чи пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого

Якщо користування самовільно зайнятою земельною ділянкою набуває вигляду самовільного будівництва на ній будівлі чи споруди, дії винного треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 і ч. 3 ст. 197-1 (або ч. 2 і ч. 4 ст. 197-1), оскільки у такій ситуації має місце реальна сукупність злочинів, утворена вчиненими у різний час діяннями, передбаченими різними частинами однієї статті Особливої частини КК. Правильність такої позиції підтверджується як законодавчим визначенням сукупності злочинів (ч. 1 ст. 33 КК), так і п. 20 постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання», згідно з яким передбачені ст. 70 КК правила призначення покарання за сукупністю злочинів застосовуються у випадках самостійної кваліфікації вчиненого в т.ч. за різними частинами однієї статті КК, якими передбачено відповідальність за окремі склади злочинів і які мають самостійні санкції<sup>251</sup>.

Факт самовільного зайняття земельної ділянки, яке передувало самовільному будівництву, може бути встановлений: 1) вироком суду, яким особа одночасно визнається винною у скоєнні двох злочинів – самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва на ній будівлі чи споруди; 2) вироком суду, яким особу раніше було засуджено за ч. 1 (ч. 2) ст. 197-1 КК, постановою суду про звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочин, передбачений цією кримінально-правовою нормою, або постановою посадової особи органу земельних ресурсів про накладення адміністративного стягнення за ст. 53-1 КпАП.

Посіви і насадження сільськогосподарських та інших культур, які знаходяться на самовільно зайнятих земельних ділянках, є власністю власників земельних ділянок та землекористувачів (ст. ст. 90, 95 ЗК), а, отже, майном, чужим для того, хто самовільно зайняв земельну ділянку. У зв'язку з цим заволодіння вищезгаданим, але не зібраним урожаєм, особою, винною у самовільному зайнятті земельної ділянки, потребує додаткової порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода).

<sup>251</sup> Варто нагадати, що всупереч роз'ясненню, наведеному у п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду РРФСР від 5 серпня 1963 р. № 7 «Про судову практику у справах про самовільний захват землі і самовільне будівництво індивідуальних жилих будинків», у науково-практичному коментарі до ст. 199 КК УРСР 1960 р. «Самовільний захват землі і самовільне будівництво» (автор коментарю – М.І. Бажанов) зазначалось наступне: якщо самовільне будівництво має місце на земельній ділянці, отриманій із порушенням законів про націоналізацію землі (зокрема, на самовільно захопленій), відповідальність настає за сукупністю злочинів – за ч. 1 і ч. 2 ст. 199 КК (Уголовный кодекс Украинской ССР: Научно-практический комментарий / Н.Ф. Антонов, М.И. Бажанов, Ф.Г. Бурчак и др. – К.: Политиздат, 1987. – С. 677).

кваліфікації як викрадення чужого майна, зокрема, за статтями 185, 186 або 187 КК. Злочин, передбачений ч. 1 або ч. 2 ст. 197-1 КК, може утворювати сукупність із: умисним знищенням або пошкодженням чужого майна (ст. 194 КК); злочинами проти довкілля (наприклад, статтями 239, 240, 242, 246 КК); злочинами проти життя і здоров'я особи (наприклад, статтями 121, 122 КК); злочинами громадського порядку та моральності (зокрема, статтями 293, 294 КК); злочинами проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян (наприклад, статтями 342, 345 КК).

**Самовільне будівництво будівель або споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці** полягає у веденні на такій ділянці без належного дозволу будівельних робіт (у т. ч. земляних), а також виконанні монтажних робіт по спорудженню нового об'єкта – будівлі чи споруди. Поняттям будівництва охоплюється як нове будівництво, так і реконструкція, реставрація, впорядкування або капітальний ремонт вже існуючих об'єктів – будівель чи споруд, розширення і технічне переоснащення підприємств.

Для того, щоб здійснювати будівництво, фізична або юридична особа зобов'язана набути право власності на земельну ділянку або право користування нею, зареєструвавши відповідний правовстановлювальний документ у встановленому законом порядку. Так, забудова земельних ділянок, що надаються для містобудівних потреб, здійснюється після виникнення права власності чи права користування земельною ділянкою у порядку, передбаченому законом, та отримання дозволу на виконання будівельних робіт. Дозвіл на виконання будівельних робіт надається інспекцією державного архітектурно-будівельного контролю, зокрема, на підставі документа, що засвідчує право власності чи користування земельною ділянкою, або договору суперфіцію<sup>252</sup>.

Відповідно до ч. 1 ст. 376 ЦК самочинним<sup>253</sup> визнається будівництво, яке було здійснене за однієї з таких обставин: 1) на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети; 2) без належного дозволу чи належно затвердженого проекту;

<sup>252</sup> Досліджуючи поняття самочинного будівництва, яке передбачене у ЦК, Р.О. Мовчан доходить висновку про недоцільність вказівки у ст. 197-1 КК на «самовільність» будівництва, оскільки будь-яке будівництво на самовільно зайнятій земельній ділянці є самовільним (Мовчан Р.О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 10–11.).

<sup>253</sup> Необхідно відзначити, що у ст. 376 ЦК вжито термін «самочинне будівництво» у той час, як ст. 197-1 КК оперує поняттям «самовільне будівництво». Хоча зазначені поняття є по суті синонімічними, їх нормативне запровадження, на жаль, суперечить принципу уніфікації законодавчої термінології.

3) з істотними порушеннями будівельних норм і правил. Зазначені обставини поширюються як на власників земельних ділянок і землекористувачів, так і на осіб, які не мають юридично оформлених титулів на земельні ділянки.

*Герцаївський районний суд Чернівецької області дійшов висновку про наявність у діях Л. ознак складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 197-1 КК. Суд установив, що протягом 2008 р. Л. захопив земельну ділянку загальною площею 0,54 га, яка розташована на окраїні с. Могилівка Герцаївського району та перебуває в комунальній власності Лунківської сільської ради. На вказаній земельній ділянці Л. самовільно побудував дамбу, криницю та споруди водосховища, чим спричинив власнику земельної ділянки значну шкоду. Оцінивши зібрані по справі докази в їх сукупності, суд установив вину підсудного в самовільному будівництві будівель або споруд на самовільно зайнятій ділянці, чим було завдано значної шкоди її власнику. Відповідно, дії Л. були кваліфіковані за ч. 3 ст. 197-1 КК<sup>254</sup>.*

Незважаючи на обґрунтованість рішення суду в частині кваліфікації самовільного будівництва споруд, розглянутий вирок викликає щонайменше два заперечення. По-перше, як випливає з тексту вироку, Л. спочатку захопив земельну ділянку, а вже потім здійснив самовільне будівництво на ній. Відповідно, суд не врахував того, що у діях Л. убачається реальна сукупність злочинів, передбачених ч. 1 та ч. 3 ст. 197 КК. По-друге, вказавши на факт заповідання значної шкоди власнику земельної ділянки, суд не конкретизував, у чому саме вона проявилась. Більше того: ч. 3 ст. 197-1 КК взагалі не вимагає заповідання значної шкоди, а самовільне будівництво, за наявності інших умов, визнається закінченим злочином вже з початку ведення будівельних робіт.

Із змісту ч. 3 ст. 197-1 КК випливає, що поняття кримінально караного самовільного будівництва має свою специфіку, яка полягає у його поєднанні із самовільним зайняттям земельної ділянки. Інші різновиди самовільного (самочинного) будівництва ознак аналізованого складу злочину не містять. Вони можуть визнаватися адміністративним проступком (ст. 97 КпАП) або кримінально каранним самоправством (ст. 356 КК).

Злочин, передбачений ч. 3 ст. 197 КК, визнається закінченим не з моменту зведення готової будівлі або споруди, а з початку ведення будівельних робіт на самовільно зайнятій земельній ділянці. До підготовчих робіт до будівництва об'єкта можна віднести: підготовку земельної ділянки;

<sup>254</sup> Архів Герцаївського районного суду Чернівецької області. Справа № 1-120 за 2009 р.



влаштування огороження будівельного майданчика та знесення будівель і споруд; спорудження елементів благоустрою; спорудження тимчасових виробничих і побутових споруд, необхідних для організації та обслуговування будівництва; підведення тимчасових інженерних мереж; улаштування під'їзних шляхів; складування будівельних матеріалів.

**Суб'єкт** злочинів, передбачених різними частинами ст. 197-1 КК, є загальним. Зі змісту ч. 3 ст. 197-1 КК випливає, що самовільне будівництво об'єктів на самовільно зайнятій земельній ділянці має визнаватись злочином і у випадку, коли воно здійснюється особою, яка не займала самовільно відповідну земельну ділянку. У випадку вчинення службовою особою дій, передбачених ст. 197-1 КК, із використанням свого службового становища, її дії потребують кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ст. 197-1 КК та відповідною нормою, що передбачає відповідальність за злочин у сфері службової діяльності<sup>255</sup>.

Старосинявський районний суд Хмельницької області засудив А. за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 197-1, ч. 3 ст. 365 КК. Суд установив, що А., працюючи директором Хмельницької філії ЗАТ «Племінний завод Агро-регіони», умисно, виходячи за межі наданих йому повноважень, без правозаставляючих документів, наявність яких передбачена ст. 125 ЗК, навесні 2008 р. надав вказівку підпорядкованим йому працівникам самовільно зайняти земельні ділянки площею 112 га. Зазначені земельні ділянки розташовані на території Івківської сільської ради і відносяться до земель запасу та резервного фонду. На цих земельних ділянках ЗАТ здійснило посів та вирощування озимої пшениці, чим було заподіяно значну шкоду інтересам держави. Заходи щодо укладання та реєстрації відповідних договорів оренди земельних ділянок чи одержання їх у власність філії «ЗАТ «Племінний завод Агро-регіони» не вживались. Суд установив, що розмір шкоди, заподіяної самовільним зайняттям земель, обрахований згідно з вказаною вище Методикою, склав 101 203 грн. Відповідно, дії підсудного були кваліфіковані судом за ч. 1 ст. 197-1 КК як самовільне зайняття земельної ділянки, яким завдано значної шкоди державі, та за ч. 3 ст. 365 КК як перевищення службових повноважень, тобто умисне вчинення службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй повноважень, що спричинили тяжкі наслідки<sup>256</sup>.

<sup>255</sup> Мовчан Р.О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 11.

<sup>256</sup> Архів Старосинявського районного суду Хмельницької

**Суб'єктивна сторона** самовільного зайняття земельної ділянки і самовільного будівництва на ній будівель або споруд характеризується прямим умислом. Винна особа усвідомлює відсутність у неї права на конкретну земельну ділянку (або права здійснювати будівельні роботи), однак бажає її захопити (чи збудувати на ній будівлю або споруду). Психічне ставлення до значної шкоди, заподіяної власнику земельної ділянки або її законному володільцю (ч. 1 ст. 197-1 КК), може бути у формі непрямого умислу. Умислом особи, винної у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 197-1 КК, має охоплюватись належність самовільно зайнятої земельної ділянки до вказаних у цій нормі земель з особливим правовим режимом. У випадку здійснення самовільного будівництва тим, хто не здійснював самовільне зайняття земельної ділянки – місце будівництва будівлі чи споруди, умисел винного повинен включати усвідомлення того, що земельна ділянка є самовільно зайнятою.

Помилка особи щодо справжніх меж того чи іншого землеволодіння має виключати відповідальність за ст. 197-1 КК через відсутність умислу. Висновок про відсутність складу злочину треба робити і у випадку добросовісного користування земельною ділянкою, коли особа, здійснюючи без законних підстав обробку та присвоєння корисних властивостей земельної ділянки, вважає своє землекористування правомірним. При цьому в особи відсутні документи, що закріплюють її права на земельну ділянку, а межі останньої склалися у процесі здійснюваного землекористування, і їх ніхто не оспорує – ні суміжні землекористувачі, ні власники земельних ділянок, ні треті особи. Мова йде про таке користування земельною ділянкою, яке дозволяє набути права на неї за давністю<sup>257</sup>.

Серед **кваліфікуючих ознак**, передбачених ч. 2 і 3 ст. 197-1 КК, слід окремо охарактеризувати таку, як вчинення злочину **щодо земельних ділянок особливо цінних земель, земель в охоронних зонах, зонах санітарної охорони, санітарно-захисних зонах чи зонах особливо режиму використання земель**. Звернення до відповідних положень ЗК та інших нормативно-правових актів дозволяє розкрити зміст цієї кваліфікуючої ознаки.

Так, до **особливо цінних земель** належать: чорноземи нееродовані несолонцюваті на лесових породах; лучночорноземні незасолені несолонцюваті суглинкові ґрунти; темно-сірі опідзолені та чорноземи опідзолені на лесах і глеюваті;

області. Справа № 1-99 за 2009 р.

<sup>257</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 546–547.

бурі гірсько-лісові та дерново-буроземні глибокі і середньоглибокі; дерново-підзолисті суглинкові ґрунти; торфовища з глибиною залягання торфу більше одного метра і осушені незалежно від глибини; коричневі ґрунти Південного узбережжя Криму; дернові глибокі ґрунти Закарпаття; землі дослідних полів науково-дослідних установ і навчальних закладів; землі природно-заповідного фонду; землі історико-культурного призначення. Названі види земель становлять особливу цінність з огляду на їх агроекологічні, історико-культурні чи інші особливості – висока родючість, наявність унікальних природних комплексів або об'єктів культурної спадщини. Належність земель до особливо цінних визначається за даними Державного земельного кадастру.

**Охоронні зони** створюються: 1) навколо особливо цінних природних об'єктів, об'єктів культурної спадщини, гідрометеорологічних станцій тощо з метою охорони і захисту їх від несприятливих антропогенних впливів; 2) уздовж ліній зв'язку, електропередачі, земель транспорту, навколо промислових об'єктів для забезпечення нормальних умов їх експлуатації, запобігання ушкодженню, а також зменшення їх негативно впливу на людей та довкілля, суміжні землі та інші природні об'єкти.

**Зони санітарної охорони** створюються навколо об'єктів, де є підземні та відкриті джерела водопостачання, водозабірні та водоочисні споруди, водоводи, об'єкти оздоровчого та іншого призначення, для їх санітарно-епідеміологічної захищеності. Так, встановлення меж зон санітарної охорони джерел та об'єктів централізованого питного водопостачання здійснюється у процесі розроблення проекту землеустрою. Межі зон санітарної охорони та поясів особливого режиму встановлюються органами місцевого самоврядування за погодженням з місцевими органами виконавчої влади з водного господарства та органами державного санітарно-епідеміологічного нагляду.

**Санітарно-захисні зони** створюються навколо об'єктів, які є джерелами виділення, зокрема, шкідливих речовин, запахів, підвищених рівнів шуму, вібрації, ультразвукових і електромагнітних хвиль, електронних полів, іонізуючих випромінювань, з метою відокремлення таких об'єктів від території житлової забудови.

**Зони особливого режиму використання земель** створюються навколо військових об'єктів Збройних Сил України та інших військових формувань, утворених відповідно до законодавства України, для забезпечення функціонування цих об'єктів, збереження озброєння, військової техніки та іншого військового майна, охорони державного кордону України, а також захисту населен-

ня, господарських об'єктів і довкілля від впливу аварійних ситуацій, стихійних лих і пожеж, що можуть виникнути на цих об'єктах. Правовий режим санітарно-захисних зон та зон особливого режиму використання земель визначається законодавством України.

Буквальне тлумачення ч. 2 ст. 197-1 КК дозволяє стверджувати, що самовільне зайняття земельної ділянки за наявності хоча б однієї кваліфікуючої ознаки, вказаної у цій кримінально-правовій нормі, має тягнути не адміністративну, а кримінальну відповідальність незалежно від розміру шкоди, завданої власнику або законному володільцю земельної ділянки.

Самовільне зайняття земельної ділянки як злочин, передбачений ч. 1 та ч. 2 ст. 197-1 КК, потрібно відрізнити від шахрайства і вимагання. Якщо самовільне зайняття земельної ділянки означає фактичне заволодіння (користування) земельною ділянкою, не поєднане з отриманням титулу на неї, то винний у шахрайстві або вимаганні у певний спосіб отримує (прагне отримати) правовстановлювальний документ на земельну ділянку, а, отже, право на неї як різновид нерухомості, щодо відчуження якої законом встановлені спеціальні правила. На відміну від заволодіння чужим нерухомим майном, передбаченого в т.ч. ст. 197-1 КК, коли порушується саме фактичний зв'язок власника з майном, у випадку вчинення шахрайства або вимагання порушується юридичний зв'язок власника і майна.

Самовільне зайняття земельної ділянки слід також відрізнити від порушення порядку надання земельної ділянки у власність чи у користування (неправильне оформлення правовстановлювального документа, ухвалення рішення про надання земельної ділянки всупереч чинному законодавству або неуповноваженим органом чи особою, у завищеному розмірі або особі, яка не має права на отримання конкретної земельної ділянки, тощо). Такі діяння можуть кваліфікуватись за статтями КК, які передбачають відповідальність за злочини у сфері службової діяльності<sup>258</sup>. Наприклад, це стосується випадків складання сільськими головами як посадовими особами органів місцевого самоврядування завідомо неправдивих документів – рішень сільських рад нібито про виділення земельних ділянок при тому, що колегіально ці питання не розглядалися. Кримінально каране самовільне зайняття земельної ділянки буде відсутнє і в тому разі, коли рішення державного органу (органу місцевого самоврядування) про передачу земельної ділянки у

<sup>258</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 548.

власність або надання її у користування ухвалено внаслідок давання-одержання хабара. Наявність відповідного рішення уповноваженого органу інкримінування ст. 197-1 КК виключає, а кримінально-правова оцінка вчиненому має даватись із посиланням на норми КК про відповідні злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (розділ XVII КК).

Необхідно також звернути увагу на те, що притягнення винного до кримінальної відповідальності за тією чи іншою частиною ст. 197-1 КК не виключає: 1) повернення самовільно зайнятої земельної ділянки власнику землі або землекористувачеві без відшкодування витрат, понесених за час незаконного користування нею (ст. 212 ЗК); 2) знесення побудованого самочинно, якщо власник (користувач) земельної ділянки заперечує проти визнання права власності на нерухоме майно за особою, яка здійснила самочинне будівництво на його земельній ділянці (ч. 4 ст. 376 ЦК)<sup>259</sup>.

**Придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом** (ст. 198 КК). Суспільна небезпека цього виду злочинної поведінки полягає в створенні зручного середовища для збуту майна, здобутого злочинним шляхом, що, у свою чергу, стимулює розвиток злочинності у нашій державі. Налагоджена система швидкої реалізації здобутого злочинним шляхом майна сприяє вилученню з легального товарообігу матеріальних цінностей та руйнуванню економічної системи України, перешкоджає пошуку злочинців і розкриттю злочинів; набувачі майна своїми діями пропагують злочинний спосіб життя, втягуючи нових людей у подальшу злочинну діяльність<sup>260</sup>. Більше того: кримінальний перерозподіл майна має наслідком його приховування «новими власниками» та значною мірою ускладнює виявлення та розкриття злочинів проти власності.

Заздалегідь не обіцяне отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом, є різновидом причетності до злочину, хоча дії, що утворюють об'єктивну сторону цього діяння, істотно відрізняються від інших форм проявів причетності до злочину. Зокрема, пише А.Н. Мурадов, на відміну від приховування та неповідомлення про злочин, особа, яка отримує чи збуває злочинно здобуте майно, керується, перш

<sup>259</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І. Кримінально-правова характеристика самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 12. – С. 36.

<sup>260</sup> Бердяга С. Придбання, одержання, зберігання або збут майна, одержаного злочинним шляхом // Юридичний журнал. – 2005. – № 5. – С. 82–86.

за все, корисливими спонуканнями і одночасно об'єктивно сприяє фізичному приховуванню цього майна. При цьому сприяння приховуванню злочину не є метою діяльності особи, яка отримує чи збуває майно<sup>261</sup>.

**Безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 198 КК, є встановлений законом порядок придбання і відчуження майна, який забезпечує право власності<sup>262</sup>.

Диспозиція ст. 198 КК прямо вказує на предмет посягання – майно, одержане злочинним шляхом<sup>263</sup>. Предметом розглядуваного злочину може визнаватись, зокрема: товари, речі, рухоме й нерухоме майно, твори мистецтва, історичні та культурні цінності, цінні папери, білети державних лотерей, корисна модель, промисловий зразок тощо, вартість яких може бути виражена в грошовому еквіваленті, тощо. Також, враховуючи те, що грошовим коштом властиві усі ознаки майна, визнання їх предметом злочину, передбаченого ст. 198 КК, видається цілком обґрунтованим.

На практиці досить часто одержуються злочинним шляхом, а потім збуваються мобільні телефони та комплектуючі до них, скутери, мопеди та велосипеди, промисловий та кольоровий матеріал, гроші, продукти харчування, в т.ч. спиртні напої, побутова техніка, інструменти та запасні частини до них, домашні тварини, запасні частини до автомобілів, предмети антикваріату<sup>264</sup>.

М.Й. Коржанський вважає, що предметом розглядуваного злочину можуть бути лише одержані злочинним шляхом цінні папери на пред'явника. Цінний папір є документом майнового характеру і завжди виражає й засвідчує право його власника на певне майно, а тому при-

<sup>261</sup> Мурадов А.Н. Уголовная ответственность за приобретение, хранение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1985. – С. 11.

<sup>262</sup> Питання про визначення об'єкта злочину, що розглядається, належить до дискусійних в юридичній літературі. В різний час різними авторами як такий об'єкт називались інтереси правосуддя, громадська безпека, право власності, громадський порядок в частині дотримання встановлених правил придбання, відчуження і користування майном.

<sup>263</sup> Кримінальне законодавство союзних республік, що діяло раніше, предметом цього злочину визнавало лише викрадене майно. Таке визначення поняття предмета надзвичайно звужувало коло злочинних діянь, у результаті вчинення яких одержувалося майно.

<sup>264</sup> Найчастіше здобуваються злочинним шляхом такі предмети, як антикваріат, аудіовідеоапаратура, хутряні вироби, а також такі коштовні та швидкоореалізовані предмети, як автомобілі, запасні частини до них, кольоровий промисловий метал (труби, кабель тощо). Властивості цих предметів «відповідають потребам» злочинців, які займаються такою діяльністю: дефіцит деяких речей, значно більш низька ціна продажу «з рук» порівняно з роздрібними цінами (Расследование преступлений в сфере экономики: руководство для следователей. – М.: Спарк, 1999. – С. 181).



дбання чи збут цінних паперів на пред'явника рівнозначні придбанням чи збуту майна, на одержання якого вони надають право. Однак, на думку дослідника, це не стосується іменних цінних паперів, тому що здійснити виражене в них право на майно можуть лише ті особи, на ім'я яких ці папери видані. Всі інші особи можуть здійснити це право тільки шляхом обману. Тому іменні або ордерні цінні папери не можуть бути визнані предметом придбання чи збуту майна, одержаного злочинним шляхом. Злочинне придбання чужих іменних або ордерних цінних паперів з метою здійснення вираженого в них права пропонується кваліфікувати як: готування до шахрайства<sup>265</sup>. На нашу думку, предметом придбання чи збуту майна, одержаного злочинним шляхом, слід визнавати усі види цінних паперів у документарній формі, оскільки ним, як і грошовим коштом, притаманні ознаки майна, характерні для предмету злочину, передбаченого ст. 198 КК.

Злочинний спосіб, у який одержано таке майно, для кваліфікації діяння за ст. 198 КК значення не має. Це може бути викрадення майна, його привласнення, вимагання, заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем, одержання хабара, контрабанда, шахрайство з фінансовими ресурсами, вбивство з корисливих мотивів тощо. У той же час, вважає М.І. Мельник, не може бути визнано предметом цього злочину: 1) майно, яке одержане не злочинним шляхом, а внаслідок вчинення адміністративного чи іншого правопорушення; 2) майно, отримане в обмін на здобуте злочинним шляхом, наприклад, товари, куплені за викрадені гроші; 3) майно, не одержане, а виготовлене злочинним шляхом, наприклад, у результаті заняття забороненими видами господарської діяльності (ст. 203 КК), збуту незаконно виготовлених підакцизних товарів (ст. 204 КК) тощо; 4) предмети (зброя, радіоактивні матеріали, наркотичні засоби, психотропні, сильнодіючі та отруйні речовини, прекурсори), які вилучені з вільного цивільно-правового обігу (або обмежені у ньому) і незаконний збут, придбання чи зберігання яких утворюють самостійні склади злочинів (наприклад, передбачених статтями 307, 309, 311, 321 КК)<sup>266</sup>.

У науковій літературі часів радянського періоду тривала дискусія з приводу того, чи можна вважати виготовлене відчужувачем майно таким, що одержане злочинним шляхом. Одні

<sup>265</sup> Коржанский Н.И. Ответственность за приобретение, хранение и сбыт имущества, добытого преступным путем: Учебное пособие. – Волгоград, 1971. – С. 28.

<sup>266</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 550.

дослідники вважали, що речі та предмети, не одержані, а виготовлені злочинним шляхом (за КК УРСР як приклад наводилося заняття забороненим промислом) не можуть бути предметом досліджуваного злочину<sup>267</sup>. Висловлюється подібна думка й деякими сучасними фахівцями<sup>268</sup>.

Однак з такою точкою зору не можна погодитися. Майном, одержаним злочинним шляхом, слід визнавати не тільки речі, які об'єктивно існували до отримання їх у результаті скоєння злочину, а й ті, що створені (виготовлені) у результаті злочинної діяльності. Як відповідний приклад О.М. Крапівина вказує на виготовлення особою грошей або цінних паперів, підроблених кредитних або розрахункових карток, а також інших предметів<sup>269</sup>.

Предметом злочину, передбаченого ст. 198 КК, слід вважати також майно, яке було одержане злочинним шляхом, а в подальшому з метою його збуту було видозмінено, оновлено або перероблене відчужувачем, а також виготовлене з матеріалів, одержаних злочинним шляхом. Так, на думку В.О. Кузнецова, якщо винний придбаває або збуває предмети, виготовлені з матеріалів, завідомих для нього одержаних злочинним шляхом (наприклад, дошки, виготовлені з лісу, здобутого внаслідок незаконної порубки), то відповідальність повинна наставати за ст. 213 КК УРСР (аналог ст. 198 КК)<sup>270</sup>. Нами цілком поділяється така позиція.

Не можна погодитися з думкою авторів, які вважають, що не може бути предметом злочину, передбаченого ст. 198 КК, майно, отримане в обмін на здобуте злочинним шляхом, наприклад, товари, куплені за викрадені гроші. На противагу цього обґрунтованою, на нашу думку, є позиція Н.П. Іванніка, відповідно до якої предметом аналізованого злочину слід вважати не лише майно, одержане злочинним шляхом, а також одержане в обмін на нього<sup>271</sup>. На сьогодні така точка зору

<sup>267</sup> Коржанский Н.И. Ответственность за приобретение, хранение и сбыт имущества, добытого преступным путем: Учебное пособие. – Волгоград, 1971. – С. 32; Кузнецов В.А. Борьба с преступным приобретением и сбытом имущества. – К.: Наукова думка, 1970. – С. 27; Магомедов А.М. Уголовная ответственность за приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1973. – С. 5.

<sup>268</sup> Лапунин М.М. Вторичная преступная деятельность: понятие, виды, проблемы квалификации, криминализации и пенализации / Науч. ред. Н.А. Лопашенко. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 106.

<sup>269</sup> Крапивина О.Н. Приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем: сравнительно-правовое, уголовно-правовое, уголовно-политическое и криминологическое исследование: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 66.

<sup>270</sup> Кузнецов В.А. Борьба с преступным приобретением и сбытом имущества. – К.: Наукова думка, 1970. – С. 27.

<sup>271</sup> Иванник Н.П. Ответственность за приобретение или сбыт имущества, добытого преступным путем // Социалистическая законность. – 1965. – № 11. – С. 59.

підтримується рядом авторів<sup>272</sup>, а також судовою практикою<sup>273</sup>.

Таким чином, одержаним злочинним шляхом вважається майно: яке безпосередньо було отримано в результаті вчинення суспільно небезпечного діяння; яке було видозмінено, оновлено або перероблене відчужувачем у випадках, коли така діяльність містить ознаки самостійного складу злочину; яке було виготовлене з матеріалів, одержаних злочинним шляхом; яке було отримане в обмін на здобуте злочинним шляхом.

Окремо зауважимо, що зроблений у ст. 198 КК акцент на злочинному способі отримання майна, а не на можливості особи нести кримінальну відповідальність за таке отримання, не виключає відповідальності за придбання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом, зокрема, в тих випадках, коли притягнення до кримінальної відповідальності за первинне діяння – джерело отримання майна унеможливується через причини, відмінні від відсутності ознак складу злочину, – смерть особи, звільнення від кримінальної відповідальності через сплив строків давності тощо. Використання у диспозиції ст. 198 КК законодавчого звороту «одержане злочинним шляхом» є досить вдалим, оскільки наголос робиться саме на способі отримання майна, а не на факті вчинення предикатного злочину.

Зазначимо також, що у кримінальних справах про придбання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом, наявності обвинувального вироку суду, що вступив у законну силу, яким особу засуджено за первинний злочин, не вимагається. Злочинний спосіб одержання майна визначається з моменту встановлення достатніх фактичних даних, які вказують на вчинене діяння як на злочин. Крім цього, відсутність у цій кримінально-правовій нормі жодних застережень щодо місця вчинення злочину – джерела отримання майна дозволяє стверджувати, що не має значення, одержане майно злочинним шляхом на території України чи за її межами. У зв'язку з цим висловлена в юридичній літературі думка про те, що предметом злочину, передбаченого ст. 198 КК, слід визнавати тільки те майно, яке було одержане злочинним шляхом на території Укра-

їни<sup>274</sup>, видається обмежувальним тлумаченням кримінального закону. Вважаємо, що первинним з точки зору кваліфікації за ст. 198 КК слід вважати злочин, вчинений на території України або на території іншої країни, в т.ч. такий злочин, який не підлягає кримінальній юрисдикції України у порядку застосування ст. 7 і ст. 8 КК.

З **об'єктивної сторони** розглядуваний злочин полягає у заздальгідь не обіцяному вчиненні будь-якого (чи декількох) із чотирьох діянь, альтернативно передбачених у диспозиції ст. 198 КК, щодо майна, одержаного завідомо злочинним шляхом: 1) придбання, 2) отримання, 3) зберігання, 4) збут.

Під придбанням майна, завідомо одержаного злочинним шляхом, слід розуміти отримання такого майна у фактичне незаконне володіння на платній (за грошові кошти) чи компенсаційній за вартістю (в обмін на інше майно, за надані послуги чи виконану роботу, прийняття в рахунок погашення боргу тощо) основі. Придбання майна можна розглядати як різновид його отримання в широкому розумінні.

**Отримання** майна у контексті ст. 198 КК – це безоплатне, не компенсаційне одержання його за недійсним правочином у фактичне незаконне володіння (прийняття як подарунку, у спадщину, узяття в оренду або інше платне чи безоплатне користування тощо) від особи, яка його незаконно, злочинним шляхом одержала.

**Зберігання** майна – це дії, пов'язані з володінням майном, одержаним злочинним шляхом іншою особою, незалежно від тривалості такого володіння. Зберігатися майно може у житлі, гаражі, транспортному засобі, на підприємстві, в установі чи організації, де працює винний, тощо. При цьому не має значення, за оплату чи безоплатно особа незаконно зберігає майно, одержане злочинним шляхом іншою особою, яка залишається фактичним незаконним власником такого майна.

**Збут** майна, завідомо одержаного злочинним шляхом, полягає, перш за все, в його передачі іншій особі за плату чи на компенсаційній основі.

*Так, Кіровський районний суд м. Кіровограда, розглядаючи кримінальну справу по обвинуваченню Т. у вчиненні злочину, передбаченого ст. 198 КК, встановив наступне. Достовірно знаючи, що неповнолітній Н. у результаті розбійного нападу заволодів мобільним телефоном, Т. збув вказаний телефон за 900 грн., не повідомивши при цьому покупцю, що телефон здобутий злочинним шля-*

<sup>272</sup> Косякова Н.С. Прикосновенность к преступлению по российскому уголовному праву: становление, состояние и перспективы развития: Дис. ... канд. юрид. наук. – М, 2001. – С. 59; Крапивина О.Н. Приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем: сравнительно-правовое, уголовно-правовое, уголовно-политическое и криминологическое исследование: Дис. ... канд. юрид. наук. – М, 2008. – С. 67.

<sup>273</sup> Архів Деражнянського районного суду Хмельницької області. Справа № 1-29 за 2002р., справа № 1-97 за 2002р.; Архів Волочиського районного суду Хмельницької області. Справа № 1-89 за 2004 р.

<sup>274</sup> Андрушко П.П., Короткевич М.Є. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом: кримінально-правова характеристика. – К.: Юрисконсульт, 2005. – С. 59-60.

хом. Гроші від продажу телефону Т. та Н. поділили між собою<sup>275</sup>.

У теорії кримінального права та на практиці під збутом розуміють і безоплатну передачу майна іншій особі – його дарування, обмін на інше майно, оплату майном наданих послуг, виконаних робіт тощо. Не визнається збутом передача майна іншій особі на зберігання чи в тимчасове користування в разі, коли фактичним його володільцем (незаконним власником) залишається інша особа чи особа, яка його придбала або отримала.

На думку О.М. Крапівіної, отримання майна, завідомо здобутого злочинним шляхом, і наступна його передача третім особам, якщо вже в момент отримання майна особа ставила на меті передати його, повинно кваліфікуватись як збут злочинно здобутого майна; у тому ж випадку, коли умисел на відчуження такого майна виник у особи вже після його отримання, кваліфікація відбувається за сукупністю – придбання (отримання) і збут<sup>276</sup>. Як бачимо, кримінально-правова оцінка дій винного за такого підходу перебуває у залежності від часу виникнення і спрямованості умислу.

Злочин вважається закінченим із моменту вчинення будь-якої з зазначених у диспозиції ст. 198 КК дій. Послідовне вчинення таких діянь щодо одного й того самого майна повторності чи сукупності злочинів не утворює, але у формулюванні обвинувачення мають бути зазначені всі скоєні діяння. Не утворюватиме повторності чи сукупності злочинів і збут особою у декілька прийомів придбаного чи отриманого нею майна, одержаного злочинним шляхом.

**Суб'єктом** злочину може бути будь-яка фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку.

Заздалегідь не обіцяне придбання, отримання, зберігання чи збут майна, завідомо одержаного злочинним шляхом, поєднане з використанням службовою особою свого службового становища (за умови спричинення істотної шкоди або тяжких наслідків), слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ст. 198 і відповідною частиною статей 364, 364-1, 365, 365-1 КК. Так само, у разі одержання службовою особою хабара, предметом якого є майно, завідомо для хабарника одержане злочинним шляхом, вчинене (за умови, що службова особа усвідомлює, що як хабар вона отримує матеріальні цінності, одержані злочинним шляхом) потрібно розцінювати не лише як одержання хабара, а й як заздалегідь не обіцяне отримання майна, завідомо одержаного

злочинним шляхом, і кваліфікувати за відповідною частиною статей 368, 368-1, 368-2, 368-3, 368-4 і ст. 198 КК.

**Суб'єктивна сторона** діяння, передбаченого ст. 198 КК, характеризується прямим умислом. Особа усвідомлює, що придбаває, отримує, збуває або зберігає майно, одержане злочинним шляхом, і бажає вчинити такі дії. Усвідомлення того, що майно одержане злочинним шляхом, є обов'язковою ознакою інтелектуального моменту умислу винного. При цьому враховуються, зокрема, такі обставини, як повідомлення особи, котра збуває майно, обстановка відчуження майна, спосіб його зберігання, кількість і розфасовка майна, продаж майна за безцінь або за ціною, істотно нижчою за ринкову, відсутність у продавця документів на відчужуване майно, невідповідність умов життя особи, яка збуває майно, характерові цього майна.

Під завідомістю з точки зору відповідальності за ст. 198 КК слід розуміти достовірну поінформованість особи, яка придбаває, отримує, зберігає чи збуває майно, одержане злочинним шляхом, про злочинний характер походження (одержання) такого майна. Обсяг такої поінформованості може бути різним – від знання у загальних рисах про злочинне джерело одержання майна до володіння про всі обставини первинного злочину. Якщо особа лише має сумніви щодо легальності походження майна, вчинені з ним діяння, перелічені у ст. 198 КК, не утворюють передбаченого нею складу злочину. У випадках, коли джерело походження майна є законним, однак особа помилково вважає, що майно одержане злочинним шляхом, за наявності достатніх підстав відповідні діяння слід за спрямованістю умислу кваліфікувати як замах на злочин, передбачений ст. 198 КК.

Відповідно до ч. 6 ст. 27 КК особи, які вчинили заздалегідь не обіцяне переховування злочинця, знарядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збут таких предметів, підлягають кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених статтями 198 та 396 КК. Як відомо, злочини, передбачені цими статтями, є різновидами причетності.

Натомість придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом, слід визнавати співучастью у вчиненні первинного злочину, коли такі діяння: 1) були заздалегідь обіцяні виконавцю первинного злочину до або в момент вчинення останнім суспільно небезпечного діяння; 2) були вчинені два або більше рази і пов'язувались зі злочинною діяльністю лише однієї й тієї ж особи (осіб). У такому випадку подальші діяння з придбання, отримання, зберігання чи

<sup>275</sup> Архів Кіровського районного суду м. Кіровограда. Справа № 1-200 за 2010 р.

<sup>276</sup> Крапивина О.Н. Приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем: сравнительно-правовое, уголовно-правовое, уголовно-политическое и криминологическое исследование: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 8.



збуту майна обумовлюють вчинення первинного злочину виконавцем, укріплюють у нього рішучість до продовження злочинної діяльності й дають змогу в кожному такому випадку розраховувати на подальше сприяння; 3) були пов'язані з підбурюванням до вчинення предикатного злочину<sup>277</sup>.

*Вироком Ічнянського районного суду Чернігівської області Р. було засуджено за вчинення злочинів, передбачених ст.ст. 198, ч. 1 ст. 396 КК. Суд установив, що Р., перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, приїхав із двома іншими особами до с. Ольшана Ічнянського району Чернігівського суду. Зазначені особи вчинили крадіжку з аптечного кіоску, від участі у якій Р. відмовився, однак залишився неподалік. При цьому Р. достовірно знав, що його товариші скоювали крадіжку. Після крадіжки товариші Р. підійшли до нього і розповіли про викрадені з аптеки гроші в сумі 2506 грн. 99 коп., які поділили між собою. Р. одержав майже 500 грн. із викраденої суми. Про вчинену крадіжку підсудний нікому не повідомив. Районний суд дійшов висновку про доведеність вини Р. у заздалегідь не обіцяному придбанні майна, завідомо здобутого злочинним шляхом, а також у заздалегідь не обіцяному у приховуванні тяжкого злочину. Відповідно, дії Р. були кваліфіковані судом за ст. 198 та ч. 1 ст. 396 КК<sup>278</sup>.*

На нашу думку, розмежовувати злочини, передбачені ст. 198 і ст. 396 КК, слід за ознаками предмету, об'єктивної та суб'єктивної сторони. Предметом злочину, передбаченого ст. 198 КК, є лише майно, одержане злочинним шляхом, а предметом заздалегідь не обіцяного приховування злочину є сам злочинець, знаряддя та засоби вчинення злочину, сліди злочину, а також предмети, здобуті злочинним шляхом. Із суб'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 198 КК, вчиняється, як правило, з корисливих мотивів і з метою збагачення за рахунок придбання чи отримання майна безоплатно чи за ціну, нижчу його вартості, або за рахунок одержання плати за зберігання чи збут такого майна. Для злочину, передбаченого ст. 396 КК, такі мотиви і мета не характерні. Належність заздалегідь не обіцяного приховування злочину до посягань на інтереси правосуддя дозволяє вважати метою його скоєння перешко-

джання правоохоронним органам у розкритті злочину чи притягненні винного до кримінальної відповідальності.

Виходячи з цих міркувань, а також з того, що вказані злочини віднесені законодавцем до злочинів середньої тяжкості з однаковими видами покарань, їх можна вважати не конкуруючими, а суміжними. Кваліфікація діянь у такому випадку повинна обумовлюватися мотивом і метою їх вчинення. Так, якщо придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом, вчиняється з метою перешкодити правоохоронним органам розкрити злочин чи притягти винного до кримінальної відповідальності та поєднується з приховуванням тяжкого чи особливо тяжкого злочину, і цей факт усвідомлюється винною особою, вчинене має кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ст. 198 і ст. 396 КК. Якщо ж відбувається приховування злочину невеликої або середньої тяжкості, і це приховування набуває вигляду придбання, отримання, зберігання чи збуту майна, одержаного злочинним шляхом, й особою усвідомлюється факт цього приховування, кваліфікація повинна відбуватися лише за ст. 198 КК.

З огляду на пряму вказівку законодавця у ст. 198 КК, вчинене має кваліфікуватися за цією нормою лише тоді, коли відсутні ознаки легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом<sup>279</sup>.

### 8.3. Необережні злочини проти власності

**Необережне знищення або пошкодження майна** (ст. 196 КК). Одна з головних особливостей об'єктивних підстав кримінальної відповідальності за необережне знищення чи пошкодження майна полягає, на наш погляд, у порушенні винною особою так званих спеціальних правил безпеки. Як зазначає А.А. Тер-Акопов, спеціальні правила безпеки спрямовані на попередження фізичної та матеріальної шкоди і, відповідно, регламентують порядок поведінки із різноманітними предметами, що становлять підвищену небезпеку, яка може мати матеріальний, фізичний чи організаційний вираз<sup>280</sup>. Водночас від спеціальних правил безпеки необхідно відмежовувати загальні правила безпеки, які не потребують спеціальних знань, не належать до якоїсь спеціальної галузі діяльності та поширюються на всіх

<sup>277</sup> У п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 31 липня 1962 р. № 11 «Про судову практику у справах про заздалегідь не обіцяне приховування злочинів, придбання та збут завідомо викраденого майна» роз'яснювалось, що придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом, може визнаватися співучастю у злочині, якщо ці діяння були обіцяні виконавцю до або в момент вчинення злочину, або з інших причин (наприклад, у силу систематичного їх вчинення) давали підставу виконавцю злочину розраховувати на подібне сприяння.

<sup>278</sup> Архів Ічнянського районного суду Чернігівської області. Справа № 1-6 за 2010 р.

<sup>279</sup> Проблема розмежування складів злочинів, передбачених ст. 198 і ст. 209 КК, висвітлюватиметься у розділі підручника, присвяченому злочинам у сфері господарської діяльності.

<sup>280</sup> Тер-Акопов А.А. Ответственность за нарушение специальных правил поведения. – М.: Юрид. лит., 1995. – С. 24–25.

громадян. Зрозуміло, що загальноприйняті правила безпеки, так само як і спеціальні, можуть порушуватись під час необережного знищення (пошкодження) чужого майна.

**Основним безпосереднім об'єктом** злочину є право власності, а його обов'язковим додатковим об'єктом визнається здоров'я або життя особи.

*Предметом* необережного знищення або пошкодження чужого майна, відповідальність за яке передбачена ст. 196 КК, може бути будь-яке чуже для винного майно, крім окремих його видів, які поставлені під захист спеціальними кримінально-правовими нормами (мова йде, зокрема, про військове майно – ст. 412 КК).

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується суспільно небезпечними діями або бездіяльністю, наслідками у вигляді тяжких тілесних ушкоджень або загибелі людей і причинним зв'язком між вказаними діями і наслідками.

Особливістю відповідальності за необережне знищення чи пошкодження чужого майна є те, що, на відміну від злочину, передбаченого ст. 194 КК, спосіб знищення чи пошкодження майна на кваліфікацію вчиненого не впливає. Відповідальність за цей злочин обумовлена лише його наслідками. Необережне знищення або пошкодження чужого майна утворює склад злочину лише у випадку, коли такі дії призвели до тяжких тілесних ушкоджень або загибелі людей.

**Суб'єкт** злочину – загальний. Знищення або пошкодження чужого майна внаслідок невиконання чи неналежного виконання службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них за наявності інших необхідних ознак слід кваліфікувати як службову недбалість (ст. 367 КК).

**Суб'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 196 КК, характеризується необережною формою вини: особа передбачає, що внаслідок вчинюваних нею дій чи бездіяльності можуть виникнути такі наслідки, як знищення (пошкодження) чужого майна та пов'язані з ними тяжкі тілесні ушкодження або загибель людей, але легковажно розраховує на відвернення вказаних суспільно небезпечних наслідків або не передбачає можливості настання вказаних наслідків, хоча повинна була і могла їх передбачати. Необережне ставлення до діяння і наслідків може виразитись у порушенні як спеціальних правил безпеки, так і загальноприйнятих заходів обережності.

Водночас, якщо особа необережно ставиться тільки до наслідків у вигляді спричинення тяжких тілесних ушкоджень або загибелі людей, а до наслідків у вигляді знищення чи пошкодження майна – умисно, вчинене нею слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 194 КК.

Необережне знищення або пошкодження майна, яке сталося в результаті порушення спеціальних правил (охорони, експлуатації, безпеки, поведження тощо), що утворює самостійний склад злочину (проти довкілля, проти громадської безпеки, проти безпеки виробництва тощо), підлягає кваліфікації не за ст. 196 КК, а за спеціальною кримінально-правовою нормою про відповідальність за порушення таких правил (зокрема, за статтями 276, 281, 282, 291 КК). Наприклад, необережне знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу, що спричинило загибель людей, повинно кваліфікуватись за ч. 2 ст. 245 КК. У цьому випадку ст. 245 КК є спеціальною до 196 КК за ознаками предмета злочину – названих у диспозиції ч. 1 ст. 245 КК об'єктів рослинного світу.

Від умисного та необережного знищення чи пошкодження майна слід відмежовувати випадки так званого правомірного знищення (пошкодження) майна. Наприклад, законний власник дає свою згоду на знищення належного йому майна з метою очищення певної території чи з метою утилізації майна, що втратило свої корисні властивості. За наявності певних умов виконання такого розпорядження власника майна кримінальну відповідальність виключає. Як слушно зазначає О.В. Сумачев, природа згоди потерпілого у цьому випадку ґрунтується на факті здійснення власником одного зі своїх повноважень – права розпоряджатись майном на свій розсуд<sup>281</sup>.

Розмірковуючи над умовами і межами правомірного знищення (пошкодження) чужого майна, Ю.В. Баулін вказує, що об'єктивні ознаки такого правомірного вчинку повинні відповідати об'єктивним ознакам згоди «потерпілого» за умови, що вони чітко конкретизовані (характер діяння, наслідки, спосіб, об'єктивно-предметні умови знищення (пошкодження) майна та ін.). У тому разі, якщо об'єктивні ознаки заподіяння шкоди не конкретизувались «потерпілим», вони повинні відповідати таким умовам: 1) не мати суспільно небезпечний характер; 2) не перевищувати меж достатньої шкоди; 3) результат заподіяння шкоди може мати виключно майновий характер<sup>282</sup>.

### **Порушення обов'язків щодо охорони майна (ст. 197 КК)<sup>283</sup>.** Суспільна небезпека злочину,

<sup>281</sup> Сумачев А.В. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 134.

<sup>282</sup> Баулин Ю.В. Причинение вреда с согласия «потерпевшего» как обстоятельство, исключающее преступность деяния. – Х.: изд-во «Кроссруд», 2007. – С. 72.

<sup>283</sup> Слід зазначити, що кримінальна відповідальність за аналогічні діяння в кримінальному законодавстві іноземних держав зустрічається дуже рідко (зокрема, в КК Узбекистану та КК Білорусі). Як правило, такі діяння не входять до системи злочинів проти власності більшості країн світу (Сравнительное

передбаченого ст. 197 КК, полягає у фактичному створенні передумов для протиправних посягань на власність з боку інших осіб. Крім того, порушення обов'язків щодо охорони чужого майна може стати причиною небезпечного (руйнівного) впливу стихійних сил природи та інших шкідливих факторів на охоронювані матеріальні цінності.

**Безпосереднім об'єктом** злочину визнається встановлений з метою забезпечення права власності порядок виконання уповноваженими особам обов'язків щодо зберігання та охорони чужого майна.

*Предметом* злочину є чуже майно, що не належить винній особі на праві власності, але перебуває під її охороною або передане їй на зберігання.

З **об'єктивної сторони** злочин, передбачений ст. 197 КК, характеризується: 1) діянням у вигляді невиконання або неналежного виконання своїх обов'язків особою, якій доручено зберігання чи охорона чужого майна; 2) спричиненням тяжких наслідків для власника майна; 3) причинним зв'язком між діянням та наслідками, що настали.

Невиконання особою, якій доручено зберігання чи охорону чужого майна, своїх обов'язків полягає в її бездіяльності за умови, що вона повинна була і могла вчинити дії, які входять до кола її обов'язків і якими було б попереджено настання тяжких наслідків для власника майна (наприклад загасити пожежу чи своєчасно викликати пожежну охорону, викликати міліцію для припинення знищення майна хуліганами, повідомити відповідним органам або особам про іншу загрозу знищення чи пошкодження майна).

Неналежне виконання особою обов'язків передбачає їх виконання неналежним чином через недбале чи несумлінне ставлення до них за умови, що особа повинна була й могла їх виконувати. При цьому необхідно встановити, які саме дії особа повинна була і могла вчинити, а також чи зумовило невиконання або неналежне виконання нею своїх обов'язків настання тяжких наслідків для власника майна.

*Вироком Покровського районного суду Дніпропетровської області П., А., Д. та Н. було визнано винними у вчиненні злочину, передбаченого ст. 197 КК. Як впливає з матеріалів кримінальної справи, П., А., Д. та Н., перебуваючи на посадах машиністів насосних установок Михайлівської зрошувальної системи (ЗС) Синельниківського міжрайонного управління водного господарства (МУВГ), не виконували покладені на них обов'язки по охороні майна, що належить Синельниковському МУВГ, чим спричинили тяжкі наслідки власнику майна. Суд встановив, що* уголовне право. Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. – С. 198).

*П., А., Д. та Н. були обізнані про те, що насосна станція Михайлівської ЗС повинна знаходитись під цілодобовою фізичною охороною, яку, відповідно до укладеного із ними договору про повну матеріальну відповідальність, повинні були здійснювати позмінно – добу через троє діб. Однак, ігноруючи свої обов'язки по збереженню ввіреного їм майна та не передбачаючи можливості настання тяжких наслідків своєї бездіяльності, хоча могли і повинні були їх передбачити, зазначені особи не виконували такі обов'язки та не з'являлися на робоче місце в свої зміни в період з 03 по 10 березня 2009 р. Відсутність машиністів на охоронюваному об'єкті дала можливість не встановленій особі у цей період таємно викрасти з приміщення насосної станції Михайлівської ЗС товарно-матеріальні цінності на загальну суму 175 175 грн. 10 коп. Ураховуючи встановлені під час розгляду кримінальної справи обставини, суд кваліфікував дії П., А., Д. та Н. за ст. 197 КК як невиконання особою, якій доручена охорона чужого майна, своїх обов'язків, якщо це спричинило тяжкі наслідки для власника майна<sup>284</sup>.*

При вирішенні питання про кримінальну відповідальність особи за невиконання або неналежне виконання обов'язків зі зберігання чи охорони чужого майна треба встановити, чи могла особа виконувати такі обов'язки за станом здоров'я (каліцтво, вади слуху, зору тощо), чи не вплинули на їх невиконання, наприклад, стихійні сили природи, дії технічних чинників, інших осіб. Зокрема, якщо особа, яка охороняє майно, діяла у стані крайньої необхідності або під впливом фізичного чи психічного примусу (наприклад, була зв'язана викрадачами), така особа не підлягає кримінальній відповідальності з урахуванням юридичного значення обставин, що виключають злочинність діяння. Аналізований склад злочину відсутній і в тому разі, якщо особа внаслідок виконання неадекватного обсягу роботи (наприклад, одночасно охороняє велику кількість об'єктів) фактично не здатна була відвернути настання суспільно небезпечних наслідків.

*Пленум Верховного Суду СРСР визнав безпідставним засудження за злочинно-недбале ставлення до охорони майна сторожа колгоспу Г., який під час судового розгляду справи заявив про те, що викрадення грошових коштів з каси господарства здійснили особи, котрі погрожували йому вбивством. Суди першої та наступних інстанцій не врахували ту обставину, що відповідальність за ст. 102 КК Грузинської РСР (аналог ст. 197 чинного КК) настає за умови, що особа, яка охороняє майно, мала можливість належним чином виконувати свої обов'язки. Повертаючи*

<sup>284</sup> Архів Покровського районного суду Дніпропетровської області. Справа № 1-187 за 2009 р.



кримінальну справу на додаткове розслідування, Пленум Верховного Суду СРСР у своїй постанові вказав на необхідність перевірки показань Г., а також з'ясування наступних обставин: що було об'єктом охорони; в якому місці повинен був знаходитись сторож; чи міг він, займаючи належне для чергування місце, побачити злочинців або почути шум у процесі вчинення злочину; яким чином сторож мав реагувати у разі вчинення посягання на власність<sup>285</sup>.

Невиконання або неналежне виконання обов'язків щодо зберігання чи охорони чужого майна може створити умови для його пошкодження, знищення, розкрадання іншими особами. Якщо особа, якій доручено зберігати чи охороняти чуже майно, своїми діями сприяла викраденню майна, відповідальність повинна наставати за співучасть у викраданні.

За своєю конструкцією склад злочину є матеріальним – злочин вважається закінченим з моменту спричинення тяжких наслідків. Питання про наявність тяжких наслідків для потерпілого вирішується комплексно з урахуванням його матеріального становища, вартості знищеного, пошкодженого або викраденого майна, цінності майна для власника. Такими наслідками можуть бути визнані, наприклад, неправомірне вилучення у власника, знищення чи пошкодження майна у великих розмірах, у великій кількості чи майна, яке мало надзвичайно важливе значення для виробничої діяльності їх власника чи було сімейною реліквією<sup>286</sup>.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Ним може бути неслужбова особа, на яку на підставі трудового договору чи спеціального доручення покладається юридичний обов'язок охороняти або зберігати чуже майно (охоронець, сторож, водій-експедитор, кур'єр, гардеробник, пастух тощо).

Водночас невиконання чи неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків, у т. ч. пов'язаних з охороною та зберіганням чужого майна, через несумлінне ставлення до них, що заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам окремих юридичних осіб, повинно визнаватись службовою недбалістю і кваліфікуватись за ст. 367 КК.

Рахівський районний суд Закарпатської області визнав А. винним у скоєнні злочинів, перед-

бачених ч. 2 ст. 367, ст. 197 КК. Суд установив, що А., перебуваючи на посаді лісника Лазещинського лісництва ДМ «Ясінянське лісомисливське господарство», будучи представником влади – працівником державної лісової охорони, протягом 2008 р., неналежно виконуючи свої службові обов'язки через несумлінне ставлення до них, у порушення вимог ЛК та посадової інструкції, не вжив достатніх заходів щодо організації роботи по охороні лісу у закріпленому за ним обході Лазещинського лісництва. Унаслідок цього в декількох кварталах лісництва невстановлені слідством особи вчинили самовільні рубки 52 дерев шпилькових порід загальною кубомасою 56 м. куб., чим заподіяли тяжкі наслідки державним інтересам у вигляді заподіяння матеріальних збитків на вколишньому природному середовищу на суму 133 786 грн. 34 коп.

Дії А. були кваліфіковані судом за ч. 2 ст. 367 КК як службова недбалість, тобто невиконання або неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них, що заподіяло істотну шкоду державним інтересам, і за ст. 197 КК як неналежне виконання особою, якій доручено зберігання чи охорона чужого майна, своїх обов'язків, що спричинило тяжкі наслідки для власника майна<sup>287</sup>.

З огляду на те, що А. було визнано службовою особою, інкримінування йому ст. 197 КК вважаємо помилковим.

У контексті аналізу ознак суб'єкта злочину, передбаченого ст. 197 КК, слід визнати слушною висловлену в літературі пропозицію замінити у диспозиції статті слово «охорона» на «охорону» з метою виправлення допущеної граматичної помилки<sup>288</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується необережністю у вигляді злочинної самовпевненості (коли особа передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків, але легковажно розраховувала на їх відвернення) або злочинної недбалості (якщо особа не передбачала можливості настання таких наслідків, хоча повинна була і могла їх передбачити). Ставлення ж особи до порушення правил зберігання й охорони чужого майна може бути як умисним, так і необережним.

## Рекомендована література

1. Антонюк Н.О. Кримінальна відповідаль-

<sup>285</sup> Сборник постановлений Пленума и определенных коллегий Верховного Суда СССР. 1971-1979. – М.: Изд-во «Известия Советов народных депутатов СССР», 1981. – С. 947-948.

<sup>286</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, А.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 540.

<sup>287</sup> Архів Рахівського районного суду Закарпатської області. Справа № 1-199 за 2009 р.

<sup>288</sup> Газдайка-Василишин І.Б. Ознаки суб'єкта злочину у складах некорисливих злочинів проти власності // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 1. – С. 302.

ність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою: Монографія. – Львів: ПАІС, 2008. – 216 с.

2. Безверхов А.Г., Шевченко И.Г. Уничтожение и повреждение имущества: вопросы истории, теории, практики: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2010. – 192 с.

3. Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 775 с.

4. Болдарь Г.С., Каменський Д.В. Кримінальна відповідальність за вчинення злочинів проти власності: проблеми теорії та практики: Науково-практичний посібник. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 184 с.

5. Борзенков Г. Разграничение обмана и злоупотребления доверием // Уголовное право. – 2008. – № 5. – С. 4-7.

6. Борзенков Г. Признаки хищения в составе вымогательства // Законность. – 2010. – № 4. – С. 19-24.

7. Владимиров В.А. Квалификация похищенный личного имущества. – М.: Юрид. лит., 1974. – 208 с.

8. Владимиров В. А., Ляпунов Ю.И. Ответственность за корыстные посягательства на социальную собственность. – М.: Юрид. лит., 1986. – 224 с.

9. Голикова А.В. Ущерб в хищении: понятие, структура, значение для квалификации и назначения уголовного наказания: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Тамбов, 2005. – 26 с.

10. Головкин Б.М. Корислива насильницька злочинність в Україні: феномен, детермінація, запобігання: Монографія. – Х.: Право, 2011. – 432 с.

11. Горішній О.О. Кримінально-правова характеристика розбою: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2010. – 20 с.

12. Диденко В.П. Квалификация хищений государственного или общественного имущества путем присвоения, растраты или злоупотребления служебным положением: Учебное пособие. – К.: Украинская академия внутренних дел, 1992. – 80 с.

13. Дітріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 15 с.

14. Дорош Л.В. Щодо ефективності застосування законодавства про кримінальну відповідальність за привласнення, розтрату майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. Випуск 16 / Ред. кол.: Ю.В. Баулін (голов ред.) та ін. – Х.: Вид-во «Кроссрод», 2008. – С. 27-35.

15. Дудоров О.О., Мельник М.І. Кримінально-правова характеристика самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 12. – С. 29-36.

16. Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – 608 с.

17. Дячкін О.П. Кримінально-правова охорона об'єктів електроенергетики та зв'язку: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – 175 с.

18. Дьоменко С.В. Вимагання: кримінально-правовий та кримінологічний аналіз: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2005. – 238 с.

19. Емельянов В.П. Защита права собственности уголовным законодательством. – Харьков: «Рубикон», 1996. – 128 с.

20. Журавлев М., Журавлева Е. Актуальные вопросы судебной практики по уголовным делам о мошенничестве // Уголовное право. – 2008. – № 3. – С. 36-43.

21. Ільїна О.В. Кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 18 с.

22. Калмиков Д.О. Неоподатковуваний мінімум доходів громадян у кримінальному та адміністративному судочинстві: поняття, значення, методика обчислення // Наука і правоохорона. – 2012. – № 1. – С. 69-76.

23. Калмиков Д.О. Проблеми розмежування суміжних адміністративних і кримінальних посягань на власність // Підприємництво, господарство і право. – 2012. – № 4. – С. 127-130.

24. Калмиков Д.О. Щодо мотиву злочинів проти власності // Актуальні проблеми розкриття та розслідування злочинів: матеріали науково-практичної конференції (Київ, 29 березня 2012 року). – К.: Національна академія внутрішніх справ, 2012. – С. 30-32.

25. Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: Навчальний посібник / За заг. ред. В.В. Коваленка; за наук. ред. О.М. Джужи та А.В. Савченка. – К.: Атіка, 2011. – С. 161-234.

26. Кириченко Ю.В. Кримінальна відповідальність за викрадення електричної або теплової енергії: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – 218 с.

27. Клепицкий И.А. Недвижимость как предмет хищения и вымогательства // Государство и право. – 2000. – № 12. – С. 11-19.

28. Клименко В.А., Мельник Н.И. Уголовно-правовая борьба с вымогательством индивидуального имущества граждан: Учебное пособие. – К.: Украинская академия внутренних дел, 1993. – 92 с.

29. Коняев В.П., Пинхасова Э.Б. Квалификация грабежей личного имущества граждан: Учебное пособие. – Ташкент: Ташкентская высшая школа МВД СССР, 1990. – 68 с.

30. Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: ООО «АНТЭЯ 2000», 2000. – 288 с.

31. Крапивина О.Н. Приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем: сравнительно-правовое, уголовно-правовое, уголовно-политическое и криминологическое исследование: Дис. ... канд. юрид. наук. – Саранск, 2008. – 240 с.
32. Кригер Г.А. Борьба с хищениями социалистического имущества. – М.: Юридическая литература. – 1965. – 328 с.
33. Кузнецов В.В. Кримінальна відповідальність за крадіжки: монографія. – К.: Видавець ПАЛИВОДА А. В., 2005. – 158 с.
34. Кундеус В.Г. Кримінально-правова характеристика викрадення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 198 с.
35. Куц В.М., Кириченко Ю.В. Кримінальна відповідальність за незаконне використання електричної або теплової енергії: Монографія. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – 160 с.
36. Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – 408 с.
37. Матышевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – 240 с.
38. Мельник Н.И. Уголовная ответственность за вымогательство личного имущества граждан: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1991. – 206 с.
39. Мовчан Р.О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 241 с.
40. Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення. – Х.: Право, 2011. – 208 с.
41. Панов М.І. Вибрані наукові праці з проблем правознавства / Передм. В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – 812 с.
42. Письменський Є. Юридичні новації в сфері охорони власності, або Окремий погляд на посилення відповідальності за викрадення чужого майна // Юридичний вісник України. – 29 серпня – 4 вересня 2009 р. – № 35. – С. 7.
43. Пинаев А.А. Уголовно-правовая борьба с хищениями. – Харьков: Вища школа, 1975. – 191 с.
44. Севрюков А.П. Хищение имущества: криминологические и уголовно-правовые аспекты. – М.: Изд-во «Экзамен», 2004. – 352 с.
45. Семикіна Л.О. Вимагання за Кримінальним кодексом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2011. – 20 с.
46. Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 185 с.
47. Токарчук Р.Е. Насилие и его роль в составах насильственных хищений. – М.: УМиИЦ «Учебная литература», 2011. – 212 с.
48. Філей Ю.В. Кримінально-правові санкції та їх застосування за злочини проти власності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2005. – 232 с.
49. Чумаченко Т.А. Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання (ст. 188-1 КК): кримінально-правова характеристика: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 223 с.
50. Шарапов Р.Д. Криминальная гипносуггестия: криминологические и уголовно-правовые аспекты // Государство и право. – 2004. – № 11. – С. 44-51.
51. Швець А.Ю. Предмет злочинів проти власності у кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 20 с.
52. Шейфер С.А., Клепицкий И.А. Имущественные преступления в семье: материально-правовой и уголовно-процессуальный аспекты // Государство и право. – 2001. – № 6. – С. 50-56.
53. Шуляк Ю.Л. Кримінальна відповідальність за шахрайство: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 20 с.
54. Яни П. Постановление Пленума Верховного Суда о квалификации мошенничества, привоения, растраты: объективная сторона преступления // Законность. – 2008. – № 4. – С. 14-20.
55. Яни П. Постановление Пленума Верховного Суда о квалификации мошенничества, привоения, растраты: умысел, корыстная цель, специальный субъект // Законность. – 2008. – № 5. – С. 14-18.
56. Яни П. Постановление Пленума Верховного Суда о квалификации мошенничества, привоения, растраты: проблемы разграничения и совокупности // Законность. – 2008. – № 6. – С. 12-16.



## ГЛАВА 9

## ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

## 9.1. Загальна характеристика злочинів у сфері господарської діяльності

Відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності передбачена нормами, об'єднаними у розділ VII Особливої частини чинного КК<sup>1</sup>. КК 2001 р. по-іншому вирішує питання про родовий об'єкт низки кримінально караних діянь. Так, до злочинів у сфері господарської діяльності віднесені деякі посягання, які раніше на законодавчому рівні розглядались як злочини проти держави і відповідальність за які була передбачена статтями 70, 79, 80-3 і 80-4 КК 1960 р. (контрабанда, виготовлення або збут підроблених грошей чи цінних паперів, порушення законодавства про бюджетну систему, видання нормативних актів, які змінюють доходи і видатки бюджету всупереч встановленому законом порядку). Злочини, передбачені ст. ст. 157–163-1 КК 1960 р. (порушення ветеринарних правил, незаконна порубка лісу, незаконне полювання, порушення законодавства про континентальний шельф тощо), з огляду на їх екологічну спрямованість, цілком виправдано не визнаються посяганнями у сфері господарської діяльності і розцінюються як злочини проти довкілля, відповідальність за які встановлена у розділі VIII Особливої частини КК 2001 р. Також у цьому Кодексі закономірно не знайшлося місця заборонам, за допомогою яких раніше забезпечувалась кримінально-правова охорона соціалістичної системи господарювання (наприклад, норми про відповідальність за спекуляцію, одержання незаконної винагороди від громадян за виконання робіт, пов'язаних з обслуговуванням населення, порушення правил торгівлі). Як справедливо зазначає М.В. Талан, за новелами кримінальної відповідальності за господарські злочини можна простежити історію економічного розвитку держави, визнати пріоритети її економічної політики<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Виділення економічних злочинів у самостійний розділ Особливої частини КК є характерною ознакою країн, що представляють «східну гілку» романо-германської правової системи, тобто колишніх і теперішніх соціалістичних країн (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 226).

<sup>2</sup> Талан М.В. Система преступлений в сфере экономической деятельности // Налоговые и иные экономические пре-

Пов'язана з ухваленням КК 2001 р. зміна умов законодавчої регламентації кримінальної відповідальності за діяння, які визнавались раніше і визнаються наразі господарськими злочинами, загалом зводиться до таких моментів: 1) у чинному КК законодавець відмовився від конструювання кримінально-правових норм з адміністративною преюдицією<sup>3</sup>; 2) запроваджено інші параметри показників, які характеризують предмети і суспільно небезпечні наслідки злочинних посягань; 3) замість словосполучення «підприємницька діяльність» у тексті розділу VII Особливої частини КК здебільшого вживається зворот «господарська діяльність».

На підставі Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» (далі – Закон від 15 листопада 2011 р.) із КК України було виключено 16 статей – ст. ст. 202, 203, 207, 208, 214, 215, 217, 218, 220, 221, 223, 225, 226, 228, 234 і 235. Прийняття цього Закону стало чи не найбільшим реформуванням вітчизняного КК за весь час його чинності. Подібна об'ємна декриміналізація сталася у 1992 р., коли було скасовано кримінальну відповідальність одразу за 18 діянь. Щоправда, тоді це було виправдано: початок 90-х років минулого століття був часом кардинальної зміни економічної системи, проголошення переходу до ринкової моделі розвитку суспільства. Цього явно не спостерігалось у 2011 р., коли наш законодавець забажав змінити існуючу ситуацію в державі, пов'язану з підвищеним рівнем криміналізації господарських правопорушень,

ступлення. Сб. науч. статей. Вып. 3 / Под ред. Л.А. Кругликова. – Ярославль: Яросл. гос. ун-т, 2001. – С. 33.

<sup>3</sup> Кроком назад у цьому плані стала ст. 209-1, яка була включена до КК на підставі Закону від 16 січня 2003 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України» і мала назву «Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом». Чинна редакція ч. 1 цієї статті КК, не містячи вказівки на *повторне* неподання певної інформації і *повторне* подання завідомо недостовірної інформації, не є кримінально-правовою нормою з адміністративною преюдицією.

випадками зловживань з боку правоохоронних органів, погіршенням інвестиційного клімату в державі та зниженням підприємницької активності населення.

Як зазначає Н.О. Гуторова, аналіз 16 статей, виключених із КК, показує, що переважна більшість із них належала до числа так званих «мертвих» норм, які або взагалі протягом декількох років не застосовувались, або їх застосування мало поодинокий характер. Значною мірою це було обумовлено різким зростанням НМДГ, що виступає в КК розрахунковою одиницею для обчислення розміру заподіяної шкоди або вартості предмету злочину<sup>4</sup>. Так, дані Державної судової адміністрації України за 2010 рік демонструють наступне: за статтями, виключеним з КК, було засуджено: за ст. 202 – 8 осіб; за ст. 203 – 819; за ст. 207 – 5; за ст. 208 – 3; за ст. 215 – 20; за ст. 235 – 11, а за статтями 214, 217, 218, 220, 221, 223, 225, 226, 228, 234 – нікого. Отже, більшість скасованих статей «не працювала». Враховуючи викладене, виключення з КК України вказаних 16 статей навряд чи суттєво зменшить тиск правоохоронних органів на суб'єктів господарювання, хоч саме така мета декларувалась ініціаторами розглядуваних законодавчих змін.

Частково ми погоджуємось із здійсненою декриміналізацією. Візьмемо, наприклад, ст. 214 КК («Порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння»). Фактично злочином на підставі цієї норми КК визнавалось невиконання договірної зобов'язання, допущене суб'єктом господарювання, який здійснює діяльність у сфері обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння на підставі отриманої у встановленому порядку ліцензії. І такий цивільно-правовий делікт не поєднувався з наявністю будь-якої криміноутворюючої ознаки на кшталт насильства, заїсності або обману. Тому ст. 214 КК України могла розцінюватись як порушення принципу економії кримінально-правової репресії, який передбачає, що до криміналізації тієї чи іншої поведінки варто звертатись лише у тому випадку, коли бракує інших правових важелів впливу на неї.

Разом з тим ситуація, наприклад, із скасуванням ст. 207 КК («Ухилення від повернення виручки в іноземній валюті») менш однозначна. Ставлення до цієї кримінально-правової норми як до яскравого прикладу пережитку адміністративно-командної системи радянського управління або антиринкового припису –

<sup>4</sup> Гуторова Н.О. Щодо гуманізації відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 142.

вияву економічно невиправданої, помилкової криміналізації, що обмежує самостійність суб'єктів господарювання, видається дещо поверховим. Річ у тім, що залежно від стану валютної кон'юнктури і на різних історичних етапах майже всі країни світу застосовували і застосовують різноманітні валютні обмеження. Навіть у країнах із розвинутою ринковою економікою здійснюване державою правове регулювання валютного ринку, повідомляє І.А. Клепицький, включає в себе кримінальні та адміністративні санкції<sup>5</sup>. Видається, що у вітчизняного законодавця за умов проведеної на початку 90-х років минулого століття лібералізації ЗЕД були вагомими підстави для криміналізації приховування валютної виручки як форми нелегальної втечі капіталів. Нормалізація ситуації в сфері оподаткування, загальне поліпшення інвестиційного клімату, стабільність законодавства і подальший рух по шляху ринкових реформ дозволить з часом інтегрувати вітчизняну економіку у світове господарство і стимулювати такі цивілізовані форми капіталовкладень за кордон, як експортні кредити та легальні прямі інвестиції. В Україні мають бути створені умови, за яких приховане вивезення капіталів за кордон втратить для резидентів економічне значення, а, отже, відпаде потреба у кримінально-правових заходах впливу на учасників ЗЕД<sup>6</sup>.

На підставі Закону від 15 листопада 2011 р. КпАП був доповнений низкою нових адміністративно-правових заборон, які механічно відтворили диспозиції тих норм, яких позбувся КК. Одним із результатів такого переведення декриміналізованих діянь в розряд адміністративних проступків стало те, що деякі склади цих проступків включають діяння, які передбачені КК як окремі різновиди злочинів. Наприклад, ст. 135-1 КпАП («Підроблення проїзних квитків і знаків поштової оплати») явно

<sup>5</sup> Клепицький І.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – С. 416.

<sup>6</sup> Цікаво, що скасування Центральним банком РФ з квітня 2006 р. обов'язкового продажу резидентами валютної виручки, на думку окремих російських авторів, позбавляє сенсу існування ст. 193 КК РФ, якою передбачено відповідальність за неповернення з-за кордону коштів в іноземній валюті (Лопашенко Н.А. Уголовная политика. – М.: Волтерс Клаувер, 2009. – С. 122; Смоляков П. Уголовная ответственность за невозвращение из-за границы средств в иностранной валюте // Законность. – 2007. – № 2. – С. 34). Водночас інші дослідники висловлюються за збереження у КК цієї заборони, зважаючи на те, що у зв'язку із несприятливою економічною кон'юнктурою відповідні валютні обмеження для учасників ЗЕД знову можуть бути запроваджені, а, отже, вказана кримінально-правова заборона у майбутньому може знадобитись (Соловьев О.Г. К вопросу о конструировании бланкетной диспозиции уголовно-правовой нормы // Уголовно-правовая защита конституционных прав человека (к 15-летию Конституции России). Сборник материалов между. науч.-практ. конференции, 26-27 мая 2009 г. – СПб., 2009. – С. 377-380).

перегукується зі ст. 358 КК, яка визнає злочином підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів. Карані раніше за ст. 221 КК («Незаконні дії у разі банкрутства»), а наразі передбачені ст. 166-16 КпАП фальсифікація, приховування чи знищення документів, які відображають господарську чи фінансову діяльність суб'єкта господарської діяльності, за наявності підстав можуть кваліфікуватись за ст. 357, ст. 358 або ст. 366 КК<sup>7</sup>.

Частково виключені з КК статті становили собою спеціальні норми з відносно невеликими санкціями, які своїм існуванням «стримували» застосування інших, більш суворих норм КК. Так, завідома неправдива офіційна заява службової особи суб'єкта господарської діяльності про фінансову неспроможність виконання вимог з боку кредиторів і зобов'язань перед бюджетом до скасування ст. 218 КК («Фіктивне банкрутство») тягнула кримінальну відповідальність лише за умови, що це заподіяло матеріальну шкоду у 500 і більше НМДГ; санкція ст. 218 КК передбачала покарання у виді штрафу від 750 до 2000 НМДГ або обмеження волі до трьох років. Скасована ст. 218 КК була спеціальною нормою відносно ст. 366 КК (у частині вчинення злочину службовою особою) або ст. 358 КК (при вчиненні загальним суб'єктами). Тому рішення законодавця в цій частині відкриває можливість притягнення до відповідальності за фіктивне банкрутство незалежно від розміру заподіяної шкоди, а в разі, якщо діяння вчинене службовою особою, і шкода перевищуватиме 250 НМДГ, покарання згідно ч. 2 ст. 366 КК буде призначене у т.ч. від двох до п'яти років позбавлення волі з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю<sup>8</sup>.

З точки зору дотримання принципу гуманізму, що охоплює забезпечення прав людини кримінальним законодавством, вельми сумнівним слід визнати виключення з КК ст. 235, яка визнавала злочином недотримання вимог щодо подальшого використання приватизованого

<sup>7</sup> Як це не дивно звучить, але щодо розмежування цих правопорушень (та інших подібних ситуацій) при бажанні можна дійти діаметрально протилежних висновків залежно від того, з якого правила ми будемо при цьому виходити: 1) або з ніким поки що не скасованою ч. 2 ст. 9 КпАП, відповідно до якої адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою кримінальної відповідальності (пріоритет кримінально-правових заборон); 2) або з колізійного правила «усі неузгодженості в законі вирішуються на користь особи, діяння якої кваліфікується», легальною основою якого вважається конституційний принцип презумпції невинуватості (застосуванню підлягають адміністративно-правові норми).

<sup>8</sup> Гуторова Н.О. Вказана праця. – С. 143.

об'єкта чи інших обов'язкових умов щодо приватизації, встановлених законами та іншими нормативно-правовими актами. Якщо раніше винній особі загрожувало кримінальне покарання у вигляді штрафу від ста до чотирьохсот НМДГ або виправних робіт на строк до двох років, то тепер лише адміністративне стягнення у вигляді штрафу (ст. 166-14 КпАП)<sup>9</sup>.

У висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності)», пізніше ухваленого як Закон від 15 листопада 2011 р., вказувалось, що декриміналізації мають зазнати лише діяння, передбачені статтями 207, 214, 218, 220, 221, 223, 228, 234 КК України, які не містять кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак. Такі ознаки, як вчинення діяння у значному, великому чи особливо великому розмірі, заподіяння великої матеріальної шкоди і вчинення діяння з використанням службового становища, вказують на підвищену суспільну небезпеку протиправних діянь. Відтворення цих кваліфікуючих ознак у складах адміністративних проступків не бере до уваги те, що КпАП не оперує подібними ознаками. І це цілком виправдано, зауважували експерти, адже вчинення діяння за цих обставин свідчить про наявність у ньому ознак суспільної небезпеки, а, отже, в силу вимог статті 11 КК, таке діяння має визнаватися злочином.

Нелогічним видається і вилучення із КК норм про відповідальність за порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг (ст. 202), зайняття забороненими видами господарської діяльності (ст. 203), які є загальними щодо інших норм, залишених у структурі розділу VII Особливої частини КК (ст. ст. 203-1, 203-2, 204, 213).

Адже, наприклад, суспільна небезпека незаконних операцій з металобрухтом на порядок нижча від здійснення, наприклад, діяльності з надання фінансових послуг чи професійної діяльності на ринку цінних паперів без отримання спеціального дозволу чи набуття статусу фінансової установи. Діяльність «фінансових пірамід» у державі однозначно продукує більш небезпечні наслідки, ніж незаконна діяльність з металобрухтом<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Гацелюк В.О. Про ризики гуманізації та (де)криміналізації // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 108-109.

<sup>10</sup> Медицький І.Б. Нові витки розвитку вітчизняної кримінально-правової політики // Теоретичні та прикладні



За частотою криміналізації у світі склади економічних злочинів поділяють на три групи: 1) діяння, які так чи інакше криміналізовані у всіх або майже всіх країнах (зокрема, незаконні дії при банкрутстві, податкові злочини, контрабанда, фальшування грошей); 2) діяння, які криміналізовані у переважній більшості країн (наприклад, відмивання злочинних доходів, незаконне отримання і розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю, незаконне використання товарного знаку, незаконна організація і порушення порядку проведення азартних ігор, лихварство); 3) діяння, криміналізовані лише в окремих країнах (монополістичні дії та обмеження конкуренції, комерційний підкуп, порушення правил бухгалтерського обліку, порушення валютних операцій, обман споживачів тощо)<sup>11</sup>.

Повертаючись до аналізу чинних кримінально-правових заборон, відзначимо, що диспозиції норм КК України, присвячених злочинам у сфері господарським злочинам, носять *бланкетний характер*<sup>12</sup>. Як специфічний прийом законодавчої техніки бланкетність, як відомо, дозволяє не загроможувати текст КК положеннями регулятивного законодавства, ґрунтується на системному характері права і взаємозв'язку його галузей і норм, відповідає вимогам стабільності, гнучкості і компактності КК, сприяє зменшенню кількості оціночних ознак у КК. Однак передусім саме через зв'язок відповідних норм КК із положеннями регулятивного законодавства (величезного за обсягом, суперечливого і вкрай нестабільного) проблематика кримінальної відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності вважається однією з найскладніших у курсі Особливої частини кримінального права України. Тезу про кричущу нестабільність вітчизняного регулятивного законодавства, положення якого мають безпосереднє відношення до застосування аналізованих кримінально-право-

вих заборон, проілюструємо таким чином. Ухвалення 2 грудня 2010 р. ПК, з огляду на чітко виражений бланкетний характер кримінально-правової заборони, закріпленої у ст. 212 КК, призвело до уточнення або навіть перегляду багатьох вироблених доктриною і практикою підходів щодо кримінально-правової оцінки порушень податкового законодавства. Існування кримінально-правових норм із бланкетними диспозиціями призводить до того, що чимало ознак складів злочинів (у т.ч. господарських) визначається не лише КК, а й іншими нормативними актами, які не є законом про кримінальну відповідальність і серед яких можуть зустрічатись як закони, так і підзаконні акти<sup>13</sup>.

Ставлення до назви розділу VII Особливої частини КК («Злочини у сфері господарської діяльності») не може бути однозначним. З одного боку, законодавцю можна закидати те, що ця назва, не відображаючи родовий об'єкт відповідних злочинів як основу побудови Особливої частини КК, чітко не показує, які саме відносини поставлені під охорону за допомогою кримінально-правових норм, об'єднаних у вказаний розділ КК. Невдалість назви останнього посилюється, якщо виходити з того, що у сфері господарської діяльності можуть бути вчинені злочини, які не є власне господарськими (наприклад, комерційний підкуп, службове підроблення, шахрайство, привласнення або розтрата майна). З іншого боку, назву розділу VII Особливої частини КК певною мірою можна виправдати, якщо мати на увазі, які досить різнопланові посягання виявились об'єднаними в одне ціле у цьому розділі. Розглядуваний розділ – вельми штучне й еkleктичне утворення, а тому запропонувати вдалу й однозначну класифікацію господарських злочинів вельми складно (щоб не сказати – неможливо).

**З об'єктивної сторони** переважна більшість злочинів у сфері господарської діяльності вчиняються шляхом дії (наприклад, виготовлення підроблених грошей, контрабанда, легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом, шахрайство з фінансовими ресурсами). Об'єктивна сторона окремих злочинів у сфері господарської діяльності може виражатись і в бездіяльності (умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації доходів, одер-

проби сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 305.

<sup>11</sup> Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 228–229.

<sup>12</sup> Бланкетна диспозиція норми КК, називаючи або частково описуючи склад злочину, для з'ясування повного змісту його ознак зобов'язує правозастосувача звертатись до норм інших галузей законодавства, які конкретизують (деталізують, уточнюють) ці ознаки. Із бланкетного способу викладення кримінально-правової заборони логічно випливає вимога конкретизації обвинувачення – необхідність зазначення у процесуальних документах чинних на момент скоєння злочину нормативних актів та інших джерел некримінального законодавства, порушених винною особою.

<sup>13</sup> Так, на результативність кримінально-правової протидії інсайдерським зловживанням, здійснюваної на підставі ст. 232-1 КК, негативним чином впливала, зокрема, та обставина, що у прийнятому у 2006 р. у порядку делегування повноважень законодавцем рішенні Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку «Про визначення інформації, яка належить до інсайдерської» закріплювався занадто вузький перелік відповідних відомостей (про це йтиметься § 9.2 підручника).

жаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, приховування інформації про діяльність емітента тощо). Серед розглянутих злочинів зустрічаються злочини з формальним складом (зокрема, незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, фіктивне підприємництво, порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом), матеріальним складом (доведення до банкрутства, ухилення від сплати податків і зборів, незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару тощо), а також із формально-матеріальним складом (наприклад, незаконне використання інсайдерської інформації).

**Суб'єктивна сторона** злочинів у сфері господарської діяльності, як правило, характеризується умислом. При цьому обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони окремих злочинів є мотив або мета (наприклад, обов'язковою ознакою виготовлення підроблених грошей виступає мета збуту, а обов'язковою ознакою дій, спрямованих на отримання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, – мета розголошення чи іншого використання цих відомостей).

**Суб'єкт** частини злочинів у сфері господарської діяльності є спеціальним (службова особа суб'єкта господарської діяльності, фізична особа – підприємець, особа, яка зобов'язана сплачувати податки і збори, особа, якій комерційна або банківська таємниця стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, тощо).

Залежно від видового (підгрупового) об'єкта<sup>14</sup> злочини у сфері господарської діяльності, передбачені розділом VII Особливої частини КК України, пропонуються класифікувати таким чином:

1) **злочини проти системи грошового обігу та фондового ринку** (ст. ст. 199, 200,

222-1, 223-1, 223-2, 224, 232-1, 232-2);

2) **злочини проти системи оподаткування і системи загальнообов'язкового державного соціального страхування** (ст. ст. 204, 212, 212-1, 216);

3) **злочини проти бюджетної системи** (ст. ст. 210, 211);

4) **злочини проти порядку переміщення предметів через митний кордон України** (ст. 201);

5) **злочини проти порядку зайняття господарською діяльністю** (ст. ст. 203-1, 203-2, 205, 206, 209, 209-1, 213, 227);

6) **злочини проти прав кредиторів** (ст. ст. 219, 222);

7) **злочини проти засад добросовісної конкуренції** (ст. ст. 229, 231, 232);

8) **злочини проти порядку приватизації** (ст. 233).

Умовність запропонованої класифікації полягає в тому, що окремі господарські злочини посягають на кілька видових (безпосередніх) об'єктів, а поміщені тільки в одну класифікаційну групу. Наприклад, шахрайство з фінансовими ресурсами віднесено до злочинів проти прав кредиторів, хоча в тій частині, в якій цей злочин полягає у незаконному одержанні пільг щодо податків або спробі їх одержання, він є посяганням на систему оподаткування. Злочин, передбачений ст. 216 КК, завдає шкоди не тільки системі оподаткування, адже його предметом, крім марок акцизного збору, є контрольні марки для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм тощо і голографічні захисні елементи. Злочин, передбачений ст. 229 КК і віднесений нами до засад злочинів проти добросовісної конкуренції, водночас і передусім є посяганням на встановлений порядок охорони і використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів і послуг<sup>15</sup>.

Завершуючи загальну характеристику злочинів у сфері господарської діяльності, звернемо увагу і на те, що приписи регулятивного законодавства не дозволяють визнавати господарськими частину відносин, охоронюваних нормами Розділу VII Особливої частини КК. Відповідно до ч. 1 ст. 3 ГК під *господарською* розуміється *діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва*, спрямована на

<sup>14</sup> Видовий (підгруповий) об'єкт злочинів в юридичній літературі визначається як підгрупа близьких, подібних соціальних благ, що входить у більш широку групу однорідних, однопорядкових цінностей. Видовий об'єкт – це об'єкт виду (підгрупи) дуже близьких за характером злочинів (Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении. Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. – М.: ЗЕРЦАЛО, 1999. – С. 209). Видовий об'єкт сприяє виділенню тих невеликих груп відносин, на які посягають однорідні господарські злочини. Виділення окремих підгруп (видів) господарських злочинів надає системі більшу стрункність, посилює її практичну значущість (Тацій В.Я. Ответственность за хозяйственные преступления. Объект и система. – Х.: Вища школа, 1984. – С. 87-88). Займаючи проміжне становище між родовим і безпосереднім об'єктами, будучи частиною родового об'єкта і знаходячись з останнім у співвідношенні «вид-рід», видовий об'єкт дає змогу виокремити специфічні групи злочинних посягань на близькі, взаємопов'язані відносини.

<sup>15</sup> Про інші класифікації злочинів у сфері господарських злочинів див., наприклад: Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 13-21; Радутний О.Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю: Монографія. – Х.: Ксилон, 2008. – С. 66-74.

виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність.

Сказане стосується, наприклад, відносин, пов'язаних зі сплатою податкових і страхових внесків, а також приватизаційних відносин. Адже, наприклад, при тому, що роль суб'єктів господарювання – платників податків у наповненні державної скарбниці є визначальною, обов'язок сплачувати внески, що входять у систему оподаткування, покладається чинним законодавством на осіб – учасників як господарських, так і трудових і цивільно-правових відносин. Відповідний зарубіжний досвід є неоднозначним, а тому апелювати до нього можуть прибічники різних підходів щодо вдосконалення системи Особливої частини КК. Існують щонайменше три основні групи країн, кримінальне законодавство яких по-різному визначає місце норм про відповідальність за податкові делікти: 1) країни, в яких відповідальність за ці злочини регламентується в межах структурних частин КК, присвячених караності злочинів проти фінансової системи (наприклад, Болгарія, Грузія, Литва); 2) країни, в яких норми про податкові злочини розміщені у главах (розділах) КК про відповідальність за економічні злочини (Азербайджан, Білорусь, Вірменія, Естонія, Казахстан, Китай, Молдова, РФ, Узбекистан тощо); 3) країни, в яких податкові злочини визнаються різновидом майнових посягань (зокрема, Аргентина, Данія, Норвегія, Швейцарія). У деяких країнах кримінальна відповідальність за податкові правопорушення або принаймні за переважну їх більшість встановлена не у кримінальних кодексах, а в нормативних актах податкового законодавства (це, зокрема, Польща, США, ФРН).

Насамкінець зауважимо: на наше переконання, даремно сподіватись на те, що зміна послідовності викладу відповідних норм у тексті КК дозволить поліпшити ефективність кримінально-правової протидії порушенням податкового, бюджетного, конкурентного, приватизаційного та іншого регулятивного законодавства, так чи інакше пов'язаного з економічною діяльністю.

## **9.2. Злочини проти системи грошового обігу та фондового ринку**

**Виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою збуту або збут підроблених грошей, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї (ст. 199 КК). Ст. 199 чинно-**

го КК є відображенням на законодавчому рівні фальшивомонетництва – проблеми, з якою людство має справу ще з тих часів, коли натуральний товарообмін був замінений на грошовий обмін. В історії, як відомо, траплялись випадки, коли фальшуванням грошей займались не просто окремі приватні особи, а цілі держави, які у такий спосіб намагались послабити економіку своїх суперників. Можна згадати хоча б операцію під кодовою назвою «Бернгард», яку у роки другої світової війни провела проти Великобританії фашистська Німеччина. За допомогою ув'язнених із концтабору Заксенхаузен – колишніх типографських працівників, художників, граверів і банківських службовців вдалося налагодити виробництво фальшивих фунтів стерлінгів, які через територію третіх країн запускались в обіг. Врешті-решт уряд Британської імперії, не спроможний вилучити всі підробки з обігу, був змушений піти на повну заміну грошових знаків Англійського банку.

Будучи одним із найдавніших злочинних посягань, небезпека і соціально-етична докірливість якого цілком очевидні, заборони на фальшування грошей традиційно займають своє місце у кримінальних кодексах зарубіжних держав, а не в актах законодавства іншої галузевої належності (господарського, фінансового тощо), що є характерним для багатьох інших економічних деліктів<sup>16</sup>.

**Суспільна небезпека** аналізованого злочину полягає в тому, що це діяння ускладнює регулювання грошового обігу, посилює інфляцію, посягає на монополію держави на емісію певних предметів, знижує довіру членів суспільства до грошових знаків, перешкоджає розвитку фондового ринку, погіршує макроекономічну ситуацію, здатне заподіяти майнову шкоду державі, фізичним та юридичним особам. Злочинні дії з підробленою іноземною валютою порушують встановлений порядок виконання Україною міжнародно-правових зобов'язань.

З приводу небезпеки відповідних посягань для фінансового благополуччя держави в юридичній літературі слушно зазначається, що фальшування грошей, відсутність золотовалютного запасу, економічне знищення суб'єктів господарювання (банкрутство, рейдерство) і бюджетний дефіцит – все це рано чи пізно призведе до втрати політичного суверенітету будь-якої країни

<sup>16</sup> У кримінальних кодексах Австрії, Ізраїлю, ФРН, Швейцарії та Японії норми про фальшування грошей і суміжні діяння виділені в самостійні розділи (глави) у межах Особливої частини, тобто законодавець вбачає існування для цих діянь особливого родового об'єкта посягання (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 238).



без зовнішнього воєнно-агресивного втручання<sup>17</sup>.

Цікаво, що в дореволюційній кримінально-правовій доктрині караність фальшування грошей обґрунтовувалась не з точки зору захисту фіскальних інтересів держави, інтересів казни, а з погляду теорії громадської довіри до грошових знаків як знарядь економічного обороту, що випускаються та охороняються державою. Стверджувалось, що введення на ринок фальшивих грошових знаків, особливо у значній кількості, загальною підриває у суспільстві довіру до цих знаків з огляду на труднощі відрізнити фальшиві грошові знаки від справжніх, у зв'язку з чим належне укладання майнових угод гальмується, зростає ризик у справах, а, отже, розмір відсотків на капітал; інакше кажучи, коливається нормальний плін всього економічного обороту<sup>18</sup>.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 199 КК, є встановлений порядок випуску та обігу готівкових грошей і білетів державної лотереї як складова фінансової системи України, фондовий ринок у частині встановленого порядку виготовлення та обігу державних цінних паперів, а **додатковим об'єктом** – власність. Близьким до наведеного визначення основного безпосереднього об'єкта є висловлювання О.О. Кашкарова про поліоб'єктність злочину, передбаченого ст. 199 КК, який (залежно від предмета злочину) пропонується визнавати посяганням на грошову систему України або іншої держави, кредитні відносини і бюджетну систему України, фінансові відносини<sup>19</sup>.

Фальшування грошей належить до числа конвенційних злочинів, значною мірою (проте не повністю) носить міжнародний характер. Підписана 20 квітня 1929 р. у Женеві і ратифікована ЦВК СРСР 3 травня 1931 р. Міжнародна конвенція по боротьбі з підробкою грошових знаків є чинною для України на підставі Закону від 12 вересня 1991 р. «Про правонаступництво України». Під грошовими знаками Женевська конвенція розуміє паперові гроші, включаючи банківські білети, і металеву монету, що беруть участь в обігу в силу закону. Визначення предмета злочину у КК за рахунок додаткової вказівки у ст. 199 на державні цінні папери і білети державної лотереї є більш широким, тобто в цій частині національний законодавець вимушений долати цілком зрозумілу обмеженість

міжнародно-правового документа, прийнятого більш як 80 років тому назад.

*Предметом* злочину є підроблені: 1) національна валюта України у виді банкнот чи металеві монети; 2) іноземна валюта – іноземні грошові знаки у виді банкнот, казначейських білетів і монет; 3) державні цінні папери; 4) білети державної лотереї.

Принагідно зауважимо, що у доктрині суперечливо вирішується питання про те, чим слід визнавати предмети, перераховані у диспозиції ч. 1 ст. 199 КК, – предметом передбаченого цією статтею злочину або засобом його вчинення<sup>20</sup>.

Оскільки для кваліфікації за ст. 199 КК необхідно, щоб відповідні предмети були підробленими, цією кримінально-правовою заборною не охоплюються випадки випуску в обіг грошових знаків, відмінних від офіційної грошової одиниці, при тому, що і такі дії здатні завдати шкоди системі грошового обігу конкретної країни, руйнують бюджет, призводять до економічного сепаратизму окремих територій. Не випадково ст. 32 Закону України «Про Національний банк України» забороняє випуск та обіг на території України інших, крім гривні, грошових одиниць і використання грошових сурогатів як засобу платежу. Прийняття службовою особою рішення про випуск в обіг неофіційних грошових знаків як дія, що явно виходить за межі наданих їй повноважень, за наявності всіх ознак складу злочину має кваліфікуватись за ст. 365 (365-1) КК як перевищення влади або службових повноважень

<sup>20</sup> Так, Є.В. Лашук, відносячи предмет злочину до факультативних ознак об'єкта злочину, матеріальні цінності, певні діяння з якими становлять загрозу для суспільства та окремих громадян і які вилучені з цивільного обороту (у т.ч. підроблені гроші), називає матеріальними антиблагами. Вони (негативні цінності), як і матеріальні блага – позитивні цінності, належать до предметів злочинів (Лашук Є.В. Предмет злочину в кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., – 2005. – С. 12). Як вважають харківські правознавці, при вчиненні низки злочинів шкода об'єкту злочину заподіюється шляхом безпосереднього впливу не на предмет, а на соціальний зв'язок як елемент охоронюваних законом відносин. У деяких випадках не лише наявність, а й відсутність предмета злочину або додержання щодо нього особливого правового режиму визнається свідченням нормального функціонування зазначених відносин (Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-е вид. переробл. і допов. – К.: Право, 2010. – С.103-104; Гуророва Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 96).

Інша наукова позиція полягає в тому, що предмети, які не входять до структури охоронюваних відносин, але з певними властивостями яких закон пов'язує наявність ознак складу конкретного злочину (це стосується і підроблених грошей), треба визнавати засобом вчинення злочину (див., наприклад: Фесенко Є.В. Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони: Монографія – К.: Атіка, 2004. – С. 74-76); Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження / Колектив авторів. За заг. ред. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова. – Х.: Вид-во «Кроссрод», 2008. – С. 75).

<sup>17</sup> Лапшин В.Ф. Финансовые преступления. – М.: Юриформ, 2009. – С. 5-6.

<sup>18</sup> Белогриц-Котляревский А.С. Учебник русского уголовного права. Общая и Особенная части. – К., 1903. – С. 598.

<sup>19</sup> Кашкаров О.О. Проблеми кваліфікації злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: Монографія. – Х.: Вид-во «Формат Плюс», 2008. – С. 66-67.

(перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права).

Для порівняння: ст. 442-4 КК Франції передбачає покарання за запуск в обіг будь-якого недозволеного грошового знаку з метою заміни монет або банкнот, що офіційно обертаються у Франції. В історичному аспекті цікаво нагадати, що проблема неофіційних грошових знаків знаходила оригінальне, так би мовити, класове відображення в юридичній літературі 20-х років минулого століття. У коментарі до ст. 85 КК УСРР 1922 р., присвяченої фальшуванню грошей, зазначалось, що не є кримінально караним підроблення грошових знаків Денікіна та інших контрреволюційних урядів<sup>21</sup>.

Підроблені банкноти (монети) – це банкноти (монети), що виготовлені будь-яким способом, включаючи промисловий, усупереч установленому законодавством України порядку та імітують (фальсифікують) справжні банкноти (монети), введені НБУ в обіг. Згідно з підпунктом 1.2 Правил визначення платіжності та обміну банкнот і монет Національного банку України, затверджених постановою Правління НБУ від 17 листопада 2004 р. № 547, до підроблених належать також перероблені банкноти (монети), на яких будь-яким способом (наклеюванням, малюванням, друкуванням тощо) змінені зображення, що визначають номінал, рік затвердження зразка (виготовлення), банк-емітент, інші реквізити та елементи дизайну та які за зовнішнім виглядом можуть бути сприйняті як справжні банкноти (монети). Фальшивими слід вважати і ті банкноти, один бік яких є справжнім, а інший – підробленим.

*Національна валюта України* – це грошова одиниця України, якою є гривня (ст. 99 Конституції України). Готівка перебуває в обігу у вигляді грошових знаків – паперових банкнот номінальною вартістю 1, 2, 5, 10, 20, 50, 100, 200 і 500 грн. та металевих монет номінальною вартістю 1, 2, 5, 10, 25 та 50 копійок і 1 грн.

*Іноземна валюта* – це іноземні грошові знаки у вигляді банкнот, казначейських білетів і монет. Відповідно до ст. 5 Міжнародної конвенції по боротьбі з підробкою грошових знаків 1929 р. держави – її учасниці у протидії фальшивомонетництву не повинні встановлювати різні каральні заходи залежно від того, вчинено підроблення національних або іноземних грошових знаків. Однак окрема вказівка у ст. 199 КК на іноземну валюту пояснюється не лише виконанням Україною взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань і тим, що у структурі су-

часного фальшування грошей значну питому вагу складає підроблення саме іноземної валюти. Виготовлення підробленої іноземної валюти, яка використовується у міжнародних розрахунках та обмінюється на вітчизняні грошові знаки, врешті-решт завдає шкоди фінансовій системі України, а, отже, має тягнути кримінальну відповідальність. Визнає іноземну валюту предметом фальшування грошей і зарубіжний законодавець.

Так, у ст. 387 КК Іспанії, розміщеній у главі I («Про фальшування грошей і підроблення штемпельних товарів») розділу XVIII («Про фальсифікації») зазначається, що до національної валюти прирівнюються гроші Європейського Союзу та іноземні гроші. Ст. 6 глави 14 КК Швеції (назва глави – «Про злочини, пов'язані з фальсифікацією») встановлює відповідальність за підроблення банкноти або монети, яка перебуває в обігу як у межах, так і за межами Королівства. § 152 КК ФРН передбачає, що §§ 146–151 цього Кодексу, присвячені відповідальності за підроблення грошових знаків, цінних паперів, знаків оплати, їх збут і використання, а також за підготовку до підроблення, застосовуються також щодо грошей, знаків оплати і цінних паперів іноземної валютної зони.

Дії особи, яка виготовила підроблену іноземну валюту, мають кваліфікуватись за ст. 199 КК незалежно від того, до якої групи Класифікатора НБУ належить підроблена іноземна валюта<sup>22</sup>, а також, чи є країна, грошові знаки якої підроблюються, учасницею Женевської конвенції 1929 р. Принаймні наш кримінальний закон з цього приводу ніяких застережень не містить. Водночас та обставина, чи є країна, валюта якої фальсифікується, учасницею вказаної Конвенції, має значення для вирішення питання про чинність КК у просторі, а саме для реалізації універсального принципу дії кримінального закону. Відповідно до ст. 8 КК іноземці або особи без громадянства, які не проживають постійно в Україні та які вчинили злочини за її межами, підлягають відповідальності за КК у випадках, передбачених міжнародними договорами.

<sup>22</sup> Відповідно до Класифікатора іноземних валют, затвердженого постановою Правління НБУ в редакції постанови від 2 жовтня 2002 р. № 378, іноземні валюти поділяються на три групи: 1) вільно конвертовані валюти, які широко використовуються для здійснення платежів за міжнародними операціями та продаються на головних валютних ринках світу (австралійські долари, англійські фунти стерлінгів, долари США, швейцарські франки, японські єни, євро тощо); 2) вільно конвертовані валюти, які широко не використовуються для здійснення платежів за міжнародними операціями та не продаються на головних валютних ринках світу (зокрема, білоруські рублі, естонські крони, ізраїльські нові шекелі, казахстанські тенге, латвійські лати, молдавські леї, польські злоті, російські рублі, турецькі ліри, китайські юані); 3) неконвертовані валюти (наприклад, таджицькі сомони, туркменські манати).

<sup>21</sup> Уголовный кодекс советских республик. Текст и постат. комментарий под. ред. С. Канарского. 2-е изд. – К.: Госиздат Украины, 1925. – С. 193.

Звідси випливає, що у тому разі, коли вказані особи (принцип громадянства стосовно них не діє) за кордоном (територіальний принцип «не спрацьовує») вчинили підроблення іноземної валюти та інші дії з нею, відповідальність за ст. 199 КК може наставати лише за умови, що країна, чії гроші підроблені, є учасницею Женевської конвенції 1929 р. В інших випадках має вирішуватись питання про застосування екстрадиції (ст. 10 КК).

У п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 12 квітня 1996 р. № 6 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про виготовлення або збут підроблених грошей чи цінних паперів» роз'яснюється, що національні та іноземні грошові знаки визнаються предметом розгляданого злочину лише тоді, коли вони: 1) перебувають в обігу і є законним платіжним засобом на території України або відповідної іноземної держави; 2) вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обміну на грошові знаки, які введено в обіг. Збут підроблених грошових знаків, які вилучені з обігу і не підлягають обміну на грошові знаки, що вводяться в обіг, і мають лише колекційну цінність (зокрема, монет старої чеканки, грошей, скасованих грошовими реформами), може розглядатись як шахрайство. Таким же чином вирішувалось це питання у дореволюційній літературі. В ній зазначалось, що підроблення таких, що вийшли з обігу, історичних монет і асигнацій, якщо воно становить засіб обману іншого і виманювання його майна, може дати місце застосуванню постанов про шахрайство<sup>23</sup>.

*Державними є цінні папери*, емітентом яких виступає держава в особі уповноважених нею органів: вона від свого імені випускає цінні папери і бере на себе зобов'язання, що впливають з умов їх емісії. До них можуть бути віднесені, зокрема, державні облігації України, казначейські зобов'язання України, приватизаційні цінні папери, деякі векселі (наприклад, векселі Державного казначейства України).

На думку А.М. Ришелюка, оскільки органи місцевого самоврядування відповідно до Конституції України є органами, через які народ здійснює свою суверенну владу, то при розгляді і вирішенні питань кримінально-правового характеру вони мають розглядатись як децентралізовані елементи держави. З огляду на це, облігації місцевих позик, які випускаються цими органами, також слід відносити до державних цінних паперів<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Фойницький І. Мошенничество по русскому уголовному праву. Часть II. – С.-Петербург, 1871. – С. 270.

<sup>24</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.:

Враховуючи однак закріплену у Конституції України та інших законодавчих актах відокремленість органів місцевого самоврядування від держави, а так само те, що емітентом облігацій місцевої позики виступає відповідна Рада, яка і повинна виконувати відповідні обов'язки за рахунок коштів місцевих бюджетів, треба зробити висновок, що виготовлення з метою збуту, збут або використання іншим чином підроблених облігацій місцевої позики як недержавних цінних паперів треба кваліфікувати не за ст. 199, а за ст. 224 КК<sup>25</sup>. Так само вважають В.М. Киричко та О.І. Перепелиця<sup>26</sup>.

У ст. 273 Модельного Кримінального кодексу держав – учасниць СНД йдеться про виготовлення, зберігання з метою збуту і збут будь-яких підроблених цінних паперів. Подібний варіант вирішення проблеми охорони сфери обігу цінних паперів у КК цілком узгоджувався б із закріпленою у чинному законодавстві рівноправністю всіх форм власності і рівністю усіх суб'єктів права власності перед законом (ст. 13 Конституції України), враховував би те, що держава, емітуючи цінні папери, бере участь у зобов'язальних правовідносинах і виступає як суб'єкт цивільного права. Держава у цьому випадку виступає як повноцінний учасник господарської діяльності, позбавленої будь-якої імперативності і спрямованої на залучення позичкових коштів (див., наприклад, схвалену розпорядженням КМУ від 25 березня 2009 р. № 316-р Концепцію розвитку внутрішнього ринку державних цінних паперів України на 2009-2013 роки).

Тому важко погодитись з думкою Н.О. Гуторової підтримати рішення законодавця щодо чіткого розмежування в різних статтях КК відповідальності за посягання на державні і недержавні (приватні) фінанси, а саме щодо виокремлення ст. 224 КК, присвяченої незаконним діям із недержавними цінними паперами. Цікаво, що в іншому місці своєї монографії науковець цілком справедливо зазначає, що за умов

Юридична думка, 2012. – С. 569.

<sup>25</sup> Показово, що в цивілістичній літературі цінні папери залежно від емітента поділяються на державні цінні папери, цінні папери органів місцевого самоврядування і цінні папери приватних осіб (Гедзюк О. Державні цінні папери як інструмент акумулювання грошових коштів до державного бюджету // Підприємництво, господарство і право. – 2012. – № 1. – С. 106). Свого часу (20 жовтня 1999 р.) ДКЦПФР роз'яснила, що державними визнаються цінні папери, випущені відповідно до законодавства України, емітентами яких є *центральні органи державної влади та управління, що здійснюють фінансово-кредитну діяльність*.

<sup>26</sup> Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 285.



ринкової економіки при здійсненні господарської діяльності повинні бути забезпечені рівні умови для всіх суб'єктів господарювання – як для держави, так і для юридичних і фізичних осіб<sup>27</sup>.

Положення про необхідність однакової кримінально-правової охорони сфери обігу державних і недержавних цінних паперів, а також білетів лотереї підтримала І.В. Сингаївська. У порядку реалізації цієї ідеї авторка запропонувала виключити з диспозиції ст. 199 КК зворот «державні цінні папери чи білети державної лотереї», а також виключити термін «державні» з диспозиції ст. 224 КК і водночас доповнити останню терміном «білети лотереї»<sup>28</sup>.

*Білетом державної лотереї* є документ суворого обліку, виготовлений за ліцензією Мінфіну України, який дає право особі взяти участь у державній лотереї – розігруванні відповідного призу та отримати цей приз у власність у разі визнання гравця переможцем. Підроблення білетів недержавних лотерей з метою збуту чи з метою отримання за ними незаконного виграшу слід кваліфікувати як готування до шахрайства<sup>29</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 199 КК, полягає у таких діях: 1) виготовлення підробленої національної валюти України у вигляді банкнот чи металевих монет, іноземної валюти, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї; 2) зберігання; 3) придбання; 4) перевезення; 5) пересилання; 6) ввезення в Україну або 7) збут вказаних підроблених предметів.

Поняття *виготовлення* підроблених грошових знаків, державних цінних паперів і білетів державної лотереї охоплює як повну імітацію вказаних предметів, так й істотну фальсифікацію справжніх грошей, державних цінних паперів і лотерейних білетів. Часткове підроблення може

<sup>27</sup> Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України. – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 79, 186.

<sup>28</sup> Сингаївська І.В. Кримінально-правова та кримінологічна характеристика фальшивомонетництва: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2008. – С. 5, 9-10; Сингаївська І.В. Фальшивомонетництво в Україні: кримінально-правовий та кримінологічний аспекти: Монографія. – Луганськ: Віртуальна реальність, 2010. – С. 58, 99-100, 106-107, 194, 205, 303. О.О. Кашкаров також висловлюється за створення однієї кримінально-правової норми, яка б забезпечувала однаково кримінально-правову охорону сфери випуску та обігу цінних паперів незалежно від того, яка особа виступила емітентом (Кашкаров О.О. Проблеми кваліфікації злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: монографія. – Х.: Вид-во «Формат Плюс», 2008. – С. 28, 155, 166).

<sup>29</sup> Взагалі лотерея – це масова гра незалежно від її назви, умовами проведення якої передбачається розіграш призового фонду між її гравцями, приз в якій має випадковий характер і територія проведення якої не обмежується одним приміщенням (будівлею) (ст. 1 ПК).

полягати, наприклад, у переробці цифрового та буквеного номіналу справжньої банкноти, зміні номера або серії облігації, підробленні підпису або відбитку печатки на цінному папері.

Спосіб виготовлення підроблених предметів, не впливаючи на кваліфікацію за ст. 199 КК, має значення для усунення причин і умов, які сприяють вчиненню цього злочину. Цікаво, що ст. 127 Кримінального уложення Росії 1903 р., регламентуючи відповідальність за підроблення монети, цінних паперів і знаків, передбачала можливість призначення більш м'якого покарання у тому випадку, коли злочин вчинювався способом, що не створював небезпеки значного поширення підробок.

У криміналістичній літературі до найбільш поширених способів виготовлення фальшивих грошових знаків відносяться такі прийоми: 1) спосіб поліграфічного друку – характеризується виготовленням відповідних форм (кліше банкнот) і отриманням з їх допомогою відбитків; вважається найбільш небезпечним, оскільки дозволяє забезпечувати високий рівень схожості фальшивок з оригіналом, а також виготовлення підроблених грошей у великій кількості; 2) спосіб копіювання – передбачає розм'якшення фарби справжнього грошового знаку та отримання з нього відбитку, спочатку дзеркального, а потім нормального; 3) фотографічний спосіб – ґрунтується на фотографуванні справжніх банкнот; 4) спосіб малювання<sup>30</sup>. В сучасних умовах широкое розповсюдження отримав електрографічний спосіб, заснований на використанні комп'ютерів, сканерів, повнокольорової копіювально-розмножувальної техніки.

*У Методичних рекомендаціях «Виявлення, документування та розслідування злочинів, передбачених статтею 199 КК (фальшивомонетництво)», розроблених Головним слідчим управлінням МВС у 2004 р., наводиться приклад виготовлення підроблених купюр номіналом 50 доларів США. Для виготовлення фальшивок використовувалася копіювальний апарат. З отриманих копій 50-доларових банкнот вирізались основні зображення (текстові, цифрові, портрет американського політичного діяча), які наклею-*

<sup>30</sup> Криміналістика: Расследование преступлений в сфере экономики / Под ред. В.Д. Грабовского, А.Ф. Губина. – Ниж. Новгород, 1995. – С. 117-118. Про способи виготовлення підроблених грошей див. також: Ніколаюк С.І., Никифорчук Д.Й., Матвійчук В.В. та ін. Протидія фальшивомонетництву: Науково-практичний посібник. – К.: КНТ, 2007. – С. 18-22.

Державним науково-дослідним експертно-криміналістичним центром МВС України вилучені фальшиві купюри залежно від способу їх виготовлення розподілені на виготовлені струменово-крапельним, електрофотографічним, фотографічним, електрофаксовим, різнографічним, мальованим, поліграфічним (із використанням плоских друкарських форм) способом або шляхом комбінування названих способів.

вались на справжні купюри номіналом 5 доларів США. Для маскування слідів аплікації купюри розмальовувались кольоровими олівцями.

Істотними ознаками підроблених грошових знаків, зокрема, визнаються: відсутність водяних знаків, рельєфних зображень, оптичного ефекту, ультрафіолетового, інфрачервоного та магнітного захистів, інших захисних елементів; поява на лініях згину банкнот білих смуг, що є результатом обсипання фарби; проступання під шаром фарби структури паперу; однакові серії і номери на банкнотах; відсутність напівтонів у зображенні, його блідість або розпливчастість; неможливість прочитати мікротексти, деформація дрібних елементів; невідповідність цифрового номіналу буквеному та іншим зображенням на банкноті; розбіжність малюнків на лицьовому та зворотному боках купюри; наявність цяточок-«марашок» у місцях, вільних від зображення.

Цікаво, що з недавнього часу Банк Росії поділяє підробки рублевих банкнот за ступенем небезпеки. Небезпечними вважаються фальшиві грошові білети, на яких правдоподібно імітовано не менше трьох органолептичних ознак справжності. Меншу небезпеку становлять підробки, на яких якісно відтворено одну або дві ознаки, а також менш прості, однак масові підробки. Такими, що не є небезпечними, вважаються примітивні копії банкнот, розпізнати які може будь-яка людина, котра має мінімальні знання про те, як виглядає справжня банкнота<sup>31</sup>.

У п. 12 постанови Пленуму ВСУ від 12 квітня 1996 р. № 6 роз'яснюється, що аналізований склад злочину потрібно вбачати і в діях тієї особи, яка свідомо придбаває підроблені гроші чи державні цінні папери з метою їх наступного збуту і для надання їм більшої подібності із справжніми предметами вносить додаткові зміни, які створюють можливість перебування фальшивок в обігу.

*Вироком Дніпропетровського обласного суду П., К. і К-го було засуджено за ст. 79 КК 1960 р. Ці особи, придбавши у нествановленої слідством особи 1900 підроблених доларів США, з метою їх наступного збуту додатково підробили 100-доларові купюри: імітували захист у вигляді наклейки, намалювали волокна червоного, синього і зеленого кольорів, а також обробили всі купюри металевим порошком. Судова колегія у кримінальних справах ВСУ виключила з обвинувачення вказівку на виготовлення фальшивих грошей, мотивуючи свою позицію тим, що засуджені придбали вже підроблені долари, а здійснене ними незначне поліпшення зовнішнього вигляду фальшивих купюр фактично не вплину-*

*ло на їх якість*<sup>32</sup>.

Оскільки кримінально-правова оцінка дій особи, яка поліпшила якість підроблених грошових знаків для надання їм більш достовірного вигляду і подальшого збуту, має даватись із посиланням на ст. 199 КК, позиція суду першої інстанції, який інкримінував засудженим підроблення іноземної валюти, є більш переконливою.

В аспекті кращого розуміння вжитого у ст. 199 КК терміну «виготовлення» потребує окремого розгляду питання про відмежування аналізованого злочину від шахрайства. Для кваліфікації дій винного за ст. 199 КК треба встановити, що підроблені гроші, державні цінні папери або білети державної лотереї мають істотну схожість з відповідними оригіналами за формою, розміром, кольором, основними реквізитами. При цьому у судовій практиці враховуються: 1) художнє оформлення грошового знака чи державного цінного паперу, яке передбачає певний ступінь завершення зображення, а саме відповідного орнаменту і наявності основних реквізитів (портрет, барельєф, пам'ятник) та їх узгодженість із словами і цифрами, які визначають номінал грошового знака чи цінного паперу; 2) якість відтворення, котра передбачає такий ступінь графічної та кольорової точності зображення, який дає винній особі підставу вважати можливим перебування виготовлених нею предметів в обігу (п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 12 квітня 1996 р. № 6).

У тих випадках, коли очевидна невідповідність виготовленого грошового знака, державного цінного паперу або білета державної лотереї відповідному оригіналу виключає участь підробки в обігу, а інші обставини справи свідчать про те, що умисел винної особи був спрямований лише на обман окремих громадян з метою заволодіння їх майном, такі дії мають кваліфікуватись за ст. 190 КК як шахрайство. Інакше кажучи, якщо у пересічного громадянина сумніви у справжності того чи іншого предмета не можуть не виникнути, кваліфікація вчиненого за ст. 199 КК виключається. Наприклад, це може бути збут підробленого грошового знака за умов, що ускладнюють виявлення підробки (у темну пору доби, особі з вадами зору, малолітньому або особі у стані сильного сп'яніння тощо) чи у розрахунок на елементарну неухважність або недосвідченість потерпілого, який має лише приблизне уявлення про те, як насправді виглядає той чи інший предмет.

*Так, у 2005 р. у Донецькій області злочинці на-*

<sup>31</sup> Юров А.В., Лютов В.В. Фальшивомонетництво: текущие тенденции и их оценка // Деньги и кредит. – 2006. – № 12. – С. 9.

<sup>32</sup> Верещак В.М. Питання, що стосуються розгляду кримінальних справ про фальшивомонетництво // Коментар судової практики в кримінальних та адміністративних справах. Постанови Пленуму Верховного Суду України (1995–1997). – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 9.

магались вручити пенсіонерам, вимагаючи у них здачу, купюри номіналом у 5000 грн. із зображенням тодішнього Прем'єр-Міністра України Ю.В. Тимошенко. Не утворюють складу злочину, передбаченого ст. 199 КК, а мають розцінюватись як шахрайство дії «умільця», який з перуанських і словенських банкнот виготовляв євро і був викритий власницею одного з магазинів Кривого Рогу, що повідомила в міліцію про підозрілі 50 євро та їхнього власника<sup>33</sup>.

Для інкримінування ст. 199 КК не вимагається повна схожість фальшивки з оригіналом, адже, наприклад, окремі захисні елементи просто не можуть бути сприйняті органами чуттів людини без спеціальних пристроїв. Водночас лише за наявності високого рівня схожості з оригіналом підробка здатна потрапити в грошовий обіг, функціонувати там більш-менш тривалий час, завдаючи тим самим шкоди фінансовій системі.

Таким чином, вирішальну роль для правильної кваліфікації вчиненого відіграє оцінка можливості участі підробки в обігу поряд із справжніми предметами. З цього приводу дореволюційний криміналіст О.В. Лохвицький писав, що визначити межу, де закінчується незграбна робота, а де розпочинається справжня підробка, де закінчується шахрайство, а де розпочинається злочинне фальшування монети або кредитних білетів, заздалегідь неможливо; це є питанням факту, повністю залежним від розсуду суду<sup>34</sup>. Інший дореволюційний науковець Л.С. Білогриць-Котляревський допускав певну грубуватість підробки, яка однак не повинна була виходити за мінімальні межі схожості фальшивки із справжнім грошовим знаком і була здатна ввести в оману не якогось невігласа, а звичайну людину<sup>35</sup>. А.Н. Трайнін розглядав загальну зовнішню схожість підроблених грошей із справжніми як ознаку фальшивомонетництва. Стверджувалось, що без такої схожості мета використати фальшиві гроші як справжні є недосяжною, у зв'язку з чим відповідальність мала наставати хіба що за шахрайство<sup>36</sup>.

У п. 8 постанови Пленуму ВСУ від 12 квітня 1996 р. № 6 зазначається, що у випадку збуту іноземної валюти, в якій підроблено лише циф-

ровий номінал купюри, дії того, хто її збув, також треба кваліфікувати як шахрайство. Обіг іноземної валюти із неузгодженими між собою цифровим та буквеним номіналами не здатен заподіяти шкоди фінансовій системі, однак може призвести до протиправного і безоплатного заволодіння майном окремих громадян. Так само має вирішуватись питання стосовно підроблення національної валюти України, адже будь-який громадянин знає, яким чином має виглядати справжня гривня, а тому випадки підробки лише цифрового та (або) буквеного номіналів без зміни на банкнотах інших зображень не повинні кваліфікуватись за ст. 199 КК.

Про досить унікальний випадок, показовий з точки зору відмежування фальшування грошей від шахрайства, писав Б.В. Волженкін. Під час розслідування однієї кримінальної справи у Санкт-Петербурзі було встановлено, що особи намагалися збути підроблені 100-доларові купюри США нового зразка, які із зовнішнього боку нічим не відрізнялись від справжніх, за винятком однієї обставини. У лівому нижньому куті підроблених банкнот дрібним шрифтом англійською мовою було надруковано: «Це не є грошовими засобами, законними засобами платежу»<sup>37</sup>. Поділяючи висновок Б.В. Волженкіна про те, що наявність такого «стороннього» напису на банкнотах кримінально-правову оцінку вчиненого як фальшування грошей виключає, все ж зазначимо, що пересічний громадянин чи то України, чи то Росії не зобов'язаний знати англійську мову, а також орієнтуватись у тому, як саме виглядає той чи інший президент США, будівля Капітолію, Казначейства США, Білого Дому або Палацу Незалежності.

Варто звернути увагу на те, що ні ст. 79 КК 1960 р., ні ст. 199 чинного КК не визнає ступінь подібності підроблених предметів до справжніх грошей, державних цінних паперів і лотерейних білетів ознакою складу розглядуваного злочину. І викладена вище позиція з питання його відмежування від шахрайства, яка, як було показано, не є новою для кримінального права, – результат судового і доктринального тлумачення закону<sup>38</sup>.

Злочин у формі виготовлення підроблених

<sup>33</sup> Прем'єр – справжня. Купюра – фальшива // Голос України. – 22 липня 2005 р.; Карпюк Г. Якщо банкноти схожі, як «дві краплі води», – це фальшивка! // Юридичний вісник України. – 13–19 листопада 2010 р. – № 46.

<sup>34</sup> Лохвицький А. Курс русского уголовного права. – СПб., 1871. – С. 477–478.

<sup>35</sup> Білогриць-Котляревский Л.С. Учебник русского уголовного права. Общая и Особенная части. – К., 1903. – С. 602–604.

<sup>36</sup> Трайнин А.Н. Уголовное право. Часть Особенная. – М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1927. – С. 152.

<sup>37</sup> Волженкин Б.В. Преступления в сфере экономической деятельности (экономические преступления). – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 375–376.

<sup>38</sup> У доктрині існує точка зору, згідно з якою випадки грубого підроблення мають визнаватись непридатним заманом на виготовлення підроблених грошей або цінних паперів (Примаченок А.А., Кашевский В.А. Ответственность за изготовление либо сбыт поддельных денег или ценных бумаг // Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции: сб. науч. трудов / редкол.: В.М. Хомич и др. – Минск: БГУФК, 2009. – С. 162–169).



грошових знаків, державних цінних паперів і білетів державної лотереї визнається *закінченим* з моменту виготовлення хоча б одного грошового знака, цінного папера чи лотерейного білета незалежно від того, чи вдалося винному здійснити збут фальшивки. Такий підхід зумовлений тим, що зробити висновок про ступінь схожості підробки з оригіналом, а, отже, дати правильну кримінально-правову оцінку вчиненому можна лише після фактичного отримання хоча б одного підробленого предмета.

Як готування до злочину, передбаченого ст. 199 КК, можуть розцінюватись, наприклад, такі дії, як закупівля матеріалів для виготовлення фальшивок (паперу, фарби, реактивів тощо), придбання або пристосування спеціальної техніки (пресів, фотоапаратури, комп'ютерів, копіювально-розмножувальної техніки тощо), пошук і вивчення фахової літератури, отримання відповідних консультацій, виготовлення форм та інших пристосувань для підроблення грошей і цінних паперів.

Під *зберіганням* підроблених грошей, державних цінних паперів і білетів державної лотереї (триваючий злочин) розуміються умисні дії, пов'язані із перебуванням вказаних предметів у володінні винного (він може тримати їх при собі, у будь-якому приміщенні, сховищі тощо, але у будь-якому разі під своїм контролем). На кваліфікацію за ст. 199 КК не впливає час і місце зберігання підробок, а також те, чи є особа, яка їх зберігає, власником цих предметів.

*Придбання* – це отримання винним підроблених грошей, цінних паперів або лотерейних білетів будь-яким способом (купівля, отримання в обмін на інші предмети, одержання як оплати за виконання роботи тощо). Злочином за ст. 199 КК є лише таке придбання, за якого особа усвідомлює підроблений характер набутих нею предметів і робить це для того, щоб надалі запустити їх в обіг поряд і під виглядом справжніх грошей, цінних паперів чи лотерейних білетів.

Вчинене з метою збуту викрадення підроблених грошей, державних цінних паперів або білетів державної лотереї при усвідомленні особою їх несправжності також слід кваліфікувати як придбання вказаних предметів за ст. 199 КК<sup>39</sup>.

*Перевезення* полягає у переміщенні їх транспортом (наземним, водним, повітряним) з одного місця в інше як у межах території України, так і за цими межами. Для визнання перевезення підробок злочином не має значення, чи є особа власником або користувачем транспортного засобу (наприклад, пасажиром), як не має значен-

ня і спосіб транспортування, і відстань, на яку перевезено предмети.

*Пересилання* – це переміщення зазначених предметів шляхом відправлення поштою, багажем, посильним або іншим способом з одного місця в інше без супроводження особи, котра здійснює пересилання. Злочин у цій формі вважається *закінченим* з моменту відправлення відповідного багажу, листа чи посылки незалежно від того, чи отримав їх адресат. Якщо злочин не був доведений до кінця з незалежних від винного причин (наприклад, останнього було затримано під час оформлення квитанції на відправлення посылки, бандеролі чи вантажного контейнера), його дії мають розцінюватись як замах на вчинення злочину. Разом з тим очевидно, що у поведінці цього винного вбачається щонайменше така форма об'єктивної сторони караного за ст. 199 КК злочину, як зберігання підробок. У юридичній літературі обґрунтовано, що пересилання фальшивок є своєрідним способом їх відчуження, а, отже, різновидом збуту<sup>40</sup>.

*Ввезенням* в Україну треба визнавати переміщення підробок через державний кордон України на її територію з використанням будь-яких транспортних засобів. Більш логічною була б вказівка у ст. 199 КК на переміщення відповідних предметів через державний кордон України, поняттям якого охоплювалось б і вивезення підробок з України.

*Збут* – це оплатне або безоплатне відчуження підроблених грошей, державних цінних паперів і білетів державної лотереї незалежно від способу (використання як засобу платежу, продаж, розмін, обмін, дарування, передача у борг або у рахунок погашення боргу, програш в азартних іграх тощо). Поняттям збуту охоплюються і випадки відчуження підробок особам, які усвідомлюють несправжність отримуваних ними предметів.

*Як придбання, зберігання і перевезення з метою збуту, а так само збут підробленої іноземної валюти, вчинені за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 199 КК), розцінив Шевченківський районний суд м. Чернівці дії К. і К-а, які, отримавши за виконану роботу 65 підроблених купюр номіналом 100 доларів США кожна, зберігали їх дома, а згодом продали О. 27 вказаних купюр за 900 доларів США<sup>41</sup>.*

Не охоплюються поняттям збуту випадки, коли особа, яка володіє підробками, з огляду на ті чи інші обставини (наприклад, внаслідок викрадення), втрачає їх. Однак за наявності до цього підстав вона може притягуватись до

<sup>39</sup> Сингаївська І.В. Фальшивомонетництво в Україні: кримінально-правовий та криминологічний аспекти: Монографія. – Луганськ: Віртуальна реальність, 2010. – С. 120.

<sup>40</sup> Там само. – С. 139-140.

<sup>41</sup> Архів Шевченківського районного суду м. Чернівці. Справа № 1-185 за 2006 р.

відповідальності за ст. 199 КК за зберігання певних предметів з метою збуту. Не можна розглядати як збут викидання підробок, у т.ч. у загальнодоступних місцях, їх знищення.

Невдалу спробу сплатити за товар за допомогою підроблених грошових знаків або обміняти їх на іноземну валюту треба визнавати замахом на злочин, передбачений ст. 199 КК.

*Саме замахом на збут підробленої національної валюти (ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 199 КК) визнав Мукачівський міськрайонний суд Закарпатської області дії особи, яка, знаючи про те, що наявна у нього грошова банкнота номіналом 50 грн. є підробленою, намагався за допомогою цієї купюри купити дві пляшки пива, але не довів злочин до кінця, оскільки бармен кафе виявив ознаки підробки, повернув її власнику, повідомивши про цей факт працівників міліції<sup>42</sup>.*

Водночас слід брати до уваги те, що злочин, передбачений ст. 199 КК, є злочином з альтернативними діями. У випадку вказівки на кілька альтернативних дій злочин, як відомо, вважається закінченим з моменту повного виконання хоча б однієї дії, що виключає кримінально-правову оцінку як замаху на злочин іншої з таких дій, виконаної лише частково. У зв'язку з цим якщо невдалу спробу сплатити за товар за допомогою підроблених грошових знаків або обміняти їх на іноземну валюту вчинила особа, яка, наприклад, виготовила фальшивку, скоєне є закінченим злочином – виготовленням підроблених грошей з метою збуту, а невдала спроба збуту включається в обсяг обвинувачення і враховується при призначенні покарання у межах такої загальної засади призначення покарання, як врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину.

*Первомайський міськрайонний суд Харківської області за ч. 1 ст. 199 і ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 199 КК кваліфікував дії особи, яка, придбавши п'ять підроблених купюр номіналом 50 грн., за допомогою однієї з них намагалась придбати білет у приміській залізничній касі, однак не змогла цього зробити, оскільки касир виявила підробку, в результаті чого особа була затримана працівниками міліції<sup>43</sup>.*

Інкримінування засудженому, крім ч. 1 ст. 199 КК, ще й ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 199 КК означає ніщо інше, як штучне створення сукупності злочинів там, де насправді вона відсутня.

Збут підроблених грошей, державних цінних паперів і білетів державної лотереї може супроводжуватись заподіянням майнової шкоди чужій власності. У судовій практиці панує підхід, згідно

з яким вчинене у подібних випадках з урахуванням специфіки об'єкта аналізованого злочину, охоплюється диспозицією ст. 199 КК. У п. 15 постанови Пленуму ВСУ від 12 квітня 1996 р. № 6 з цього приводу роз'яснюється, що заволодіння особою внаслідок збуту підроблених грошей чи державних цінних паперів чужим майном додаткової кваліфікації за статтями про відповідальність за злочини проти власності не потребує. Наявність такого факту підвищує ступінь суспільної небезпеки вчиненого і має враховуватись судом при призначенні покарання. Вважається, що матеріальна шкода, яка заподіюється внаслідок проведення розрахункових операцій за участю підробки, є невіддільною від функціональних властивостей грошей як законного засобу платежу, а тому не потребує самостійної кримінально-правової оцінки.

Інший підхід до вирішення розглядуваної проблеми кваліфікації полягає в тому, що у випадку обманного заволодіння чужим майном внаслідок збуту підробленого грошового знаку, державного цінного паперу або білету державної лотереї винний завдає шкоди двом різним об'єктам – фінансовій системі і власності. При цьому вказані об'єкти не знаходяться між собою у відносинах підлеглості і жоден з них не є частиною іншого. Відсутні підстави для того, щоб стверджувати, що шкода, заподіяна власнику майна, входить у комплекс негативних наслідків, передбачених ст. 199 КК, а суспільна небезпека фальшування грошей включає в себе елемент шахрайського посягання на чужу власність. Не можна не враховувати і різницю у законодавчих конструкціях складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 199 КК, перший з яких є матеріальним, а другий побудований як формальний склад. Таким чином, обманне заволодіння чужим майном внаслідок збуту підроблених грошових знаків, державних цінних паперів або білетів державної лотереї не охоплюється досліджуваною кримінально-правовою нормою, утворюючи ідеальну сукупність злочинів, передбачених ст. ст. 199, 190 КК.

Поділяючи такий підхід, С.С.Тучков запропонував п. 15 постанови Пленуму ВСУ від 12 квітня 1996 р. № 6 викласти у такій редакції: «Заволодіння особою внаслідок збуту підроблених грошей, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї чужим майном потребує додаткової кваліфікації за статтями, які передбачають відповідальність за викрадення цього майна»<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Архів Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області. Справа № 1-158 за 2007 р.

<sup>43</sup> Архів Первомайського міськрайонного суду Харківської області. Справа № 1-9 за 2009 р.

<sup>44</sup> Тучков С.С. Підроблення як спосіб вчинення злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 13. Про аргументи на користь наведеної наукової позиції, а так само її контраргументи див., зокрема: Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний

**Суб'єкт** аналізованого злочину – загальний.

У порядку реалізації універсального та реального принципів чинності КК у просторі (ст. 8 КК) за ст. 199 КК у певних випадках можуть відповідати іноземці та особи без громадянства, які не проживають постійно в Україні та які вчинили аналізований злочин за межами України.

За збут підроблених грошей, державних цінних паперів і білетів державної лотереї до відповідальності мають притягуватись три категорії осіб: 1) ті, хто виготовляє підробки, або їх співучасники; 2) особи, які спеціально отримують фальшивки від підроблювачів для їх розповсюдження; 3) особи, які випадково придбали підроблені гроші, державні цінні папери і лотерейні білети (наприклад, з ними розраховались у такий спосіб за проданий товар), а згодом, усвідомивши їх справжній характер, запускають підробки в обіг. Збут випадковим набувачем одиначної підробленої купюри з урахуванням конкретних обставин справи може розглядатись як малозначне діяння (ч. 2 ст. 11 КК).

З питання про коло осіб, здатних нести кримінальну відповідальність за збут підроблених грошей, в літературі зустрічається і інша точка зору. Так, Ю.В. Солопанов пропонував розмежовувати подальшу передачу підроблених грошей, що вже знаходяться в обігу, та власне збут підроблених грошей. Вказувалось на недоцільність притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які, випадково придбавши підроблену купюру, передають її далі, оскільки такі дії не є запусканням фальшивки в обіг. Крім цього, кримінальне переслідування випадкових набувачів перешкоджає пошуку головних винуватців – підроблювачів грошей та осіб, які займаються їх збутом<sup>45</sup>.

До речі, в Уложенні про покарання кримінальні та виправні 1845 р. (у редакції 1885 р.) передбачалось, що на особу, яка, випадково отримавши фальшиву монету і знаючи достовірно, що вона є фальшивою, не здає її владі, а передає її іншій особі під виглядом справжньої, накладається покарання, встановлене за вчинення шахрайства.

Ст. 386 КК Іспанії встановлює, що той,

посібник. – К.: Атіка, 2001. – С. 78; Склярів С. Как квалифицировать последствия сбыта поддельных денег или ценных бумаг // Российская юстиция. – 2002. – № 10. – С. 47-48; Феоктистов М.В. Совокупности нет, гражданский иск подлежит удовлетворению // Уголовное право. – 2005. – № 4. – С. 140-144; Яни П.С. Ущерб собственнику при фальшивомонетничестве: совокупность с мошенничеством, гражданский иск // Уголовное право. – 2005. – № 4. – С. 135-139; Сингаївська І.В. Фальшивомонетництво в Україні: кримінально-правовий та кримінологічний аспекти: Монографія. – Луганськ: Віртуальна реальність, 2010. – С. 163-169.

<sup>45</sup> Солопанов Ю.В. Ответственность за фальшивомонетничество. Уч. пособие. – М., 1963. – С. 59-62.

хто добросовісно придбаває фальшиві гроші, здійснює їх збут або розповсюдження після того, як взнає про їх фальшивість, карається арештом на строк від дев'яти до п'ятнадцяти вихідних днів і штрафом на суму від шести до двадцяти чотирьох місячних заробітних плат за умови, що вартість підроблених грошей перевищує вказаний у КК показник. Звертає на себе увагу та обставина, що це покарання за суворістю значно поступається покаранням, які мають призначатись особам, котрі збувають або розповсюджують підроблені гроші, діючи у змові з фальшивомонетниками і контрабандистами, та особам, які вводять фальшивки в оборот, спеціально придбавши їх для цього.

Подібним чином вирішує проблему кримінальної відповідальності випадкових набувачів фальшивок КК ФРН. Якщо у § 146 («Підроблення грошових знаків») йдеться про збут як справжніх фальшивих грошей, вчинений тими, хто їх підробив, фальсифікував або придбав з метою збуту, то § 147 («Збут підроблених грошових знаків») встановлює менш суворе покарання для осіб, які в інших випадках, крім перерахованих у попередньому параграфі, збувають підроблені гроші під виглядом справжніх. Істотне пом'якшення кримінальної відповідальності для випадкових набувачів підробок передбачає також ст. 245 КК Болгарії, § 167 КК Данії, ст. 312 КК Польщі. Особливий привілейований склад фальшування грошей, розрахований на тих, хто отримав підробку під виглядом справжнього грошового знаку, виділяє і законодавець Аргентини, Бельгії, Індії, Литви, Сінгапуру<sup>46</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 199 КК, характеризується прямим умислом. Особа, яка фактично запускає в обіг підроблений грошовий знак, державний цінний папір або білет державної лотереї, не усвідомлюючи при цьому справжній характер відповідного предмета (наприклад, вона отримала купюру у магазині як здачу), кримінальній відповідальності не підлягає.

Обов'язковою суб'єктивною ознакою виготовлення, зберігання, придбання, пересилання, ввезення в Україну підроблених грошей, державних цінних паперів і білетів державної лотереї є *мета збуту*. На наявність такої мети можуть вказувати характер обладнання, яке використовується для

<sup>46</sup> Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «ЮрайтИнформ», 2010. – С. 239.

Грунтуючись на принципі справедливості, російська авторка О.І. Кальошина пропонує вдосконалити кримінально-правову норму про фальшування грошей таким саме чином (Калешина О.І. Поддельный документ как предмет и средство совершения преступления: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2006. – С. 23).



виготовлення фальшивок, кількість останніх, характер підготовчих дій, намагання досягти значної подібності підробки із справжніми предметами, відповідна домовленість з особою, яка придбала фальшивки, тощо.

Відсутність мети збуту відповідальність за ст. 199 КК виключає. Наприклад, виготовляючи підроблені гроші, особа демонструє свої здібності як художника, жартує, поповнює власну колекцію, або фальшивки потрібні для досягнення певної корисної мети – для постановки театральної вистави тощо. Подібні дії позбавлені суспільної небезпеки, у зв'язку з чим важко погодитись із пропозицією виключити вказівку на мету збуту зі ст. 199 КК<sup>47</sup>.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину є повторність, вчинення його за попередньою змовою групою осіб або у великому розмірі (ч. 2 ст. 199 КК).

Послідовне вчинення особою дій, альтернативно вказаних у ст. 199 КК, за загальним правилом, не утворює повторності як форми множинності злочинів. Наприклад, незаконне придбання підроблених грошей і наступне їх зберігання та (або) перевезення з метою збуту є елементами одиничного, а не повторного злочину<sup>48</sup>. Альтернативні дії на кшталт тих, що перераховані у ст. 199 КК, з огляду на позицію законодавця, втрачають своє самостійне значення і є лише складовими відповідного одиничного злочину. Водночас якщо самостійний намір на вчинення однієї з альтернативних дій виник в особи після вчинення іншої дії або якщо дії вчинені стосовно різних предметів, вказаних у ст. 199 КК, вчинене є підстави розцінювати як повторність злочинів і, відповідно, кваліфікувати за ч. 2 цієї статті КК.

*Вироком Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області М. засуджений за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 199 і ч. 2 ст. 199 КК (за ознакою повторності). М. визнаний винним у тому, що він незаконно придбав і зберігав з метою збуту підроблені 3000 доларів*

<sup>47</sup> Воробей О. Підробка сучасних паперових грошових знаків // Право України. – 2001. – № 6. – С. 107.

<sup>48</sup> Злочин з альтернативними діяннями – це різновид ускладненого (складного) одиничного злочину, відмінного від множинності злочинів. Якщо має місце єдиний умисел, дії вчинені щодо одного предмета, це – одиничний злочин; незавершеність останньої з дій на кваліфікацію і визнання злочину закінченим не впливає. Див. з цього приводу п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 4 червня 2010 р. № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки», а також Висновки ВСУ, викладені у рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 400-12 КПК України // Вісник Верховного Суду України. – 2012. – № 4. – С. 16-17.

*США, з яких 2000 900 доларів США збув. Підроблені 100 доларів США, які залишились у М. від загальної кількості і зберігались в окремому місці, він після затримання добровільно видав слідчим органам. В ухвалі колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ зазначається, що дії М. у частині окремого зберігання підроблених 100 доларів США не утворюють у цьому разі самостійного складу злочину, а тому висновок міськрайонного суду про вчинення засудженим злочину, передбаченого ч. 2 ст. 199 КК, суперечить вимогам кримінального закону. Вчинене М. охоплюється ч. 1 ст. 199 КК, у зв'язку з чим із судових рішень виключено як зайву вказівку на кваліфікацію дій М. за ч. 2 ст. 199 КК<sup>49</sup>.*

Між учасниками групи – співвиконавцями злочину може існувати розподіл ролей, який на кваліфікацію за ч. 2 ст. 199 КК не впливає. Наприклад, одні співучасники займаються виготовленням підробок, інші обслуговують відповідну техніку, забезпечують сировиною і розробляють технологію, а треті зберігають, перевозять або пересилають виготовлені підробки.

**Особливо кваліфікуючими ознаками** є вчинення злочину організованою групою або в особливо великому розмірі (ч. 3 ст. 199 КК).

Розмір визнається великим, якщо сума підробки у двісті і більше разів перевищує НМДГ, а особливо великим – якщо сума підробки у чотириста і більше разів перевищує НМДГ (примітка до ст. 199 КК).

На нелогічність підходу, наразі закріпленого у примітці до ст. 199 КК, на етапі опрацювання проекту КК 2001 р. вказував М.І. Хавронюк. Слушно зверталась увага на проблематичність визначення вартості підроблених грошей, державних цінних паперів і лотерейних білетів, адже вказані підроблені предмети власної вартості не мають і не можуть мати<sup>50</sup>. У п. 16 постанови Пленуму ВСУ від 12 квітня 1996 р. № 6 також зазначається, що підроблені гроші і цінні папери підлягають знищенню як предмети, що вилучені з обігу і не мають цінності. Кваліфікуючи дії винного за ч. 2 або ч. 3 ст. 199 КК, слід виходити з номінальної вартості підроблених предметів, що, вочевидь, і має бути закріплено у вдосконаленій примітці до ст. 199 КК<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008-2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 499-503.

<sup>50</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2001. – С. 80.

<sup>51</sup> Марко С.І. Кримінально-правова характеристика виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою збуту або збуту підроблених грошей, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів,

*Перекваліфіковуючи дії Ш., Ч., К. і Г., засуджених вироком Бучацького районного суду Тернопільської області за ч. 3 ст. 199 КК, на ч. 2 цієї статті КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ зазначила, що у вирок не наведено закріплених у ч. 3 ст. 28 КК ознак стійкості групи, в яку зорганізувалися засуджені. Вирок районного суду не містить доказів того, що засуджені розробили хоча б у загальних рисах і схвалили план злочинної діяльності, розподілили між собою ролі, вербували нових членів, встановили загальні правила поведінки, прикривали свою діяльність як своїми силами, так і з допомогою сторонніх осіб<sup>52</sup>.*

**Незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення** (ст. 200 КК). Одним із заходів щодо детінізації економіки України вважається зростання ролі і питомої ваги безготівкових розрахунків. З урахуванням того, що використання готівки є сприятливим підґрунтям для ведення тіншового бізнесу, цивілізовані країни намагаються (зокрема, шляхом поширення чекової форми розрахунків і розрахунків за допомогою платіжних карток) максимально зменшити кількість операцій з готівкою та обсяг готівкової маси в обігу. Розвитку ринку платіжних карток сприяє глобальний характер сучасної економіки. Щодня у світі здійснюється операцій з платіжними картками на понад 2,5 трлн. доларів США; щосекунди за допомогою карток здійснюється приблизно 10 тис. операцій<sup>53</sup>.

Прагне не відставати від таких тенденцій і Україна. Так, кількість емітованих платіжних карток, за якими була здійснена хоча б одна операція, у 2003 р. склала 10 млн., у 2004 р. – 16, 6 млн., у 2005 р. – 22,8 млн., у 2006 р. – 25, 2 млн., а у 2007 р. – вже 48,9 млн. карток. Динамічне

2009. – С. 6, 14-15; Сингаївська І.В. Фальшивомонетництво в Україні: кримінально-правовий та криминологічний аспекти: Монографія. – Луганськ: Віртуальна реальність, 2010. – С. 193-194, 205.

При встановленні вартості підробленого цінного паперу окремими дослідниками пропонується враховувати не курсову або номінальну вартість цінного паперу, а правило, яке застосовується в арбітражній практиці, а саме виходити з документа, що підтверджує оплату придбаного цінного паперу (Колчевський І.Б. Содержание бланкетной составляющей диспозиции ст. 186 УК РФ // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19-20 квітня 2012 р., Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 240).

<sup>52</sup> Кримінальне судочинство. – 2007. – Вип. 3. – С. 91-94.

<sup>53</sup> Шахрайство на фінансовому ринку. Практичний посібник з протидії / За ред. В. Феценка. – К.: Українське агентство фінансового розвитку, 2011. – С. 24.

запровадження новітніх електронних платіжних систем, вдосконалення банківських технологій, роблячи більш зручним проведення грошових розрахунків у діловому житті і побуті і скорочуючи витрати з обслуговування готівкового обігу, водночас сприяє поширенню протиправної поведінки, активізує діяльність злочинних угруповань, які спеціалізуються на вчиненні злочинів, пов'язаних з емісією і використанням платіжних інструментів.

За оцінками фахівців, у світовому масштабі за допомогою платіжних карток систем Visa і MasterCard злочинці щорічно завоюють приблизно 5 млрд. доларів США. Вони постійно відшукують країни, які вже мають значні обсяги емісії платіжних карток, але ще не навчилися ефективно боротися із картковими зловживаннями. До таких країн на сьогодні належить Україна, адже у нас продовжують емітуватися платіжні карти із магнітною смугою, які досить легко підроблюються, у той час, як країни Західної Європи, запровадивши нові правила безпеки під час проведення операцій з картами, починаючи з 2005 р. випускають платіжні смарт-карти – «розумні» карти, які замість (або крім) магнітної смуги містять впаяну мікросхему (чїп). «...нині в усьому світі не зафіксовано жодного випадку шахрайства зі смарт-картами»<sup>54</sup>. Разом з тим перехід на нову технологію є економічно невигідним для банків. Адже собівартість смарт-карти щонайменше удвічі вища, ніж собівартість звичайної платіжної картки. До того ж, банки повинні переобладнати всі банкомати і термінали у місцях торгівлі на прийом чїпових карток<sup>55</sup>.

Передбачивши у КК 2001 р. ст. 200, яка встановлює відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення, вітчизняний законодавець не лише продемонстрував своє прагнення забезпечити конкретизований кримінально-правовий захист банківської системи, а й відреагував на виклики часу – появу нових різновидів суспільно небезпечної поведінки у фінансово-кредитній сфері, спроможних завдати значної майнової шкоди організаціям і фізичним особам. Водночас не є секретом те, що населення, банки та інші юридичні особи в Україні наразі досить відчутно потерпають від злочинів, пов'язаних з емісією та обігом

<sup>54</sup> Святненко А. Пірати XXI століття. Україна може стати оплотом шахрайства з платіжними картками // Дзеркало тижня. – 30 квітня 2010 р. – № 17.

<sup>55</sup> Нерсисян А.В. Безопасность применения пластиковых карт – законодательство и практика // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт. Материалы совместного российско-германского стола, 9 октября 2009 г. – М.: МГЮА, 2009. – С. 228.

платіжних інструментів. Так, у листі НБУ від 4 вересня 2008 р. «Щодо безпеки ринку платіжних карток в Україні» повідомлялось, що у 2007 р. кількість шахрайських операцій із використанням платіжних карток порівняно з 2006 р. зменшилась майже вдвічі, однак сума заподіяних при цьому збитків збільшилась на 3 % і склала 1 млн. 235 тис. грн. У 2009 р. кількість шахрайських операцій з використанням платіжних карт, випущених вітчизняними банками, зросла порівняно з 2008 р. у 6,5 разів до 39300 випадків<sup>56</sup>.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 200 КК, є встановлений порядок емісії та обігу платіжних інструментів та інших засобів доступу до банківських рахунків, а *додатковим* – власність (у результаті вчинення аналізованого злочину можуть постраждати майнові інтереси юридичних і фізичних осіб – учасників розрахункових відносин, у т.ч. емітентів і держателів платіжних карток).

На думку М.М. Панова, під безпосереднім об'єктом досліджуваного злочину треба розуміти суспільні відносини у сфері забезпечення безпеки нормального функціонування банківської і кредитно-фінансової систем з емісії та обігу платіжних засобів і майнових прав та інтересів суб'єктів цих систем<sup>57</sup>.

*Предметом* злочину є: 1) документи на переказ; 2) платіжні картки; 3) інші засоби доступу до банківських рахунків.

На відміну від назви ст. 200 КК, у її диспозиції обладнання для виготовлення засобів доступу до банківських рахунків не згадується, а тому самостійним предметом аналізованого злочину воно не визнається. Дії із вказаним обладнанням за наявності до цього підстав можуть розглядатись як готування до підроблення засобів доступу до банківських рахунків і кваліфікуватись за спрямованістю умислу за ст. 14, ст. 200 КК. Заслужує на підтримку пропозиція виключити з назви ст. 200 КК вказівку на обладнання для виготовлення засобів доступу до банківських рахунків<sup>58</sup>.

*Документи на переказ* – це документи у паперовому або електронному вигляді, що використовуються банками чи їх клієнтами для передачі доручень або інформації на переказ грошових коштів між суб'єктами переказу грошових коштів (примітка до ст. 200 КК). Важко зрозуміти логіку нашого законодавця, який дає

кримінально-правове визначення одного з трьох предметів передбаченого цією статтею злочину, що у гірший бік відрізняється від формулювань, наведених у ст. 1 і ст. 16 Закону від 5 квітня 2001 р. «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні», є зайвим з точки зору правозастосування і породжує суперечливі тлумачення КК (зокрема, в частині охоплення диспозицією ст. 200 КК незаконних дій з документами, що використовуються кліринговими та еквайринговими установами для передачі доручень на переказ грошей). Отже, примітку до ст. 200 КК варто виключити.

До документів на переказ належать розрахункові документи, документи на переказ готівки, міжбанківські розрахункові документи, клірингові вимоги та інші документи, що використовуються в платіжних системах для ініціювання переказу.

Розрахунковий документ як предмет злочину, передбаченого ст. 200 КК, – це документ на переказ грошей, що використовується для ініціювання переказу з рахунка платника на рахунок отримувача. Ініціювання переказу здійснюється за розрахунковими документами таких видів: 1) платіжне доручення; 2) платіжна вимога-доручення; 3) розрахунковий чек; 4) платіжна вимога. Легальні дефініції цих понять, а так само платіжної картки наводяться у ст. 1 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні».

Міжбанківський розрахунковий документ як предмет злочину – це документ на переказ, сформований банком на підставі поданих клієнтами розрахункових документів, документів на переказ готівки, а також доручень на договірне списання, передбачених у договорах, укладених між клієнтами та обслуговуючими їх банками.

Клірингова вимога – це документ на переказ, сформований кліринговою установою за результатами клірингу, на підставі якого шляхом списання або зарахування коштів на рахунки членів платіжної системи, відкритих у розрахунковому банку цієї платіжної системи, проводяться взаєморозрахунки між ними<sup>59</sup>.

До документів на переказ готівки належать, зокрема, видаткові і прибуткові касові ордери, грошовий чек, заява про переказ готівки, повідомлення про одержання переказу.

*Платіжна картка* – це спеціальний платіжний засіб у вигляді емітованої в установленому законодавством порядку пластикової чи іншого виду картки, що використовується для

<sup>56</sup> Святненко А. Вказана праця.

<sup>57</sup> Панов М.М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків: Монографія / Наук. ред. д-р юрид. наук, проф., акад. АПрН України В.І. Борисов. – Х.: Право, 2009. – С. 35.

<sup>58</sup> Там само. – С. 72-74.

<sup>59</sup> Клірингом визнається механізм, що включає збирання, сортування, реконсиляцію та проведення взаємозаліку зустрічних вимог учасників платіжної системи, а також обчислення за кожним із них сумарного сальдо за визначений період часу між загальними обсягами вимог та зобов'язань.



ініціювання переказу грошей з рахунка платника або з відповідного рахунка банку з метою оплати вартості товарів і послуг, перерахування грошей зі своїх рахунків на рахунки інших осіб, отримання грошей у готівковій формі в касах банків, пунктах обміну іноземної валюти уповноважених банків та через банківські автомати, а також для здійснення інших операцій, передбачених відповідним договором. Вид платіжної картки, що емітується банком, тип носія ідентифікаційних даних (магнітна смуга, мікросхема тощо), реквізити, що наносяться на неї в графічному вигляді, визначаються платіжною організацією відповідної платіжної системи, в якій ця картка застосовується. Платіжні картки можуть працювати як за дебетовою, так і за кредитною схемою<sup>60</sup>. На території України застосовуються платіжні картки, емітовані членами внутрішньодержавних платіжних систем, та платіжні картки, емітовані членами міжнародних платіжних систем (VISA, MASTER CARD тощо)<sup>61</sup>.

До інших засобів доступу до банківських рахунків треба відносити інші, крім платіжних карток, спеціальні платіжні засоби (наприклад, дорожні та іменні чеки).

У ст. 200 КК документи на переказ і платіжні картки розглядаються як різновиди засобів доступу до банківських рахунків. Такий підхід є вадю кримінального закону, оскільки наводить на думку про те, що предметом злочину не визнаються: 1) платіжні інструменти, які використовуються у небанківських платіжних системах (наприклад, платіжні картки, емітовані небанківськими фінансовими установами); 2) документи на переказ готівкових коштів (при цьому такі документи прямо названі у примітці до ст. 200 КК). З огляду на зазначене, оптимальним визначенням предмета аналізованого злочину видається таке формулювання – «документ на переказ, платіжна картка або інший платіжний інструмент, який не є цінним папером».

Не визнаються предметом злочину, передбаченого ст. 200 КК: 1) векселі та інші цінні папери (їх підроблення має кваліфікуватись за ст. 199 або ст. 224 КК); 2) дисконтні, клубні<sup>62</sup>, телефонні

<sup>60</sup> Дебетовою є платіжна схема, яка передбачає розрахунки за операції з платіжною картою в межах власних коштів клієнта, які обліковуються на його картковому рахунку. Кредитною визнається платіжна схема, яка передбачає виконання розрахунків за операції з платіжною картою в межах наданого банком кредиту.

<sup>61</sup> Положення про порядок емісії платіжних карток і здійснення операцій з їх застосуванням затверджене постановою Правління НБУ від 19 квітня 2005 р. № 137.

<sup>62</sup> Дисконтна (клубна) картка – це картка, яка емітується, розповсюджується нефінансовими установами (компаніями, об'єднаннями покупців, клубами тощо) і яка засвідчує, що її пред'явник має право на одержання відповідних послуг, зniżок від цих установ. Дисконтну картку, яка є своєрідним

картки; 3) не підроблені, а втрачені (наприклад, викрадені) платіжні картки. Справжній документ, на якому відсутні сліди будь-якої підроблення, є антиподом підробленого документа, про використання якого йдеться у ст. 200 КК.

Більш досконалий підхід втілено у ст. 196 КК Китаю, присвяченій шахрайській діяльності з кредитними картками. В ній встановлено відповідальність за використання як підроблених і недійсних карток, так і карток, належних іншим особам, без їх відома.

Якщо шляхом використання чужої непідробленої платіжної картки здійснюється незаконне заволодіння грошовими коштами, вчинене треба кваліфікувати як злочин проти власності. Така ж кримінально-правова оцінка має даватись діям, які полягають у використанні справжньої платіжної картки, отриманої без відома її офіційного держателя, про якого винний зібрав необхідну інформацію.

**Об'єктивна сторона** розглядуваного злочину полягає у: 1) підробленні засобів доступу до банківських рахунків; 2) придбанні, зберіганні, перевезенні, пересиланні з метою збуту підроблених документів на переказ або платіжних карток; 3) збуті чи використанні вказаних підроблених документів або карток.

Від збуту підроблених документів на переказ або платіжних карток треба відрізнити їх передачу іншій особі у тимчасове володіння. Наприклад, передача іншій особі такого предмета для разового використання і наступного повернення може кваліфікуватись за ч. 5 ст. 27, ст. 200 КК як пособництво незаконному використанню цього предмета<sup>63</sup>.

**Підроблення засобів доступу до банківських рахунків** означає як повне виготовлення вказаних засобів, так і фальсифікацію справжніх предметів. Конкретний спосіб підроблення (дописка, зрізування та наклеювання літер і цифр, термічна обробка, переписування магнітної смуги, з використанням спеціального обладнання тощо) визначається тим, який саме платіжний інструмент підроблюється і на якому матеріальному носії він існує (паперовому, електронному, іншому). Способи підроблення платіжних документів докладно описані у криміналістичній літературі<sup>64</sup>. За наявності

засобом економії коштів, немає підстав розглядати як засіб доступу до банківських рахунків, а тому її підроблення може тягнути відповідальність за ст. 358 КК, а також як готування до відповідного злочину проти власності.

<sup>63</sup> Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 26.

<sup>64</sup> Фирсов Е.П. Расследование изготовления или сбыта поддельных денег или ценных бумаг, кредитных либо расчетных карт и иных платежных документов: Монография / Под

підстав підроблення платіжного засобу потребує додаткової кваліфікації за ст. 361 або ст. 362 КК.

Виготовлення предмета, який своїми зовнішніми ознаками лише нагадує розрахункову картку і реально не може бути використаний для одержання доступу до певного банківського рахунку чи до інформації про такий рахунок (наприклад, внаслідок відсутності необхідного для цього електронного пристрою), не містить складу злочину, передбаченого ст. 200 КК<sup>65</sup>. Створення предмета, який не має схожості зі справжнім документом чи платіжною карткою за основними реквізитами, але надає доступ до банківського рахунку, може кваліфікуватись за ст. 361-1 КК як створення шкідливого програмного чи технічного засобу, призначеного для несанкціонованого втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку<sup>66</sup>.

Під використанням підроблених документів на переказ та платіжних карток треба розуміти вчинення з їх допомогою різноманітних незаконних дій – здійснення переказу грошей неналежним ініціатором, одержання грошей у готівковій формі через банкомат, касу банку, іншої фінансової установи або пункту обміну іноземної валюти, проведення оплати за придбані товари, у т.ч. тих, купівля яких здійснюється в системах електронної комерції, одержання інформації про стан банківського рахунку тощо.

Інколи стверджується, що одержання внаслідок використання підробленого платіжного документа інформації щодо стану банківського рахунку не може кваліфікуватись за ст. 200 КК, оскільки подібні дії не здатні ініціювати переказ грошей у банківській системі, а, отже, ще не спроможні заподіяти цій системі істотної шкоди<sup>67</sup>. Наведена точка зору, не враховуючи формальну конструкцію складу аналізованого злочину, видається обмежувальним тлумаченням кримінального закону.

Злочин, передбачений ст. 200 КК, визнається закінченим з моменту вчинення будь-якої з альтернативних дій, що складають його об'єктивну сторону.

Не може бути підтримана пропозиція

науч. ред. д-ра юрид. наук, проф. Комиссарова В.И. – М.: Юрлитинформ, 2004. – С. 128-132; Чернявський С.С. Фінансове шахрайство: методологічні засади розслідування. – К.: «Хай-Тек Прес», 2010. – С. 337-339.

<sup>65</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. К.: Юридична думка, 2012. – С. 574-575.

<sup>66</sup> Киричко В.М., Перепелиця О.І. Вказана праця. – С. 24.

<sup>67</sup> Панов М. Відмежування незаконних дій з платіжними засобами (ст. 200 КК України) від суміжних суспільно небезпечних діянь та встановлення сукупності з іншими злочинами // Право України. – 2010. – № 1. – С. 83-84.

закріпити збут підроблених платіжних засобів як кваліфікуючу ознаку розглядуваного злочину<sup>68</sup>. Адже дії, вказані у ч. 1 ст. 200 КК (у т.ч. збут), ще не спричиняють реальної шкоди належному функціонуванню системи емісії та обігу платіжних засобів, не порушують поки що майнових прав та інтересів суб'єктів цієї системи. До того ж, реалізація вказаної пропозиції призведе до штучного «розриву» об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 200 КК, за двома частинами цієї статті, що не відповідає правилам законодавчої техніки<sup>69</sup>.

В юридичній літературі висловлено думку про те, що використання підроблених платіжних засобів, результатом чого став фактичний переказ грошових коштів або їх одержання готівкою, має кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених ст. 200 і ст. 190 КК (шахрайство)<sup>70</sup>, і частково з цим варто погодитись. Разом з тим слід мати на увазі, що у доктрині існує позиція<sup>71</sup>, згідно з якою поєднане із заволодінням чужими грошима використання підроблених засобів доступу до банківських рахунків не завжди може розцінюватись як шахрайство. Мається на увазі те, що: обман як спосіб вчинення шахрайства передбачає спілкування між людьми; банкомати і платіжні термінали як технічні пристрої, позбавлені психіки, не можуть бути введені в

<sup>68</sup> Панов М.М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків: Монографія / Наук. ред. д-р юрид. наук, проф., акад. АПрН України В.І. Борисов. – Х.: Право, 2009. – С. 104.

<sup>69</sup> Гуторова Н., Дзюба Ю. Рецензія на монографію М.М. Панова «Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків» // Юридична Україна. – 2009. – № 7. – С. 127.

<sup>70</sup> Киричко В.М., Перепелиця О.І. Вказана праця. – С. 28; Панов М.М. Вказана праця. – С. 102-104; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 575; Фирсов Е.П. Расследование изготовления или сбыта поддельных денег или ценных бумаг, кредитных либо расчетных карт и иных платежных документов: Монография / Под науч. ред. д-ра юрид. наук, проф. Комиссарова В.И. – М.: Юрлитинформ, 2004. – С. 111.

<sup>71</sup> Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – С. 428-429; Музыка А.А., Азаров Д.С. Законодавство України про кримінальну відповідальність за «комп'ютерні» злочини: науково-практичний коментар і шляхи вдосконалення. – К.: Вид. ПАЛІВОДА А.В., 2005. – С. 55, 63-66; Антонюк Н.О. Кримінальна відповідальність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою: Монографія. – Львів: ПАІС, 2008. – С. 96-98; Яни П. Постановление Пленума Верховного Суда о квалификации мошенничества, присвоения и растраты: проблемы разграничения и совокупности // Законность. – 2008. – № 6. – С. 13; Волженкина В., Строянкова К. К вопросу о квалификации деяний, связанных с подделкой банковских карт // Уголовное право. – 2009. – № 1. – С. 19-20; Хиллота В. «Компьютерные» хищения // Законность. – 2009. – № 1. – С. 36-38.

оману; у випадку ініціювання та здійснення переказу коштів в автоматичному режимі за допомогою підроблених платіжних інструментів має місце не обман, а неправомірний вплив на процес оброблення комп'ютерної інформації.

З цього приводу у п. 13 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 27 грудня 2007 р. № 51 «Про судову практику у справах про шахрайство, привласнення і розтрату» роз'яснюється, що не утворює складу шахрайства заволодіння чужими грошовими коштами шляхом використання заздалегідь викраденої або підробленої кредитної (розрахункової) карти, якщо видача готівкових коштів здійснюється через банкомат без участі уповноваженого працівника кредитної організації. У цьому випадку вчинене пропонується кваліфікувати за відповідною частиною ст. 158 КК РФ як крадіжку. Якщо ж особа заволодіває грошовими коштами, що знаходяться на банківських рахунках, шляхом використання викраденої або підробленої кредитної (розрахункової) карти і введення у такий спосіб в оману уповноваженого працівника кредитної, торговельної або сервісної організації, вчинене має кваліфікуватись як шахрайство.

*Як крадіжку розцінила колегія суддів Судової палати в кримінальних справах ВСУ (ухвала від 19 жовтня 2010 р.) дії особи, яка заволоділа грошима потерпілого шляхом використання викраденої платіжної картки – ініціювання за її допомогою отримання коштів готівкою з банкомату<sup>72</sup>.*

Отже, у тому разі, коли в результаті використання підроблених документів на переказ або платіжних карток відбувається заволодіння чужими грошовими коштами, вчинене залежно від обставин справи потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 200 і ст. 185 або ст. 190 КК.

Характер описання предмета та об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 200 КК, дозволяє стверджувати, що випадки протиправного доступу до банківських рахунків через глобальну мережу Інтернет, коли замовлення товарів

<sup>72</sup> Закон і Бізнес. – 23 – 29 квітня 2011 р. – № 17.

Протилежна позиція зводиться до того, що у розглядуваній ситуації все ж має місце опосередкований обман: при вчиненні такого шахрайства обманюється не комп'ютер, а людина, яка використовує комп'ютер для інтенсифікації своєї діяльності. Змінюючи комп'ютерну інформацію, винна особа змінює дійсність, але особа, яка створила або експлуатує комп'ютерну програму, про це не знає, в результаті чого дійсність не відповідає уявленню цієї особи про неї, а тому можна вести мову про обман (Петров С.А. Особенности квалификации хищений, совершенных с использованием компьютерной техники // Российский следователь. – 2008. – № 15. – С. 22-24; Карчевський М. Особливості кваліфікації злочинів проти власності, що вчиняються з використанням комп'ютерної техніки // Підприємництво, господарство і право. – 2012. – № 1. – С. 139). Див. з цього приводу також кримінально-правову характеристику крадіжки та шахрайства, наведену у § 8.2 підручника.

здійснюється без реальної присутності платіжної картки, диспозицією аналізованої кримінально-правової заборони не охоплюються. Тому як відповідний злочин проти власності треба розцінювати заволодіння коштами шляхом використання під час придбання товарів в інтернет-магазинах не безпосередньо платіжних карток, а лише їх реквізитів – номеру картки, дати, до якої вона чинна, ім'я та адреси держателя<sup>73</sup>.

Підроблення засобів доступу до банківських рахунків, вчинене з метою використати підроблені предмети для обманного заволодіння чужими грошима, має кваліфікуватись не лише за ст. 200 КК, а й як готування до того чи іншого злочину проти власності.

**Суб'єкт** злочину – загальний<sup>74</sup>.

Можливі зловживання з боку законних держателів платіжних карток диспозицією ст. 200 КК не охоплюються і за наявності до цього підстав можуть розглядатись як той чи інший злочин проти власності.

Натомість ст. 148 КК Швейцарії («Зловживання чековими і кредитними картками») передбачає покарання для того, хто, будучи неплатоспроможним або не бажаючи платити, використовує надану йому чекову або кредитну картку, для того, щоб отримати майнову вартість послуги і в такий спосіб заподіяти майнову шкоду особі, яка склала документ. У ст. 211 КК Грузії йдеться про зловживання чеком або кредитною картою, що заподіяло істотну шкоду тому, хто видає готівку. Ст. 196 КК Китаю окремою формою шахрайської діяльності з кредитними картками визнає зловживання перевитрачання. Під ним розуміються ситуації, коли володілець кредитної картки перевищує встановлену суму або строк з метою незаконного привласнення грошей і, крім цього, не повертає їх навіть після відповідної вимоги банку-емітента.

<sup>73</sup> У листі НБУ від 3 березня 2010 р. № 25-312/519-3299 «Рекомендації щодо використання платіжних карток» міститься, зокрема, рекомендація не відповідати на електронні листи, в яких від імені банку пропонується надати персональні дані. Не потрібно також відкривати сторінки в мережі Інтернет, зазначені в листах банку, оскільки це можуть бути сторінки-двійники, через які можуть здійснюватись незаконні операції з використанням реквізитів платіжної картки.

<sup>74</sup> У зв'язку з цим важко погодитись із думкою Н.В. Шаргородської про віднесення незаконних дій із засобами доступу до банківських рахунків (ст. 200 КК) до злочинів, що порушують банківську систему зсередини (Шаргородська Н.В. Об'єктивні ознаки складів злочинів у банківській системі: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 10). У відгуку Н.О. Гурорової як офіційного опонента на дисертацію Н.В. Шаргородської з цього приводу цілком слушно зазначається, що характерною ознакою посягання на об'єкт кримінально-правової охорони зсередини є вчинення відповідних суспільно небезпечних діянь особою, яка є учасником охоронюваних нормами КК суспільних відносин. Це не є притаманним для злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 200 КК.



В юридичній літературі описується спосіб шахрайства під назвою «змії» з дебетовими платіжними картками. Суть обману полягає в отриманні великої кількості платіжних карток із невеликими грошовими сумами на кожній з них. Для залучення клієнтів більшість банків допускає деяку перевитрату коштів за дебетовими картками за умови, що рахунок у банку не закривається. Користуючись цим, особи знімають кошти разом із перевитратою з першої картки, переказують цю суму на другу, з якої у свою чергу знімають її з перевитратою, переказують гроші на третю картку і т.д. Так триває до тих пір, поки не збереться значна сума, яка влаштовує шахраїв і яка привласнюється ними<sup>75</sup>.

Ще один варіант зловживань із платіжними картками, який не утворює складу злочину, передбаченого ст. 200 КК, наводиться у розроблених у 2004 р. Головним слідчим управлінням МВС Методичних рекомендаціях «Розслідування злочинів, пов'язаних з банківськими платіжними картками».

*Житель Кіровограда Ц., маючи попереднє прізвище Ч., звернувся до органів внутрішніх справ із заявою про втрату документів, а надалі змінив прізвище на Ц. Використовуючи документи на прізвище Ч., він відкрив рахунок у Кіровоградській обласній філії АППБ «Аваль» і вніс на нього 100 доларів США. Отримавши в банку дві платіжні картки, Ц. поїхав у Польщу, де з використанням карток здійснив покупки у торговельних закладах на загальну суму 4274 доларів США. При цьому товар, який Ц. збув місцевим жителям, придбався на незначні суми, на які не проводиться авторизація. Пізніше Ц. у такий саме спосіб отримав дві платіжні картки в Кіровоградській обласній філії АКБ «Укрсоцбанк», якому спричинив шкоду на суму 1503 долари США. Вироком Ленінського районного суду м. Кіровограда Ц. був засуджений, зокрема, за шахрайство.*

**Суб'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 200 КК, характеризується прямим умислом і метою збуту. В літературі висувається конструктивна пропозиція розширити суб'єктивну сторону складу аналізованого злочину за рахунок вказівки у диспозиції ч. 1 ст. 200 КК (поряд із метою збуту<sup>76</sup>) на мету використання підроблених платіжних засобів<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Біленчук П.Д., Романюк Б.В., Цимбалюк В.С. та ін. Комп'ютерна злочинність. Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2002. – С. 94.

<sup>76</sup> Щоправда, надумку І.А. Клепицького, при законодавчому описанні незаконних дій із платіжними інструментами, які опосередковують безготівковий грошовий обіг, до мети збуту взагалі звертись недоречно (Клепицький І.А. Вказана праця. – С. 427-428).

<sup>77</sup> Панов М.М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків:

**Кваліфікуючими ознаками** є повторність та вчинення його за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 200 КК).

Пропонуючи визнавати кваліфікуючою ознакою злочинних дій із платіжними засобами вчинення їх працівником фінансової установи<sup>78</sup>, М.М. Панов обґрунтовано виходить з того, що у цьому разі винний зловживає своїми службовими повноваженнями щодо захисту інформації, пов'язаної з переказом грошових коштів. Наприклад, для здійснення підроблення платіжної картки потрібна певна таємна інформація про неї (зокрема, дамп – існуючий в електронному вигляді набір кодів і паролів, нанесених на магнітну смугу картки). За деякими експертними оцінками, у 85 % випадків відповідна інформація викрадається безпосередньо банківськими службовцями, які мають доступ до неї у зв'язку зі своєю службовою діяльністю<sup>79</sup>.

**Підроблення документів, які подаються для реєстрації випуску цінних паперів** (ст. 223-1 КК). **Суспільна небезпека** цього злочину, як і злочинів, передбачених ст. ст. 222-1, 223-2, 224, 232-1, 232-2 КК, полягає у заподіянні шкоди фондовому ринку України. Будучи сукупністю учасників фондового ринку та правовідносин між ними щодо розміщення, обігу та обліку цінних паперів і похідних (деривативів), фондовий ринок у свою чергу є важливим елементом мобілізації національних заощаджень і трансформації їх в інвестиційні ресурси. Світовий досвід переконує, що фінансування підприємств шляхом емісії та розміщення цінних паперів має істотні переваги перед іншими формами інвестування, оскільки характеризується високою ліквідністю, і нині у переважній більшості країн з розвинутою ринковою економікою відбувається процес втрати банками ролі основного кредитора підприємств на користь фондового ринку. Розвиток фондового ринку вважається індикатором лібералізації економіки та успішного проведення ринкових реформ, створює важливий компонент сучасного механізму економічного регулювання, надає економіці гнучкості та мобільності, забезпечує можливість швидкого направлення ресурсів з одних галузей в інші та здійснення структурної перебудови виробництва. Фондовий ринок будь-якої країни завжди швидко реагує на всі зміни у виробництві, торгівлі і кон'юнктурі ринку. Існує певна закономірність: курси цінних паперів завжди падають напередодні і, звичайно, під

Монографія / Наук. ред. д-р юрид. наук, проф., акад. АПрН України В.І. Борисов. – Х.: Право, 2009. – С. 120-122.

<sup>78</sup> Там само. – С. 130-133.

<sup>79</sup> Котнюк Ю. Кардер по совместительству // Зеркало недели. – 8 апреля 2006 г. – № 13.

час економічної кризи. Тобто криза завжди починається не з виробництва, а з фінансового (в т.ч. фондового) ринку.

Протягом останніх років в Україні досягнуто значного прогресу у формуванні правових та організаційних засад функціонування фондового ринку, що знайшло своє закріплення і на законодавчому рівні у вигляді ухваленого 23 лютого 2006 р. Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» (далі – Закон від 23 лютого 2006 р.), який урахував не лише досвід функціонування вітчизняного та європейського фондового ринку, а й положення прийнятих у 2003 р. ЦК і ГК.

Злочини, вчинювані на ринку цінних паперів, створюють підґрунтя для недовіри з боку інвесторів, фактично руйнують перспективи формування сучасної ринкової економіки в Україні. Вони посягають на інтереси власників цінних паперів, в зв'язку з чим завдають значну матеріальну шкоду як учасникам ринку, так і економіці в цілому, збільшуючи інвестиційні ризики і погіршуючи інвестиційний клімат. Існує чимало факторів, що детермінують проникнення до фондового ринку злочинців: досить високий вартісний рівень цінних паперів (номінал деяких облігацій і векселів досягає кількох мільйонів доларів США); висока дохідність операцій з цінними паперами порівняно з іншими фінансовими інструментами; низький рівень захищеності цінних паперів в Україні; відсутність досконалого механізму нормативно-правового регулювання обігу цінних паперів; погане орієнтування правоохоронних органів і судів в механізмі вчинення злочинів з використанням цінних паперів і, відповідно, можливостей притягнення винних до кримінальної відповідальності<sup>80</sup>.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 223-1 КК, є фондовий ринок у частині встановленого порядку емісії цінних паперів<sup>81</sup>, а **додатковим** – власність<sup>82</sup>.

Відомо, що в сучасних умовах в Україні емісія є не лише ефективним засобом залучення додаткових фінансових коштів, а й знаряддям менеджменту, за допомогою якого відбувається

перерозподіл власності господарських товариств між акціонерами та особами, контрольованими чи пов'язаними з деякими учасниками господарських товариств.

Відповідно до ч. 1 ст. 194 ЦК і ст. 3 Закону від 23 лютого 2006 р. цінними паперами є документи встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчують грошові чи інші майнові права, визначають взаємовідносини особи, яка їх розмістила (видала), і власника, та передбачають виконання зобов'язань згідно з умовами їх розміщення, а також можливість передачі іншим особам прав, що випливають із цих документів. Цінні папери за порядком їх розміщення (видачі) поділяються на емісійні та неемісійні. Емісійні цінні папери засвідчують однакові права їх власників у межах одного випуску стосовно особи, яка бере на себе відповідні зобов'язання (тобто емітента). Розміщені випусками емісійні цінні папери можуть вільно обертатись на вторинному ринку; при цьому до нового власника таких паперів переходить уся сукупність посвідчених ними прав. Емісійні цінні папери мають однакові обсяг і строки здійснення прав у межах одного випуску незалежно від часу придбання цінних паперів. На відміну від емісійних, неемісійні цінні папери не підлягають відкритому (публічному) розміщенню, а видаються зобов'язаною особою у кожному конкретному випадку (наприклад, вексель). Наш законодавець до емісійних цінних паперів відносить: акції; облігації підприємств; облігації місцевих позик; державні облігації України; іпотечні сертифікати; іпотечні облігації; сертифікати фондів операцій з нерухомістю; інвестиційні сертифікати; казначейські зобов'язання України. Наведений перелік не є вичерпним, оскільки Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР)<sup>83</sup> має право визнавати емісійними й інші цінні папери, якщо це не суперечить спеціальним законам про такі групи (види) цінних паперів.

У цивільному обороті можуть брати участь, зокрема, такі групи цінних паперів, як пайові, боргові, похідні, товаророзпорядчі. За формою існування цінні папери поділяються на документарні та бездокументарні. Бездокументарною формою цінних паперів є облікові записи на рахунках у цінних паперах, які містяться в електронних базах даних, що їх ведуть спеціально визначені для обслуговування обігу цінних паперів юридичні особи – зберігачі та депозитарії цінних паперів. Неемісійні цінні папери можуть

<sup>83</sup> Раніше – Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку (ДКЦПФР). Положення про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку затверджене Указом Президента України від 23 листопада 2011 р. № 1063/2011.

<sup>80</sup> Лещук К.Б. Криміналістична характеристика та основні положення розслідування злочинів, вчинених на ринку цінних паперів: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2011. – С. 3, 10, 33-34.

<sup>81</sup> Емісія – це установлена законодавством послідовність дій емітента щодо випуску та розміщення емісійних цінних паперів.

<sup>82</sup> П.П. Андрушко додатковий об'єкт цього злочину визначає як матеріальні інтереси інвесторів у цінні папери (Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 853).

існувати виключно у документарній формі.

*Предмет* злочину, передбачено ст. 223-1 КК, – документи, які подаються до уповноваженого державного органу для реєстрації випуску цінних паперів. Таким органом в Україні виступає НКЦПФР. Емітент подає НКЦПФР заяву і відповідні документи не пізніше, як протягом 60 днів після прийняття уповноваженим органом емітента рішення про розміщення цінних паперів (ст. 29 Закону від 23 лютого 2006 р.).

Розміщення цінних паперів – це відчуження цінних паперів емітентом або андеррайтером (торговцем цінними паперами, який діє за дорученням, від імені та за рахунок емітента) шляхом укладення цивільно-правового договору з першим власником. Цінні папери можуть підлягати як відкритому (публічному), так і закритому (приватному) розміщенню. Публічним розміщенням цінних паперів визнається їх відчуження на підставі опублікування у ЗМІ або оголошення будь-яким іншим способом повідомлення про продаж цінних паперів, зверненого до заздалегідь не визначеної кількості осіб. Приватним є розміщення цінних паперів шляхом їх безпосередньої пропозиції заздалегідь визначеному колу осіб, кількість яких не перевищує 100 (ст. 28 Закону від 23 лютого 2006 р.). Одним з обов'язкових етапів розміщення цінних паперів є реєстрація їх випуску НКЦПФР, яка однак не може розглядатись як гарантія вартості цінних паперів.

Перелік документів, необхідних для реєстрації випуску та проспекту емісії цінних паперів, встановлюється НКЦПФР. Наприклад, перелік документів, які подаються засновником або уповноваженою особою засновника товариства для реєстрації випуску акцій, визначений главою 2 Положення про порядок реєстрації випуску (випусків) акцій при заснуванні акціонерних товариств, затвердженого рішенням ДКЦПФР від 30 грудня 2009 р. № 1639, і включає в себе, зокрема: заяву про реєстрацію випуску (випусків) акцій; рішення про закрите (приватне) розміщення акцій, оформлене протоколом; засновницький договір чи його копію, засвідчену у нотаріальному порядку (у разі укладання такого договору); виписку з Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців; проміжну фінансову звітність; висновок аудитора (аудиторської фірми) та довідку про фінансовий стан, засвідчену підписом та печаткою аудитора (аудиторської фірми) (подаються у разі наявності засновників товариства – юридичних осіб окремо по кожному із таких засновників); аудиторський висновок аудитора (аудиторської фірми) щодо спроможності засновника – юридичної особи сплатити відповідні внески до статутного

капіталу товариства (подається у разі наявності засновників товариства – юридичних осіб по кожному із таких засновників).

Переліки документів, які подаються для реєстрації випуску акцій при збільшенні та при зменшенні розміру статутного капіталу товариства, наводяться, відповідно, у розділах II і III Положення про порядок реєстрації випуску акцій, затвердженого рішенням ДКЦПФР від 26 квітня 2007 р. № 942. Для реєстрації випуску облігацій підприємства емітент подає до НКЦПФР, крім інших документів, певну фінансову звітність і висновок аудитора (глава 1 розділу 3 Положення про порядок здійснення емісії облігацій підприємств та їх обігу, затвердженого рішенням ДКЦПФР у редакції рішення від 26 жовтня 2006 р. № 1178).

Одним із предметів злочину слід визнавати проспект емісії цінних паперів – документ, який містить інформацію про розміщення цінних паперів та інші відомості, передбачені законами, що визначають особливості розміщення певних видів цінних паперів.

*Потерпілим* від злочину є *інвестор в цінні папери* – це фізична або юридична особа (резидент або нерезидент), яка набула права власності на цінні папери з метою отримання доходу від вкладених коштів та (або) набуття відповідних прав, що надаються власнику цінних паперів відповідно до законодавства. Законодавство виділяє категорію інституційних інвесторів – пайових, корпоративних інвестиційних фондів, недержавних пенсійних фондів тощо (ч. 2 ст. 2 Закону від 23 лютого 2006 р.).

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується сукупністю трьох ознак: 1) діянням – внесенням у документи, які подаються для реєстрації випуску цінних паперів, завідомо неправдивих відомостей; 2) наслідками у вигляді значної матеріальної шкоди інвесторові в цінні папери; 3) причинним зв'язком між вказаними діянням і суспільно небезпечними наслідками.

*Внесення у документи завідомо неправдивих відомостей* означає як повне виготовлення винною особою перекручених документів, призначених для передачі у реєструвальний орган, так і внесення неправдивих відомостей у відповідні документи, раніше складені іншою особою. Завідомо неправдивими треба визнавати відомості, які не відповідають дійсності і вводять в оману потенційних інвесторів у цінні папери. Ці відомості можуть стосуватись, наприклад: напрямів використання фінансових ресурсів, залучених від розміщення цінних паперів; розмірів статутного фонду емітента; порядку і форми виплати доходу за цінними паперами; дивідендної



політики емітента; переліку ліцензій емітента на провадження певних видів діяльності і терміну закінчення їх дії; дій емітента у випадку недосягнення запланованого обсягу розміщення акцій; порядку погашення облігацій, виду та розміру їх забезпечення.

Подання до НКЦПФР для реєстрації випуску цінних паперів документа, який містить неправдиві відомості, саме по собі не містить складу розглядуваного злочину. Проте таке подання є необхідним для настання передбачених ст. 223-1 КК наслідків: останні не можуть настати без реєстрації випуску відповідних цінних паперів та їх подальшого розміщення. Тому якщо особа, яка подає документ з неправдивими відомостями, діє за домовленістю з особою, яка внесла неправдиві відомості, і знає про наявність таких відомостей у документах, її дії слід вважати співучастью у злочині, передбаченому ст. 223-1 КК<sup>84</sup>.

Недостовірність інформації у документах, поданих НКЦПФР, визнається законодавцем однією з підстав для відмови у реєстрації випуску і проспекту емісії цінних паперів та однією з підстав визнання емісії цінних паперів недобросовісною. Рішення про визнання емісії цінних паперів недобросовісною оформлюється у вигляді розпорядження про визнання емісії цінних паперів недобросовісною із зазначенням підстав і підписується уповноваженою особою реєструвального органу (п. 4 розділу II Порядку визнання емісії цінних паперів недобросовісною та недійсною, затвердженого рішенням ДКЦПФР від 2 лютого 2009 р. № 52). При цьому аналізований злочин є *закінченим* з моменту заподіяння *значної матеріальної шкоди* хоча б одному інвесторові в цінні папери, тобто шкоди, яка в двадцять і більше разів перевищує НМДГ (примітка до ст. 223-1 КК).

Матеріальна шкода може бути спричинена інвесторові через те, що останній, сприйнявши під час емісії недостовірну інформацію і придбавши цінні папери, повністю або частково втрачає вкладені кошти (суб'єкт господарювання – емітент збанкрутував, ринкова вартість придбаних цінних паперів істотно знизилась тощо) або не може отримати належні дивіденди у встановлений термін.

Як пише П.П. Андрушко, механізм заподіяння шкоди інвесторам у цінні папери передусім обумовлюється видом грошових або майнових прав інвесторів, що надані їм цінними паперами певного виду, видом майнових прав, які емітент зобов'язується надати інвесторам у

цінні папери. Наприклад, емітент облігацій не повертає власникам облігацій (особам, які придбали емітовані облігації) їх номінальну вартість чи відмовляється достроково погасити облігації за вимогою їх власників, хоча можливість дострокового погашення передбачена умовами розміщення облігацій<sup>85</sup>.

Якщо метою вчинення дій, передбачених ст. 223-1 КК, було заволодіння коштами осіб, сплачених ними за емітовані цінні папери при здійсненні їх як відкритого, так і закритого розміщення, дії винного потребують додаткової кваліфікації за ст. 190 КК як шахрайство<sup>86</sup> із посиленням у разі необхідності на ст. 14 КК.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний.

Згідно з ч. 3 ст. 29 Закону від 23 лютого 2006 р. відповідальність за достовірність відомостей, наведених у документах, що подаються для реєстрації випуску та проспекту емісії цінних паперів, несуть особи, які підписали такі документи.

До *уповноважених осіб* з точки зору кваліфікації за ст. 223-1 КК слід відносити, зокрема: фізичну особу – засновника акціонерного товариства або уповноважену особу такого засновника; голову і секретаря загальних зборів акціонерів (підписують протоколи зборів, на яких ухвалюються рішення з питань, пов'язаних з емісією цінних паперів); керівника емітента (голову його виконавчого органу) та його головного бухгалтера; аудитора (підписує разом із керівником проспект емісії цінних паперів і тим самим підтверджує достовірність перевірених ним відомостей).

**Суб'єктивна сторона** злочину визначається психічним ставленням до заподіяння значної матеріальної шкоди і характеризується умислом.

**Порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів** (ст. 223-2 КК). **Безпосередній об'єкт** злочину – фондовий ринок у частині встановленого порядку обліку цінних паперів.

Виходячи зі ст. 1 Закону від 30 жовтня 1996 р. «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» *система реєстру власників іменних цінних паперів* – це сукупність даних, що забезпечує: ідентифікацію зареєстрованих у цій системі власників, номінальних утримувачів та емітента, а також іменних цінних паперів<sup>87</sup>,

<sup>85</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 860.

<sup>86</sup> Там само. – С. 861.

<sup>87</sup> За формою випуску цінні папери можуть бути на пред'явника, іменні та ордерні. Цінний папір визнається іменним, якщо посвідчені ним права належать особі, зазначеній у такому цінному папері (ст. 197 ЦК).

<sup>84</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. –К.: Юридична думка, 2012. – С. 682.

зареєстрованих на їх ім'я; облік усіх змін інформації щодо вказаних осіб та цінних паперів; одержання та надання інформації таким особам; складання реєстру. Згідно з Положенням про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів, затвердженим рішенням ДКЦПФР від 17 жовтня 2006 р. № 1000, елементами зазначеної системи є: реєстр власників іменних цінних паперів<sup>88</sup>; емісійний рахунок; особові рахунки емітента та зареєстрованих осіб; облікові журнали (реєстри) з ведення реєстру; документи, які є підставою для формування та внесення змін до системи реєстру.

Облік іменних цінних паперів, випущених у документарній формі, здійснюється шляхом створення та ведення реєстру їх власників окремо щодо кожного емітента та кожного виду випущених ним цінних паперів. Ведення реєстру власників іменних цінних паперів здійснює їх емітент або реєстратор. Якщо кількість власників іменних цінних паперів емітента перевищує кількість, визначену НКЦПФР як максимальну для організації самостійного ведення реєстру емітентом, останній зобов'язаний доручити ведення реєстру реєстратору шляхом укладання відповідного договору (ст. 5 від 10 грудня 1997 р. «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні»).

*Система депозитарного обліку* – сукупність записів про цінні папери (вид, номінальна вартість і кількість, характер зареєстрованих обмежень), їх емітентів, власників іменних цінних паперів, уповноважених ними осіб, інших осіб, наділених відповідними правами щодо цінних паперів, що містять інформацію, яка дає можливість ідентифікувати названих осіб, а також іншу передбачену законодавством інформацію (ст. 1 Закону «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні»).

Зберігачем цінних паперів є комерційний банк або торговець цінними паперами, який має ліцензію на зберігання та обслуговування обігу цінних паперів й операцій емітента з цінними паперами на рахунках у цінних паперах – як щодо цінних паперів, що належать йому, так і тих, які він зберігає згідно з договором про відкриття рахунку в цінних паперах. Клієнтами (депонентами) зберігача є емітенти<sup>89</sup> та власники

цінних паперів. Зберігач здійснює зберігання та обслуговування обігу цінних паперів й операцій емітента з цінними паперами на рахунках у цінних паперах, які належать їх власникам (у т.ч. самому зберігачу). При цьому зберігач не може вести реєстр власників цінних паперів, щодо яких він здійснює угоди.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у невнесенні змін або внесенні завідомо недостовірних змін до системи реєстру власників іменних цінних паперів або до системи депозитарного обліку (формальний склад), а так само в іншому порушенні порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів, якщо воно призвело до втрати системи реєстру або її частини (матеріальний склад).

*Невнесення змін* означає, що уповноважена особа, будучи зобов'язаною внести певні зміни до вказаної системи реєстру (обліку), всупереч встановленому порядку цього не робить. Зміни до системи реєстру реєстроутримувач (емітент або реєстратор) здійснює на підставі письмових розпоряджень осіб, які мають на це право (емітент, зареєстровані особи, органи державної влади). Переліки документів, подання яких необхідне для внесення відповідних змін до системи реєстру, визначаються нормативно-правовими актами НКЦПФР.

Так, підставою для внесення змін до реєстру власників іменних цінних паперів є документи, згідно з якими на відповідні цінні папери переходить право власності (це, зокрема, передавальне розпорядження, сертифікат цінних паперів, оригінал або нотаріально посвідчена копія цивільно-правового договору). Протягом трьох робочих днів від дати прийняття цих документів реєстратор зобов'язаний внести зміни до реєстру або надати мотивовану відповідь про відмову у внесенні таких змін (ст. 9 Закону «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні»).

Не утворює складу розглядуваного злочину невнесення змін до системи реєстру власників іменних цінних паперів, якщо мають місце законні підстави для відмови щодо внесення змін до системи реєстру (відсутність повноважень особи, яка ініціює внесення змін; недійсність раніше виданих сертифікатів цінних паперів; блокування цінних паперів у випуску на підставі постанови уповноваженої особи НКЦПФР тощо).

Умисне невнесення змін до системи реєстру власників іменних цінних паперів або до системи депозитарного обліку за наявності судового рішення, згідно з яким особа зобов'язана внести

державної влади, яка від свого імені розміщує емісійні цінні папери та бере на себе зобов'язання щодо них перед їх власниками (ст. 2 Закону від 23 лютого 2006 р.).

<sup>88</sup> Реєстр власників іменних цінних паперів – це перелік станом на певну дату власників та номінальних утримувачів іменних цінних паперів, інформація про які обліковується на їх особових рахунках, що є складовою частиною системи реєстру та дає змогу ідентифікувати цих власників (співвласників), кількість, номінальну вартість і вид належних їм іменних цінних паперів.

<sup>89</sup> Емітентом визнається юридична особа, АРК або міська рада, а також держава в особі уповноважених нею органів

зміни до системи реєстру, має кваліфікуватись за ст. 382 КК як невиконання судового рішення<sup>90</sup>.

Під *внесенням завідомо недостовірних змін* до системи реєстру слід розуміти перекручення: 1) реєстру власників іменних цінних паперів; 2) рахунків, відкритих у системі такого реєстру (емісійних, особових); 3) облікових реєстрів з ведення реєстру; 4) документів, які є підставою для формування та внесення змін до реєстру.

*Внесення завідомо недостовірних змін до системи депозитарного обліку* означає перекручення: 1) первинних документів, що є підставою для здійснення депозитарних облікових операцій; 2) облікових реєстрів (наприклад, журналів розпоряджень і депозитарних операцій); 3) депозитарної звітності.

Змістовно завідомо недостовірні зміни з точки зору кваліфікації за ст. 223-2 КК можуть стосуватись інформації, яку містить реєстр власників іменних цінних паперів, а саме інформації про: емітента; реєстратора; випуск цінних паперів, для яких складено реєстр; зареєстрованих власників іменних цінних паперів; номінальних утримувачів; власників іменних цінних паперів – клієнтів номінальних утримувачів; іменні цінні папери, які обліковуються на особовому рахунку емітента (п. 5 розділу III Положення про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів).

«Внесенням завідомо недостовірних змін, зокрема, може бути внесення записів, якими безпідставно збільшується або зменшується кількість цінних паперів, які підлягають обліку, певні особи включаються до числа власників цінних паперів або, навпаки, виключаються з їх числа, списується або зараховується на особові рахунки власників певна кількість цінних паперів тощо»<sup>91</sup>.

*Інше порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів* може полягати, наприклад, у передчасному знищенні, втраті або пошкодженні документів, які були підставою для внесення змін до особових рахунків зареєстрованих осіб та емітентів, а також інших документів, що складаються у системі реєстру, знищенні документів реєстру, які забороняється знищувати, знищенні документів без згоди ліквідаційної комісії (у разі ліквідації емітента), веденні облікових журналів системи реєстру без дотримання вимог, встановлених НКЦПФР,

недотриманні належного порядку передачі реєстру від одного реєстроутримувача до іншого. Злочин у розглядуваній формі може набувати вигляду порушень Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на фондовому ринку – депозитарної діяльності, а саме діяльності з ведення реєстру власників іменних цінних паперів, затверджених рішенням ДКЦПФР від 26 травня 2006 р. № 348.

*Втрата системи реєстру* як суспільно небезпечний наслідок злочину, передбаченого ст. 223-2 КК, вчиненого у формі іншого порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів, означає реальну відсутність системи реєстру в реєстроутримувача та її невідновлення у строки та в порядку, визначеному законодавством.

*Втратою частини системи реєстру* є знищення, пошкодження або непоправне перекручення наявних у системі реєстру даних, внаслідок якого виникає ситуація відсутності у системі реєстру певної частини інформації, необхідної для складання реєстру власників іменних цінних паперів, а сам реєстр в разі його складення виявиться неповним або недостовірно відображатиме права певної частини включених до нього осіб<sup>92</sup>.

У випадку втрати або пошкодження системи реєстру реєстроутримувач зобов'язаний власними силами відновити систему реєстру протягом 15 робочих днів за допомогою, зокрема, інформації з журналів, що входять до системи реєстру, інформації з емісійних та особових рахунків, електронних файлів, переданих на зберігання Національному депозитарію України (п. 3 розділу III і п. 2 розділу X Положення про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів).

Суспільно небезпечним наслідком розглядуваного злочину не визнається порушення цілісності інформації або знищення останньої, що може мати місце під час здійснення депозитарної діяльності. Відновлення інформації депозитарні установи повинні проводити у строк, що не перевищує одного дня з моменту виникнення такого порушення (п. 9 розділу XI Положення про депозитарну діяльність, затвердженого рішенням ДКЦПФР від 17 жовтня 2006 р. № 999).

**Суб'єкт** злочину спеціальний – це службова особа емітента (якщо емітент є реєстроутримувачем, тобто самостійно веде реєстр власників іменних цінних паперів) або професійного учасника фондового ринку (у т.ч. реєстратора, депозитарію). Професійні учасники фондового ринку – це юридичні особи, які на підставі ліцензії, виданої НКЦПФР, провадять

<sup>90</sup> Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 281.

<sup>91</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. –К.: Юридична думка, 2012. – С. 686.

<sup>92</sup> Там само. – С. 686.



на фондовому ринку професійну діяльність, види якої визначені у ст. 16 Закону від 23 лютого 2006 р.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умислом. Інше порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів може бути вчинене і з необережності.

**Виготовлення, збут та використання підроблених недержавних цінних паперів** (ст. 224 КК). **Безпосереднім об'єктом** злочину є фондовий ринок у частині встановленого порядку виготовлення та обігу недержавних цінних паперів.

*Предметом* злочину є підроблені недержавні цінні папери (зокрема, акції, облигації підприємств і місцевих позик, ощадні та інвестиційні сертифікати, векселі). Визначення названих та інших цінних паперів наводяться у Законі від 23 лютого 2006 р.<sup>93</sup> Державні цінні папери є предметом злочину, передбаченого ст. 199 КК і проаналізованого вище. На нашу думку, предметом розглядуваного злочину є недержавні цінні папери як у документарній, так і в бездокументарній формі.

Натомість А.М. Ришелюк обмежує предмет злочину, передбаченого ст. 224 КК, недержавними цінними паперами, що існують у документарній (паперовій) формі. Такі дії, як відкриття рахунку у цінних паперах і внесення записів про зарахування на такий рахунок не випущених реально цінних паперів, внесення таких записів на правомірно відкритий рахунок у цінних паперах у комп'ютерних базах даних, що їх ведуть депозитарії та зберігачі цінних паперів, тощо, пропонується кваліфікувати за ст. 361 або ст. 364 КК, а у випадках, коли вони спрямовані на заволодіння чужим майном шляхом обману чи зловживання довірою – і за ст. 190 КК<sup>94</sup>.

Ми ж виходимо з того, що ст. 224 КК не конкретизує форму існування цінних паперів, носить універсальний характер, а, отже, сфера застосування цієї кримінально-правової норми не повинна обмежуватись лише документарною формою випуску цінних паперів. Позиція, згідно з якою підроблення цінних паперів, що існують у бездокументарній формі, можливе, є досить поширеною у вітчизняній юридичній літературі<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Докладний юридичний аналіз різних недержавних цінних паперів зроблений П.П. Андрушком (Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 867-875).

<sup>94</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 688-689.

<sup>95</sup> Див., наприклад: Кашкаров О.О. Проблеми кваліфікації

Не є предметом злочину, передбаченого ст. 224 КК, виписка з рахунку у цінних паперах та інші подібні документи (зокрема, виписки з рахунків депозитарного обліку, виписки із реєстрів власників іменних цінних паперів, тимчасові свідоцтва, видані особам, які придбавають цінні папери, виписка про стан особового рахунку), підроблення яких може кваліфікуватись за ст. 358 або ст. 366 КК.

Сказане, вочевидь, стосується і сертифікату цінного паперу, який є не власне цінним папером, а документом, що підтверджує право власності особи на певну кількість тих чи інших цінних паперів<sup>96</sup>. Законом встановлюються вимоги щодо обсягу інформації, яка має відображатись у сертифікатах окремих видів цінних паперів (акцій, облигацій, казначейських зобов'язань України тощо). Так, у сертифікаті акції (акцій) зазначаються вид цінного паперу, найменування акціонерного товариства, серія і номер сертифіката, міжнародний ідентифікаційний номер цінного паперу, тип і клас акцій, номінальна вартість акції, кількість акцій, що належить власникові за таким сертифікатом, ім'я (найменування) власника, підпис керівника емітента або іншої уповноваженої особи, засвідчений печаткою емітента або уповноваженої особи (ч. 5 ст. 6 Закону від 23 лютого 2006 р.).

З урахуванням того, що на фондовому ринку здебільшого обертаються не самі цінні папери, а їх відповідні замітники, бажано доповнити ст. 224 КК окремою вказівкою на такі замітники і передусім це доцільно зробити щодо сертифікатів цінних паперів та виписок з рахунків у цінних паперах.

Збут або використання «цінних паперів», емітентом яких позначено неіснуючу насправді юридичну особу, має кваліфікуватись за ст. 190 КК як шахрайство, а виготовлення таких «цінних паперів» – як готування до шахрайства (за наявності підстав). На таких «цінних паперах» може знаходитись назва емітента, якого в реальності не існує, але його назва співзвучна реально існуючій і відомій компанії. Шахрайством, а злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: монографія. – Х.: Вид-во «Формат Плюс», 2008. – С. 85, 100, 102; Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 17, 286; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 878-879.

<sup>96</sup> Деякі цивілісти однак вважають по-іншому і, визнаючи сертифікат цінним папером, пропонують виключити із законодавства поняття сертифіката цінних паперів як зайве і непотрібне (Барінов А. Понятие и юридическая природа сертификатов ценных бумаг // Юрист. – 2001. – № 10. – С.52-55).

не злочин, передбаченим ст. 224 КК, може визнаватися також реалізація акцій, що підлягають погашенню, після реорганізації акціонерного товариства – емітента акцій, якщо факт такої реорганізації приховується зацікавленими особами.

Так, загальні збори акціонерів ЗАТ «Київський м'ясокомбінат» ухвалили рішення про реорганізацію товариства шляхом виведення з його складу ЗАТ «А». При формуванні статутного капіталу знов створеного товариства випущені ним акції підлягали розміщенню шляхом конвертації в них відповідної кількості акцій м'ясокомбінату. Під час реорганізації було внесено зміни у дані державної реєстрації акцій материнської компанії про анулювання тих акцій, що конвертувались в акції ЗАТ «А». Останні належали іншій юридичній особі – ТОВ «Б», керівник якого, знаючи про проведену реорганізацію, перепродав 155 акцій, що підлягали анулюванню, іншим особам, чим заподіяв їм шкоду на суму понад 100000 грн.<sup>97</sup>

З **об'єктивної сторони** злочин, передбачений ст. 224 КК, полягає у: 1) виготовленні підроблених недержавних цінних паперів; 2) їх збуті; 3) використанні таких цінних паперів іншим чином.

Виготовлення підроблених цінних паперів означає як повне створення документів, які із зовнішнього боку значною мірою нагадують справжні цінні папери, так і перекручення останніх. Спосіб виготовлення підробок (малювання, копіювання, з використанням комп'ютерної техніки тощо) може бути різним, визначається характером і видом підроблюваного цінного паперу і на кваліфікацію за ст. 224 КК не впливає.

Так, виготовлення підробленого векселя може виражатись як у внесенні до його реквізитів неправдивої інформації, так і у видачі векселя, зовнішньо оформленого з дотриманням вимог, але не для оплати поставленої продукції (виконаних робіт, наданих послуг), а з іншою метою – розкрадання коштів, конвертації безготівкових коштів у готівку, доведення до банкрутства тощо<sup>98</sup>. Видача «бронзових» (фіктивних) векселів, за якими не стоять поставлені товари (виконані роботи, надані послуги), вчинена з метою збільшити борг суб'єкта господарської діяльності – потенційного банкрута, може кваліфікуватись і за ст. 219 КК як доведення до банкрутства.

Для відмежування аналізованого злочину від

шахрайства необхідно, по-перше, щоб винна особа у той чи інший спосіб підроблювала цінні папери реально існуючих емітентів, по-друге, щоб якість підробки була досить високою і дозволяла винному сподіватись на її збут чи інше використання у звичайних умовах обігу цінних паперів.

У тому разі, коли цінний папір існує у бездокументарній формі, тобто у вигляді здійсненого зберігачем облікового запису, що підтверджує право власності на цінний папір, підробленням з погляду відповідальності за ст. 224 КК треба визнавати відкриття фіктивного рахунку у цінних паперах депозитарієм, а також внесення перекручених відомостей до рахунків у цінних паперах, що їх ведуть депозитарії та зберігачі цінних паперів. «...такі дії вчинюються з документом, який існує в електронному виді як запис певних даних на рахунках у цінних паперах в системі електронного обігу цінних паперів»<sup>99</sup>. Вказані дії потребують додаткової кваліфікації за ст. 361 КК.

Використання іншим чином підроблених недержавних цінних паперів означає вчинення з такими предметами різноманітних (за винятком збуту) дій, у т.ч. пов'язаних з отриманням певних прав, пільг, переваг або із звільненням від обов'язків (наприклад, використання цінних паперів як засобу платежу чи предмета застави, внесення їх як внеску до статутного фонду господарського товариства, реалізація прав акціонера – на отримання дивідендів або частки майна підприємства-емітента у разі його ліквідації, на участь в управлінні акціонерним товариством, на отримання інформації про його діяльність). Використання підроблених недержавних цінних паперів для незаконного заволодіння чужим майном потребує додаткової кваліфікації за ст. 190 КК.

Злочин, передбачений ст. 224 КК, є злочином із формальним складом і визнається **закінченим** з моменту вчинення однієї з трьох дій, які альтернативно складають його об'єктивну сторону.

**Суб'єкт** злочину – загальний.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Обов'язковою ознакою виготовлення недержавних цінних паперів є *мета* збуту.

Із буквального тлумачення диспозиції ч. 1 ст. 224 КК випливає, що не вважається злочинним виготовлення підроблених недержавних цінних паперів з метою їх використання іншим чином, якщо винна особа не мала не меті збуту підроблених предметів. У зв'язку з цим заслуговує на підтримку пропозиція доповнити ч. 1 ст. 224 КК вказівкою на таку мету вчинення злочину, як

<sup>97</sup> Чернявський С.С. Фінансове шахрайство: методологічні засади розслідування. – К.: «Хай-Тек Прес», 2010. – С. 380.

<sup>98</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 878.

<sup>99</sup> Киричко В.М., Перепелиця О.І. Вказана праця. – С. 286.

використання підробок іншим чином<sup>100</sup>.

**Кваліфікуючими ознаками** є повторність та заподіяння великої матеріальної шкоди (ч. 2 ст. 224 КК), а **особливо кваліфікуючими** – вчинення злочину організованою групою та заподіяння особливо великої матеріальної шкоди (ч. 3 ст. 224 КК).

У примітці до ст. 224 КК роз'яснюється, що *повторність* має місце у разі скоєння цього злочину особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений ст. 224 або ст. 199 КК. Таким чином, кримінальну відповідальність посилює повторність як тотожних, так і однорідних злочинів. Матеріальна шкода вважається *великою*, якщо вона у триста і більше разів перевищує НМДГ, а особливо великою – якщо вона у тисячу і більше разів перевищує НМДГ.

**Незаконне використання інсайдерської інформації** (ст. 232-1 КК). Використання інсайдерської інформації, будучи недобросовісною практикою ведення бізнесу на фондовому ринку і порушуючи механізм котирування (зіставлення попиту і пропозиції на цінні папери), дезорганізує стабільність фондового ринку, веде до його розбалансованості, утворення штучних цін, виникнення економічної диспропорції та отримання необґрунтованого прибутку, призводить до скорочення інвестицій у цінні папери. Незаконна інсайдерська діяльність спроможна заподіяти істотну шкоду емітентам та інвесторам (наприклад, внаслідок падіння курсу цінних паперів, зриву укладання договору або придбання контрольного пакету акцій за завищеною ціною).

У підписаній головою ДКЦПФР пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення на ринку цінних паперів», ухваленого 25 грудня 2008 р. як Закон, констатується, що створений внаслідок приватизації український фондовий ринок став на сьогодні, по суті, інсайдерським. Така ситуація унеможливує визначення справедливої ціни на цінні папери, відлякує професійних інвесторів і населення від інвестування в цінні папери та, як наслідок, зменшує ліквідність фондового ринку. Вельми показовою є та обставина, що у Сорока рекомендаціях Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) до конкретизованого переліку серйозних злочинів, які, на думку FATF, треба визнавати предикатними діями включено у т.ч. інсайдерські торговельні операції.

Криміналізація інсайдерських зловживань

<sup>100</sup> Кашкаров О.О. Проблеми кваліфікації злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: монографія. – Х.: Вид-во «Формат Плюс», 2008. – С. 132-133.

вважається звичною вимогою до кримінального закону суспільства, економіка якого ґрунтується на ринкових засадах. Причинами недостатності та неефективності адміністративно-правових заборон є: 1) небезпека інсайдерських зловживань, механізм вчинення яких нагадує витончене шахрайство; 2) заподіяна такими зловживаннями типова шкода значно перевищує розмір штрафу як адміністративного стягнення; 3) сумнівність встановлення факту інсайдерського зловживання у межах провадження у справах про адміністративні правопорушення та зумовлена цим потреба у проведенні оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних заходів<sup>101</sup>.

Без розроблення якісної (за участю фахівців НКЦПФР) криміналістичної методики розслідування незаконного використання інсайдерської інформації та професійного застосування цієї методики правоохоронцями ст. 232-1 КК, яка вже двічі змінювала свою редакцію, носитиме декларативний характер і поповнить когорту «мертвих» кримінально-правових заборон при тому, що передбачена цією нормою поведінка є поширеною у сучасній господарській практиці України та є суспільно небезпечною.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину є фондовий ринок у частині встановленого порядку обігу інсайдерської інформації, *додатковими* – власність і засади добросовісної конкуренції.

Оскільки ст. 232-1 КК покликана охороняти правомірне функціонування фондового ринку (ринку цінних паперів), вважаємо виправданим її розміщення в розділі VII Особливої частини КК, присвяченому відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності. З огляду на це, важко погодитись із висловленою в юридичній літературі пропозицією на законодавчому рівні віднести діяння, передбачене наразі ст. 232-1 КК (поряд з деякими іншими посяганнями), до злочинів проти інтелектуальної власності<sup>102</sup>.

*Предмет* злочину – інсайдерська інформація. Згідно зі ст. 44 Закону від 23 лютого 2006 р. *інсайдерською інформацією* визнається будь-яка неоприлюднена інформація про емітента, його цінні папери та похідні (деривативи)<sup>103</sup>, що пе-

<sup>101</sup> Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – С. 213-215. Докладніше про суспільну небезпеку аналізованого злочину див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 482-486.

<sup>102</sup> Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 14.

<sup>103</sup> Похідними визнаються цінні папери, механізм випуску та обігу яких пов'язаний з правом на придбання чи продаж протягом строку, встановлених договором, цінних



ребувають в обігу на фондовій біржі, або правочини щодо них, у разі якщо оприлюднення такої інформації може істотно вплинути на вартість цінних паперів (деривативів), та яка підлягає оприлюдненню відповідно до вимог, встановлених законом. Інформація щодо оцінки вартості цінних паперів та (або) фінансово-господарського стану емітента, якщо вона отримана виключно на основі оприлюдненої інформації або інформації з інших публічних джерел, не заборонених законодавством, не є інсайдерською.

Одна з ключових ознак інсайдерської інформації, яка у фаховій літературі зазвичай позначається як істотність та яка знайшла відображення у наведеній вище легальній дефініції, означає, що відповідна інформація береться до уваги власниками цінних паперів і потенційними інвесторами при прийнятті ними рішення про купівлю-продаж цінних паперів, вчинення інших правочинів із цінними паперами, а її розголошення може мати значний вплив на ринкову вартість (котирування) цінних паперів. Крайнім доказом істотності певної інформації, як правило, вважаються події, що відбуваються на фондовому ринку після розкриття цієї інформації.

Із ст. 44 Закону від 23 лютого 2006 р. випливає, що не утворює складу розглядуваного злочину незаконне використання неоприлюдненої інформації про неемісійні цінні папери, навіть якщо таке діяння через спричинення істотного впливу на вартість таких цінних паперів завдало істотної шкоди.

Для порівняння: ст. 285 КК Іспанії визнає злочином певні дії з інформацією, яка має значення для котирування будь-якого виду цінних паперів, а частина V «Незаконна інсайдерська діяльність» Акта Великобританії про кримінальне правосуддя 1993 р., поширюючи свою дію передусім на емісійні цінні папери, водночас охоплює зловживання з такими розповсюдженими фінансовими інструментами, як векселі і чеки.

Видається, що закріплене у ст. 232-1 КК положення про належність до інсайдерських зловживань порушень, що стосуються лише емісійних цінних паперів, узгоджується з вимогами вітчизняного законодавства про фондовий ринок, а тому перегляду не потребує.

Чинна редакція ст. 44 Закону від 23 лютого 2006 р., на відміну від попередньої редакції цієї норми, не містить положення про те, що належність інформації до інсайдерської визначається уповноваженим державним органом (наразі – НКЦПФР).

Відповідно до рішення ДКЦПФР від 21 листопада 2006 р. № 1344 «Про визначення інфор-

мації, яка належить до інсайдерської»<sup>104</sup> до інсайдерської інформації належали, зокрема, відомості про особливу інформацію про емітента: прийняття рішення про розміщення цінних паперів на суму, що перевищує 25 % статутного капіталу; прийняття рішення про викуп власних акцій; факти лістингу (делістингу) цінних паперів на фондовій біржі; отримання позики або кредиту на суму, що перевищує 25 % активів емітента; зміна складу посадових осіб емітента; зміна власників акцій, яким належить 10 % і більше голосуючих акцій; рішення емітента про утворення, припинення його філій, представництв; рішення вищого органу емітента про зменшення статутного капіталу; рішення вищого органу емітента про припинення або банкрутство емітента. Інсайдерською інформацією ДКЦПФР визнавала також річну і квартальну фінансову звітність емітента, а так само інформацію про господарську і фінансову діяльність емітента, яка міститься у річній (квартальній) інформації про емітента. Закріплення рішенням ДКЦПФР вичерпного переліку інсайдерської інформації певною мірою суперечило широкому законодавчому визначенню інсайдерської інформації як будь-якої неоприлюдненої інформації, що за своїм змістом стосується емітента, його цінних паперів (деривативів) або правочинів щодо них.

Звертала на себе увагу та обставина, що чимало відомостей, оприлюднення яких може значно вплинути на ринкову вартість цінних паперів, у рішенні ДКЦПФР від 21 листопада 2006 р. № 1344 не згадувалось<sup>105</sup>. Це, наприклад, відомості про: злиття, приєднання, поділ і перетворення як способи припинення юридичної особи; істотні зміни у планах капіталовкладень товариства; операції із значними активами емітента за неринковою ціною; початок або припинення випуску нової продукції; пропозиція іншої особи придбати значний пакет цінних паперів емітента; знищення або пошкодження значної частини майна емітента внаслідок непередбачуваних подій), а тому їх використання відповідальності за ст. 232-1 КК (якщо керуватись розглядуваним підзаконним нормативним актом) тягнути не могло.

Показовим у цьому плані було збільшення протягом 2007 р. на 1478 % цін на акції Єнакіївського металургійного заводу (ЄМЗ), що було зумовлено як проведеною на підприємстві модернізацією виробничих потужностей, так і рішенням

<sup>104</sup> Рішення визнане таким, що втратило чинність, на підставі рішення НКЦПФР від 29 травня 2012 р. № 752.

<sup>105</sup> Тому і не дивно, що це рішення зазнавало серйозної критики з боку фахівців із фондового ринку (див. з цього приводу: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 488-489).

групи «Метінвест», що контролює ЄМЗ, приєднати до нього компанію «Метален», яка випускає готовий прокат із напівфабрикатів, що виробляє ЄМЗ. У ЗМІ висловлювалось небезпідставне припущення про те, що особа, яка заздалегідь взнала про очікувані зміни на ЄМЗ, могла заробити за рахунок купівлі-продажу акцій цього підприємства чимало суму. Такого ж результату може добитись особа, яка скуповує акції підприємства фармацевтичної гаузі, взнавши про те, що це підприємство готує виробництво затребуваного на ринку медичного препарату<sup>106</sup>.

Тезу про різноманітність життєвих ситуацій, які можуть мати істотний вплив на ринкову вартість цінних паперів і які далеко не завжди охоплювались рішенням ДКЦПФР від 21 листопада 2006 р. № 1344, гарно ілюструє така ситуація, описана в літературі. Йдеться про адвоката – представника організації, обізнаного про необґрунтованість пред'явленого до організації позову у великому розмірі. Користуючись цією невідомою широкому загалу інформацією, адвокат за низькою ціною скуповує акції організації, оскільки розраховує на те, що після очікуваного ним залишення судом позову без задоволення ціна акцій зросте<sup>107</sup>.

Досвід країн із традиційною ринковою економікою вказує на недоречність нормативного закріплення вичерпного переліку відомостей, що складають інсайдерську інформацію. Так, відповідно до ч. 2 ст. 161 КК Швейцарії під відомостями, розголошення яких може істотно вплинути на біржовий (добіржовий) курс цінних паперів і використання або повідомлення яких визнається злочином, розуміються відомості не лише про майбутню емісію з певними правами на інвестиції та зв'язок між підприємствами, а й про будь-які подібні обставини. У судовій практиці Великобританії інсайдерською визнається, зокрема, інформація про намір компанії виплатити великі дивіденди за результатами поточного фінансового року або про плани уряду викупити належну компанії землю для будівництва залізниці, а у США – дані про заборгованість емітента перед контрагентами, негативні результати проведеної аудиторської перевірки, закінчення строку дії договорів оренди виробничих потужностей. До того ж, у Великобританії (і цей досвід доцільно запозичити) на законодавчому рівні чітко зафіксовано відмінність інсайдерської інформації від ринкової інформації, до якої належать відомості: 1) про те, що певні цінні папе-

ри були або повинні бути придбані чи відчужені; 2) про те, що їх придбання або відчуження обговорюється чи є предметом переговорів; 3) про кількість, ціну, а так само про осіб, які у певному обсязі братимуть участь у придбанні або відчуженні цінних паперів<sup>108</sup>.

За таких обставин виправданим вважаємо відсутність у ст. 44 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок» положення про те, що належність інформації до інсайдерської визначається НКЦПФР.

У ч. 3 ст. 44 Закону від 23 лютого 2006 р. зазначається, що інформація не вважається інсайдерською з моменту її оприлюднення відповідно до закону. Втілення законного шляху оприлюднення інсайдерської інформації раніше уособлювало рішення ДКЦПФР від 22 липня 2008 р. № 792 «Про порядок розкриття інсайдерської інформації»<sup>109</sup>. Звідси випливало, що якщо та чи інша інформація про емітента, його цінні папери (derivativi) або правочини щодо них була розкрита у спосіб, відмінний від закріпленого у вказаному акті, ця інформація і надалі вважалась інсайдерською.

Характеризуючи інсайдерську інформацію, А.М. Ришелюк пише, що неоприлюдненою слід вважати будь-яку інформацію, яка не опублікована в інформаційних виданнях, призначених для відкритого доступу, або іншим чином (через телебачення, радіо, повідомлення на публічних заходах, під час судового процесу у відкритому судовому засіданні тощо) не доведена до відома невизначеного кола осіб<sup>110</sup>. Поділяючи цю думку, вважаємо, що треба визнавати законним оприлюднення інсайдерської інформації у вигляді, наприклад, повідомлення інформації акціонерам на загальних зборах, групі аналітиків фондового ринку, журналістам на прес-конференції. Цікаво, що у державах Європейського Союзу будь-які обмеження на операції з цінними паперами у зв'язку з інсайдерською торгівлею скасовуються, якщо інформація вже була оприлюднена (незалежно від того, чи було таке оприлюднення правомірним). Натомість відповідно до положень американського фінансового права інсайдерською визнається інформація про діяльність компанії, яка не була офіційно оприлюднена.

<sup>108</sup> Чупрова Е.В. Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – С. 161; Каменський Д. Досвід США у сфері правового забезпечення інвестиційної діяльності: окремі аспекти // Вісник Асоціації правників України. – 2007. – № 11. – С. 14.

<sup>109</sup> Цей документ визнаний таким, що втратив чинність, на підставі рішення НКЦПФР від 26 квітня 2012 р. № 585.

<sup>110</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 705.

<sup>106</sup> Уляницкая А. Секретные материалы. Фондовики предложили клиентам новую услугу, предоставляющую хорошую возможность заработать на инсайдерской информации // Бизнес. – 26 мая 2008 г. – № 21. – С. 52-54.

<sup>107</sup> Клепицкий И.А. Вказана праця. – С. 213-214.

Визначення інсайдерської інформації, закріплене у ст. 44 Закону України від 23 лютого 2006 р., вказує на законний характер оприлюднення і в такий спосіб вносить ясність з питання про суть неоприлюдненості як ознаки інсайдерської інформації. Звідси випливає, що дії з інформацією про емітента, його цінні папери (деривативи) або правочини щодо них, розкритою всупереч законному порядку, за наявності підстав можуть утворювати склад злочину, передбаченого ст. 232-1 КК.

Виходячи з того, що після оприлюднення інформація перестає бути інсайдерською, О.О. Кашкаров висловив слушну думку про те, що передбачене ст. 232-1 КК використання зазначеної інформації можливе у певний проміжок часу – з моменту її виникнення до моменту її оприлюднення<sup>111</sup> (уточнимо – правомірною).

В юридичній літературі зазначається, що інсайдерська інформація одночасно може бути комерційною чи банківською таємницею<sup>112</sup>. Справді, із законодавчих визначень комерційної таємниці (ст. 36 ГК) і банківської таємниці (ст. 60 Закону «Про банки і банківську діяльність») випливає, що вказані таємниці змістовно можуть включати в себе відомості, які відповідають притаманній інсайдерській інформації ознаці істотності: їх оприлюднення здатне суттєво вплинути на вартість цінних паперів конкретного суб'єкта господарювання. Незаконне використання інсайдерської інформації, яка одночасно є комерційною чи банківською таємницею, повністю охоплюється ст. 232-1 і додатковою кваліфікацією за ст. 231 і ст. 232 КК не потребує.

Водночас неоприлюднена та істотна інформація про емітента може взагалі не бути комерційною або банківською таємницею (наприклад, фінансова звітність емітента – це ніщо інше, як інформація за встановленою формою державної звітності, названа у постанові КМУ від 9 серпня 1993 р. № 611 «Про перелік відомостей, які не становлять комерційної таємниці»). З цього приводу В.В. Саєнко, переконаний у нетотожності комерційної таємниці та інсайдерської інформації, пише: «Документи про неплатоспроможність підприємства (наприклад, за результатами проведеного аудиту), інформація про забруднення навколишнього

природного середовища (за яке підприємство може бути покаране як штрафами, так і зобов'язанням відшкодувати заподіяні збитки) та інша інформація, яка не може бути комерційною таємницею, ймовірно може викликати падіння ринкової вартості цінних паперів відповідного емітента після її оприлюднення. А отже, до моменту оприлюднення вона може бути інсайдерською інформацією»<sup>113</sup>.

Сказане, зайвий раз засвідчуючи невдалість вичерпного і конкретизованого переліку відомостей, закріпленого раніше у рішенні ДКЦПФР від 21 листопада 2006 р. № 1344, водночас вказує на те, що не виключається кваліфікація вчиненого за сукупністю злочинів, передбачених ст. 232-1 і ст. 231 (232) КК.

Якщо ж поставитись до розглядуваного співвідношення більш прискіпливо, то ми побачимо, що викладені вище міркування, певною мірою усталені у нашій юридичній літературі, не є безспірними. Річ у тім, що інсайдерська інформація за визначенням не повинна зіставлятись з комерційною чи банківською таємницею, оскільки (на відміну від останньої – таємної інформації) вона підлягає оприлюдненню в силу законодавчих вимог. «Інсайдерам, які мають інформаційні переваги у випадку володіння інсайдерською інформацією, забороняється використовувати цю інформацію у власних цілях до її розголошення ринку, а таке розголошення тільки вітається»<sup>114</sup>. Інсайдерська інформація має особливий статус, визначений законодавством про фондовий ринок і відмінний від правового режиму комерційної і банківської таємниці, а порядок її обігу як складова фондового ринку охороняється окремою кримінально-правовою заборонаю.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у незаконному використанні інсайдерської інформації у спосіб, вказаний у ч. 1 або ч. 2 ст. 232-1 КК. Ч. 1 цієї статті передбачає відповідальність за незаконне розголошення, передачу або надання доступу до інсайдерської інформації, а так само за надання з використанням такої інформації рекомендацій стосовно придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів). У ч. 2 ст. 232-1 КК йдеться про незаконне використання інсайдерської інформації шляхом вчинення з її використанням на власну користь або на користь інших осіб правочинів, спрямованих на придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), яких стосується інсайдерська

<sup>111</sup> Кашкаров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 13.

<sup>112</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 936-937; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 705.

<sup>113</sup> Саєнко В.В. Правове регулювання використання інсайдерської інформації на ринку цінних паперів: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 181-182.

<sup>114</sup> Там само. – С. 177.



інформація<sup>115</sup>.

Перераховані вище діяння, визнані злочинними, заборонені (за винятком розголошення) і ч. 1 ст. 45 Закону від 23 лютого 2006 р. Якщо попередня редакція ст. 232-1 КК, відсилаючи у частині розуміння звороту «незаконне використання інсайдерської інформації» до регулятивного законодавства, носила чітко виражений бланкетний характер, то чинна редакція аналізованої статті, безпосередньо називаючи конкретні прояви незаконного використання інсайдерської інформації, загалом є описовою.

Директива Європейського Парламенту та Ради ЄС № 2003/6/ЄС від 28 січня 2003 р. про інсайдерську діяльність та маніпулювання ринком зобов'язує країни – члени запровадити заборону на: використання інсайдерської інформації при придбанні чи відчуженні або спробі придбати чи здійснити відчуження, прямо чи опосередковано, за власний рахунок чи рахунок третіх осіб фінансові інструменти, яких стосується ця інформація; розголошення інсайдерської інформації стороннім особам, за винятком випадків, коли таке розголошення здійснюється на виконання службового або професійного обов'язку; надання рекомендацій або переконування іншої особи з використанням інсайдерської інформації придбати або продати фінансові інструменти, яких стосується ця інформація<sup>116</sup>.

Таким чином, не дивлячись на те, що згадана Директива не є обов'язковою для виконання в Україні, можна зробити висновок: виокремлення у ст. 232-1 вітчизняного КК як форм незаконного використання інсайдерської інформації незаконного розголошення інсайдерської інформації, надання з використанням інсайдерської інформації рекомендацій щодо придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів) та вчинення з використанням інсайдерської інформації правочинів у цілому узгоджується з міжнародно-правовою практикою боротьби з інсайдерськими зловживаннями.

<sup>115</sup> Подібним чином визначає ознаки досліджуваного злочину німецький законодавець. Закон ФРН про торгівлю цінними паперами 1994 р., будучи представником так званого додаткового кримінального права, передбачає покарання у вигляді тюремного ув'язнення на строк до п'яти років або грошового штрафу для того, хто: 1) за свій або чужий рахунок здійснює операції з використанням інсайдерської інформації; 2) передає таку інформацію за межі своєї установи; 3) дає рекомендації третім особам щодо купівлі-продажу цінних паперів певного емітента з використанням інсайдерської інформації (Сахарова О.Б. Попередження органами внутрішніх справ злочинів, що вчиняються на ринку цінних паперів: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 136-137, 151).

<sup>116</sup> Електронний ресурс. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a68](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a68)

*Апеляційний суд другого округу США за обвинуваченням американської Комісії з цінних паперів і бірж оштрафував українського «хакера» на 580000 доларів США за торгівлю з використанням інсайдерської інформації. 17 жовтня 2007 р. О. Довженко «зламав» комп'ютер у мережі одного з фінансових агентств і викрав прес-реліз компанії IMS Health про фінансові показники за третій квартал 2007 р., який не призначався для розповсюдження до кінця робочого дня. Потім він використав інформацію з прес-релізу у біржовій торгівлі. У результаті, витративши з особистих заощаджень 40000 доларів, Довженко зміг заробити понад 287000 доларів<sup>117</sup>.*

Ч. 1 і ч. 2 ст. 232-1 КК містять вичерпні переліки злочинних діянь. У зв'язку з цим відмінні від прямо перерахованих у цих нормах дії, які той, хто володіє інсайдерською інформацією, вчиняє за допомогою цієї інформації або користуючись фактом наявності у неї такої інформації (наприклад, висунення майнових або інших вимог до власника інсайдерської інформації за повернення відповідних відомостей), не утворюють складу злочину «незаконне використання інсайдерської інформації». До того ж, як справедливо зазначається у літературі<sup>118</sup>, у подібних випадках не використовується властивість інсайдерської інформації у формі здатності впливу на вартість цінних паперів. Відповідні дії за наявності підстав можуть кваліфікуватись за ст. 189 КК як вимагання.

Незаконні передачу інсайдерської інформації або надання доступу до неї іншим особам слід відрізнити від правомірної поведінки, яка не може тягнути відповідальність за ст. 232-1 КК, – розкриття цієї інформації в межах виконання професійних, трудових або службових обов'язків та в інших випадках, передбачених законодавством. Так, зі ст. 42 Закону від 23 лютого 2006 р. випливає, що не визнається злочином розкриття інформації про облік іменних цінних паперів учасниками депозитарної системи України в порядку, встановленому законодавством (на письмовий запит власника інформації чи з його письмового дозволу, за рішенням суду на письмову вимогу органів прокуратури, служби безпеки, внутрішніх справ, НКЦПФР і Антимонопольного комітету України, інших державних органів відповідно до законодавства – стосовно операцій у системах

<sup>117</sup> Десь виграв, десь програв // Дзеркало тижня. – 3 квітня 2010 р. – № 13.

<sup>118</sup> Кондра О. Суспільно небезпечне діяння у ст. 232-1 КК України «Незаконне використання інсайдерської інформації» // Вісник Львівського ун-ту. Серія юрид. – 2011. – Вип. 54. – С. 354.

обліку іменних цінних паперів, що здійснюються конкретною юридичною або фізичною особою за конкретний проміжок часу).

Рекомендації, про які йдеться у ч. 1 ст. 232-1 КК, можуть стосуватись як самого факту придбання, відчуження цінних паперів чи похідних (тобто полягати у пораді придбати, продати відповідні папери або утриматись від їх продажу чи придбання), так і моменту вчинення відповідних дій (порада відкласти придбання, продаж певних паперів на певний період часу або до певної дати) або кількості цінних паперів чи похідних, які мають стати предметом відповідних правочинів<sup>119</sup>.

Як вже зазначалось, ч. 1 ст. 232-1 КК як самостійну форму вчинення розглядуваного злочину передбачає незаконне розголошення інсайдерської інформації. Однак у ст. 45 Закону від 23 лютого 2006 р. незаконне розголошення інсайдерської інформації безпосередньо не фігурує в переліку заборонених дій. На думку Ю.Г. Старовойтової, це обумовлено тим, що незаконна передача інсайдерської інформації та незаконне надання доступу до неї, які передбачені в законодавчому переліку заборонених діянь, є за своєю соціально-правовою суттю розголошенням. У зв'язку з цим авторка висуває конструктивну пропозицію виключити зі ст. 232-1 КК вказівку на такі форми, як незаконна передача інсайдерської інформації та незаконне надання доступу до такої інформації, оскільки вони є різновидами розголошення<sup>120</sup>.

Згідно з ч. 1 ст. 44 Закону від 23 лютого 2006 р. інсайдерською є певна інформація лише про ті цінні папери (включаючи похідні), що перебувають в обігу на фондовій біржі. Попередня редакція ст. 232-1 КК охоплювала незаконне використання інсайдерської інформації як на біржовому (фондовій біржі), так і на позабіржовому (торгівельно-інформаційні системи<sup>121</sup>) ринках

<sup>119</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 705.

<sup>120</sup> Старовойтова Ю.Г. Форми незаконного використання інсайдерської інформації відповідно до ст. 232-1 КК України: аналіз законодавчих новел // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 483-484.

<sup>121</sup> Торговельно-інформаційна система – це юридична особа, яка здійснює діяльність з організації торгівлі цінними паперами на позабіржовому ринку та володіє або управляє електронною торговельно-інформаційною мережею (ЕТІМ) або іншою системою засобів, що надає можливість обміну пропозиціями купівлі та продажу цінних паперів. Статус торговельно-інформаційної системи юридична особа набуває після реєстрації в ДКЦПФР. ЕТІМ – це позабіржова електронна система, що зв'язує торговців цінними паперами в різних місцях і дає їм змогу обмінюватися котируваннями і укладати

цінних паперів. В Україні «на вторинному ринку цінних паперів, як і на первинному, провідні позиції займає позабіржовий обіг. Саме поза межами фондових бірж здійснюється реалізація основної частки вперше емітованих цінних паперів і практично вся вторинна торгівля»<sup>122</sup>. При цьому небезпека використання неоприлюдненої інформації у процесі курсоутворення цінних паперів у торговельно-інформаційних системах є не меншою, ніж тоді, коли це відбувається на фондових біржах<sup>123</sup>. За таких обставин рішення вітчизняного законодавця обмежити коло відомостей, що становлять інсайдерську інформацію, а, отже, сферу застосування ст. 232-1 КК навряд чи може бути розцінене схвально.

Незаконне використання інсайдерської інформації у спосіб, вказаний у ч. 1 або ч. 2 ст. 232-1 КК, визнається злочином, якщо воно призвело до отримання особою, яка вчинила незаконні дії, чи третіми особами необґрунтованого прибутку в значному розмірі<sup>124</sup>, уникнення учасником фондового ринку чи третіми особами значних збитків або до заподіяння значної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. Згідно з приміткою до ст. 232-1 КК *значним розміром (значним збитком, значною шкодою)* вважається розмір (збиток, шкода), який в п'ятсот і більше разів перевищує НМДГ

З цього законодавчого припису, вочевидь, випливає, що значна шкода, заподіяна фізичним та юридичним особам незаконним виростанням інсайдерської інформації, як ознака об'єктивної сторони складу аналізованого злочину носить саме і тільки матеріальний характер. Поста- витись до такої законодавчої новели слід критично, оскільки нематеріальні суспільно небезпечні наслідки незаконного використання інсайдерської інформації можуть бути для фондового ринку не менш вагомими (зрив ділових переговорів, припинення біржових торгів, зміна угоди без затримок в часі.

<sup>122</sup> Кологойда О.В. Правове регулювання фондового ринку України: навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 280.

<sup>123</sup> Глушков В.О., Коваленко П.М. Шахрайство на фінансових ринках у біржовій торгівлі. Правовий та кримінологічний аналіз. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. – С. 112-113.

<sup>124</sup> Володіння інсайдерською інформацією, ставлячи винних осіб у переважне становище порівняно з іншими суб'єктами фондового ринку, дозволяє отримувати їм набагато більший дохід, ніж той, який можна було отримати за звичайних умов. Цю тезу гарно ілюструє такий історичний приклад. Н. Ротшильд, знаючи про поразку Наполеона 18 червня 1815 р. у битві при Ватерлоо, від якої залежала доля економіки Англії, зробив так, щоб інші біржові гравці повірили в поразку Англії. Як наслідок облігації англійського уряду почали продаватись і таємно скуповувались агентами Ротшильда за дуже низькими цінами. Ця оборудка зробила Ротшильда найбагатшою людиною у тогочасній Англії.

організаційної структури юридичної особи, підрив ділової репутації учасника фондового ринку тощо). Разом з тим тяжкі наслідки як кваліфікуюча ознака злочину, як це випливає з примітки до ст. 232-1 КК, можуть носити і нематеріальний характер.

Значна шкода з точки зору кваліфікації за ст. 232-1 КК може охоплювати як пряму дійсну шкоду (збитки від знецінення вартості цінних паперів або від придбання контрольного пакету акцій за завищеною ціною тощо), так і неoderжані доходи. Наприклад, особі завдається шкода через те, що вона могла б одержати кращу ціну, якби інсайдерська інформація була розкрита до вчинення правочину з цінними паперами, або взагалі утрималася б від вчинення такого правочину. «...якщо в ході розслідування кримінальної справи буде з'ясовано, що у разі незаконного використання інсайдерської інформації умислом винного охоплювалось перешкоджання певній особі, наприклад, емітенту цінних паперів, в отриманні доходів, які ця особа б реально одержала за звичайних обставин (було укладено попередні договори купівлі-продажу цінних паперів або їхнього розміщення; прийнято рішення про виплату дивідендів тощо), то ця упущена вигода повинна враховуватись винному як суспільно-небезпечні наслідки його дій. Упущена вигода в такому випадку полягатиме у тих доходах, які б реально одержав учасник ринку цінних паперів, якби винний не вчинив незаконного використання інсайдерської інформації»<sup>125</sup>.

При встановленні розміру шкоди, заподіяної незаконним використанням інсайдерської інформації, можуть бути взяті до уваги Методичні рекомендації щодо визначення вартості чистих активів акціонерних товариств, затверджені рішенням ДКЦПФР від 17 листопада 2004 р. № 485, і Методика розрахунку збитків акціонерів при реорганізації шляхом злиття або приєднання товариств, яка затверджена рішенням ДКЦПФР від 4 серпня 2006 р. № 720 і яка під збитками акціонерів розуміє зменшення вартості чистих активів товариства у розрахунку на належні їм акції.

Називати отримання необґрунтованого прибутку в значному розмірі та уникнення значних збитків суспільно небезпечними наслідками незаконного використання інсайдерської інформації<sup>126</sup> неправильно, адже під наслідком

<sup>125</sup> Кондра О. Суспільно небезпечні наслідки злочину у ст. 232-1 КК України «Незаконне використання інсайдерської інформації» // Вісник Львівського ун-ту. Серія юрид. – 2010. – Вип. 51. – С. 349.

<sup>126</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 705-706.

як обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочинів із матеріальним складом у кримінальному праві традиційно розуміють шкоду, спричинену злочинним діянням охоронюваним кримінальним законом відносинам. Прибуток у значному розмірі, як і уникнення значних збитків, що фігурують у ст. 232-1 КК як криміноутворюючі ознаки – це, на нашу думку, менш проблемні з точки зору встановлення показники масштабів злочинної поведінки, однак у жодному разі не шкода, заподіяна злочином відносинам у сфері господарської діяльності. Таким чином, склад злочину, передбаченого і ч. 1, і ч. 2 ст. 232-1 КК, за своєю законодавчою конструкцією є формально-матеріальним.

Можна сказати, що у цьому разі законодавчі зміни певною мірою співзвучні напрацюванням науковців. Якщо у випадку існування прямих договірних відносин між продавцем і покупцем встановити конкретного потерпілого від дій певного інсайдера нескладно, то зробити це на фондовому ринку, який є анонімним (знеособленим) і на якому далеко не завжди можна визначити, хто виступив контрагентом інсайдера, – доволі проблематично. В.В. Саєнко справедливо зауважує, що інсайдерські операції з цінними паперами вирізняються саме тим, що при їх здійсненні важко (практично неможливо) встановити причинно-наслідковий зв'язок між поведінкою інсайдера і шкодою, заподіяною у певний проміжок часу конкретному інвестору або емітенту<sup>127</sup>. У зв'язку з цим в літературі висувалась слушна пропозиція перетворити аналізований склад злочину із матеріального у формальний. Пояснювалось це множинністю чинників на фондовому ринку та, як наслідок, складністю встановлення причинного зв'язку між діянням винного і настанням істотної матеріальної шкоди (обов'язкова ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого попередньою редакцією ст. 232-1 КК), а також неможливістю розроблення відповідної методики<sup>128</sup>.

Якщо незаконне використання інсайдерської інформації не потягло за собою отримання необґрунтованого прибутку в значному розмірі, уникнення значних збитків або заподіяння значної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, вчинене визнається адміністративним проступком (ст. 163-9 КпАП).

<sup>127</sup> Саєнко В.В. Правове регулювання використання інсайдерської інформації на ринку цінних паперів: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 36-38, 205-210; Саєнко В. Інсайдері можуть спати спокійно... // Юридична газета. – 15 лютого 2007 р. – № 7.

<sup>128</sup> Кашкаров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 5, 13, 17.



Незаконне використання інсайдерської інформації у частині дій, якими заподіяно шкоду правам, свободам та інтересам окремих громадян або інтересам юридичних осіб, віднесено до кримінальних правопорушень, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення (ст. 477 КПК 2012 р.).

Фондова біржа повинна повідомити НКЦПФР про операції з цінними паперами (деривативами), які здійснюються на такій фондовій біржі, у разі, якщо існує підозра в тому, що під час здійснення таких операцій використовується або може бути використана інсайдерська інформація. Невиконання цього обов'язку за наявності ознак відповідного складу злочину може розцінюватись як злочин у сфері службової діяльності.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. За ст. 232-1 КК можуть нести відповідальність особи, вказані у примітці до цієї статті. Це: посадові особи емітента, у т.ч. ті, які були посадовими особами емітента на момент ознайомлення з інсайдерською інформацією<sup>129</sup>; особи, які мають доступ до інсайдерської інформації у зв'язку з виконанням ними трудових (службових) обов'язків або договірних зобов'язань незалежно від відносин з емітентом, у т.ч. співробітники професійних учасників фондового ринку; державні службовці, яким інсайдерська інформація відома внаслідок виконання ними посадових (службових) обов'язків; особи, які ознайомилися з інсайдерською інформацією неправомірним шляхом<sup>130</sup>; аудитори, нотаріуси, експерти, оцінювачі, арбітражні керуючі або інші особи, які виконують надані законом публічні повноваження<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> У п. 7 Методичних рекомендацій щодо доступу акціонерів та інших заінтересованих осіб до інформації про акціонерне товариство, затверджених рішенням ДКЦПФР від 26 січня 2005 р. № 27, прямо зазначається, що носіями інсайдерської інформації є як діючі, так і колишні члени наглядової ради або виконавчого органу акціонерного товариства.

<sup>130</sup> Ст. 180 КК Китаю, визнаючи злочином купівлю або продаж цінних паперів, а так само розголошення інформації, яка має значення для котирування цінних паперів і яка не була оголошена, також чітко вказує на те, що до відповідальності притягуються особи, які, по-перше, інформовані про внутрішню ситуацію щодо угод з цінними паперами (коло таких осіб визначається законодавством) і, по-друге, незаконно отримали таку інформацію.

<sup>131</sup> Для порівняння: у США за інсайдерську торгівлю цінними паперами можуть нести кримінальну відповідальність не лише інсайтери у традиційному розумінні цього поняття (або, інакше кажучи, класичні корпоративні інсайтери) – особи, які володіють внутрішньою конфіденційною інформацією компанії через свій особливий статус та мають фідучіарні зобов'язання перед акціонерами (директори, інші посадові особи компанії, власники великих пакетів цінних паперів), а й так звані тимчасові інсайтери. Це – сторонні щодо компанії особи, які вважаються довіреними особами щодо своїх роботодавців та їх клієнтів і яким важлива корпоративна інформація стає відомою у зв'язку з наданням професійних послуг компанії, контролем за її діяльністю чи веденням спільної господарської діяльності (банківські службовці, аудитори, адвокати, працівники інвестиційних

Загалом ми погоджуємось з А.М. Ришелюком, на думку якого аналіз наведеного вище переліку осіб свідчить, що «фактично суб'єктом цього злочину може бути будь-яка особа, якій відома інсайдерська інформація, незалежно від її відносин з емітентом цінних паперів або від того, яким чином відповідна інформація стала відома особі»<sup>132</sup>.

Таким чином, злочином, передбаченим ст. 232-1 КК, визнається у т.ч. вторинна інсайдерська діяльність – діяльність осіб, які не мають безпосереднього доступу до інсайдерської інформації і не пов'язані з емітентами цінних паперів трудовими (службовими) або договірними відносинами, але які взнали інсайдерську інформацію в силу виконуваної роботи (водії таксі, прибиральники, інші працівники обслуговуючого персоналу тощо). Навіть якщо такі особи не знали і за обставинами справи не повинні були знати, що певна інформація надійшла їм саме від інсайдера, вони мають визнаватись суб'єктами розглядуваного злочину.

Неоднозначність зберігається хіба що у частині можливості визнання суб'єктом аналізованого злочину так званого випадкового набувача, який взнає інсайдерську інформацію не у зв'язку з виконанням трудових (службових) обов'язків або договірних зобов'язань. Наприклад, особі інсайдерську інформацію добровільно повідомив близький родич – працівник емітента або особа випадково почула відповідну інформацію. З одного боку, і такий набувач інформації є особою, яка володіє інсайдерською інформацією. З іншого, він, вочевидь, не підпадає під жодну з категорій осіб, названих у примітці до ст. 232-1 КК, а тому не може нести відповідальність на підставі цієї норми КК як виконавець. І ця ситуація підтверджує обстоювану нами позицію, згідно з якою суб'єкт аналізованого злочину є не загальним, а спеціальним.

Відповідно до п. 5 скасованого на сьогодні Рішення ДКЦПФР від 22 липня 2008 р. № 792 «Про порядок розкриття інсайдерської інформації» емітенти або професійні учасники цінних паперів, які здійснюють операції з цінними паперами емітента, зобов'язані були вести облік осіб, які мають доступ до інсайдерської інформації, шляхом відображення персональних даних про таких осіб, а також дати отримання інсайдерської інформації та її виду. Однак кримінально-правове значення вказаного обліку і брокерських фірм, представники контролюючих органів тощо), а також особи, які використовують неоприлюднену внутрішню інформацію про корпорацію за порадою фідучіарія (Сасенко В.В. Правове регулювання використання інсайдерської інформації на ринку цінних паперів: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 47-70).

<sup>132</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 706.

не варто було перебільшувати. Адже суб'єктом злочину, передбаченого ст. 232-1 КК, цілком може бути визнано і ту особу, відомості про яку у вказаному обліку не фігурують. Зокрема, це стосується працівників обслуговуючого і технічного персоналу емітентів і професійних учасників ринку цінних паперів, які не мають офіційного доступу до інсайдерської інформації (так би мовити, не посвячені у неї), але які визнають (отримують) інсайдерську інформацію в результаті виконуваних трудових обов'язків (наприклад, секретар або особистий водій керівника емітента почув відповідну розмову), а так само осіб, які здобувають інсайдерську інформацію шляхом вчинення незаконного діяння.

**Суб'єктивна сторона** характеризується умислом.

Необережне порушення порядку зберігання інсайдерської інформації, яке призвело до ознайомлення з нею сторонніх осіб (наприклад, недбале поводження з документами), ознак аналізованого складу злочину не містить і може розцінюватись як службова недбалість (ст. 367 КК).

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 3 ст. 232-1 КК) є повторність, вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб і спричинення тяжких наслідків. *Тяжкими наслідками*, якщо вони полягають у заподіянні матеріальних збитків, вважається шкода, яка в тисячу і більше разів перевищує НМДГ (примітка до ст. 232-1 КК). У тій частині, в якій вони носять нематеріальний характер, тяжкі наслідки є оціночною ознакою.

**Особливо кваліфікуючою ознакою** злочину (ч. 4 ст. 232-1 КК) є вчинення злочину організованою групою осіб.

**Маніпулювання на фондовому ринку** (ст. 222-1 КК). Основним **безпосереднім об'єктом** злочину є фондовий ринок у частині встановленого порядку ціноутворення на ринку цінних паперів, а *додатковим* – власність.

Відповідно до ст. 21 і ст. 24 Закону від 23 лютого 2006 р. фондова біржа утворюється не менше ніж двадцятьма засновниками – торговцями цінними паперами, які мають ліцензію на право провадження професійної діяльності на фондовому ринку, або їх об'єднанням, що налічує не менше ніж двадцять торговців цінними паперами. Фондова біржа має право провадити діяльність з організації торгівлі на фондовому ринку з моменту отримання ліцензії НКЦПФР. Фондова біржа створює організаційні умови для укладання договорів з цінними паперами шляхом котирування цінних паперів на основі даних попиту і пропозицій, отриманих від учасників торгів на фондовій біржі. Торгівля на фондовій

біржі здійснюється за правилами фондової біржі, які затверджуються біржовою радою та реєструються НКЦПФР.

Відповідно до ч. 2 ст. 1 Директиви Європейського Парламенту та Ради ЄС № 2003/6/ЄС від 28 січня 2003 р. про інсайдерську діяльність та маніпулювання ринком під ринковими маніпуляціями розуміється: 1) укладення або санкціонування угоди, яка може призвести до формування неправильного уявлення про попит на фінансові інструменти, пропозицію фінансових інструментів або їх вартість, або яка завдяки скоординованим зусиллям однієї чи кількох осіб забезпечує встановлення ціни на фінансові інструменти на надзвичайно низькому, високому або штучному рівні; 2) укладення або санкціонування угоди із застосуванням засобів обману чи хитрощів; 3) поширення у ЗМІ, у т.ч. в Інтернеті або в будь-який інший спосіб недостовірних відомостей про фінансові інструменти, що може призвести до формування неправильного ставлення до певних фінансових інструментів, зокрема, поширення пліток, неправдивих і оманливих відомостей. Ст. 5 Директиви покладає на країни – члени ЄС обов'язок заборонити будь-яким особам займатись маніпулюванням ринку.

Однією з країн, що виконали цей обов'язок, є Швейцарія, КК якої містить ст. 161 bis під назвою «Маніпуляції з курсом цін». Відповідно до цієї норми злочин вчиняє той, хто з метою істотно вплинути на курс діючих у Швейцарії цінних паперів з тим, щоб отримати від цього для себе або третьої особи незаконну майнову вигоду, завідомо розповсюджує інформацію, що вводить в оману, або вчиняє купівлю чи продаж цінних паперів, якщо це прямо або побічно призводить до двосторонніх розрахунків вказаних осіб або осіб, пов'язаних вказаною метою.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 222-1 КК, полягає у вчиненні дій, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі. При цьому ознаки таких дій мають бути встановлені законом щодо державного регулювання ринку цінних паперів. Наразі таким законом є Закон «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні». Відповідно до ст. 10-1 цього Закону *маніпулюванням цінами на фондовому ринку* визнаються такі дії:

1) здійснення або намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів<sup>133</sup>, які надають

<sup>133</sup> Під фінансовими інструментами слід розуміти цінні папери, строкові контракти (ф'ючерси), інструменти грошового обігу, відсоткові строкові контракти (форварди), строкові контракти на обмін (на певну дату в майбутньому) в разі залежності ціни від відсоткової ставки, валютного курсу чи фондового індексу (відсоткові, курсові чи індексні свопи),

або можуть надавати уявлення щодо поставки, придбання або ціни фінансового інструменту, що не відповідають дійсності, та вчиняються одноосібно або за попередньою змовою групою осіб і призводять до встановлення інших цін, ніж ті, що існували б за відсутності таких операцій або заявок;

2) здійснення або намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів шляхом вчинення умисних протиправних дій, у т.ч. шахрайства чи використання інсайдерської інформації;

3) поширення інформації через ЗМІ, у т.ч. електронні, або будь-якими іншими способами, яке призводить або може призвести до введення в оману учасників ринку щодо ціни, попиту, пропозиції або обсягів торгів фінансових інструментів на фондовій біржі, що не відповідають дійсності, зокрема, поширення недостовірної інформації, у разі коли особа, яка поширила таку інформацію, знала або повинна була знати, що ця інформація була недостовірною;

4) купівля або продаж фінансових інструментів перед закриттям торговельної сесії фондової біржі з метою введення в оману учасників ринку щодо цін, які склалися наприкінці торговельної сесії;

5) неодноразове протягом торговельного дня укладення двома або більше учасниками торгів угод купівлі чи продажу фінансових інструментів у власних інтересах чи за рахунок одного і того ж клієнта, за якими кожен з учасників торгів виступає як продавець та покупець одного і того ж фінансового інструменту за однаковою ціною в однаковій кількості або які не мають очевидного економічного сенсу або очевидної законної мети хоча б для одного з учасників торгів (або їх клієнтів), а також надання клієнтом кільком учасникам біржових торгів доручення на укладення в його інтересах однієї або більше угод з одним і тим самим фінансовим інструментом, під час яких покупець та продавець діють в інтересах клієнта;

6) неодноразове протягом торговельного дня здійснення або намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів, що не мають очевидного економічного сенсу або очевидної законної мети, якщо за результатами таких торгів власник таких фінансових інструментів не змінюється;

7) неодноразове невиконання учасником біржових торгів зобов'язань за біржовими контрактами, укладеними протягом торговельного дня у власних інтересах або за рахунок опціонів, що дають право на купівлю або продаж будь-якого із зазначених фінансових інструментів, у т.ч. тих, що передбачають грошову форму оплати (курсів та відсоткові опціони) (ст. 1 Закону від 23 лютого 2006 р.).

клієнтів, якщо укладення зазначених контрактів спричинило значне збільшення або зниження ціни фінансового інструменту, за умови, що такі контракти мали суттєвий вплив на ціну такого інструменту;

8) укладення на фондовій біржі угод з фінансовим інструментом за ціною, що має суттєве відхилення від ціни відповідного фінансового інструменту, яка склалася на фондовій біржі тієї ж торговельної сесії (поточна ціна) шляхом подання безадресних заявок, за умови, що угоди укладені від імені та (або) за рахунок осіб, між якими (працівниками яких) існувала попередня домовленість про придбання або продаж фінансового інструменту за ціною, що має суттєве відхилення від поточної ціни.

Водночас згаданим Законом передбачено, що не є маніпулюванням цінами на фондовому ринку дії, які мають на меті: 1) підтримання цін на емісійні цінні папери у зв'язку з їх публічним розміщенням або обігом, за умови, що такі дії вчиняються учасником біржових торгів на підставі відповідного договору з емітентом таких цінних паперів; 2) підтримання цін на цінні папери відкритих або інтервальних інститутів спільного інвестування у зв'язку з їх викупом у випадках, установлених законом; 3) підтримання цін, попиту, пропозиції або обсягів торгів фінансовими інструментами, за умови, що такі дії вчиняються учасником біржових торгів на підставі відповідного договору з фондовою біржею. Також не визнається маніпулюванням на фондовому ринку дії, що вчиняються органами державної влади у зв'язку з реалізацією грошово-кредитної політики або політики управління державним боргом.

Цілком очевидно, що викладений вище законодавчий матеріал занадто складний для сприйняття. Використання у ньому розпливчастих формулювань на кшталт «намагання здійснити операції», «очевидний економічний сенс», «суттєве відхилення від ціни» явно не сприятимуть ефективному застосуванню ст. 222-1 КК на практиці. Взагалі, як слушно зазначає В.О. Гацелюк, описання розглядуваної кримінально-правової заборони не відповідає ustalеним прийомам законодавчої техніки і принципам кримінального права<sup>134</sup>.

Хоча об'єктивна сторона розглядуваного злочину у багатьох випадках може складатись з однієї дії, на практиці винні особи для досягнення

<sup>134</sup> Гацелюк В.О. Ризики бланкетного способу визначення ознак об'єктивної сторони складу злочину (в контексті криміналізації маніпулювання на фондовому ринку) // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозиуму, 23-24 вересня 2011 р. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 103-107.



бажаних для них результатів, як правило, вдаються до вчинення значної кількості скоординованих між собою дій. В таких випадках усі ці дії охоплюються складом одного злочину. Водночас якщо описаний у законі спосіб маніпулювання передбачає вчинення «неодноразових» дій або актів бездіяльності, слід вважати, що для наявності складу злочину, передбаченого ст. 222-1 КК, такі дії (акти бездіяльності) мають бути вчинені принаймні двічі<sup>135</sup>.

Маніпулювання на фондовому ринку визнається злочином, якщо воно призвело до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, до уникнення професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами збитків у значних розмірах або до заподіяння значної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. Таким чином, склад злочину, передбаченого ст. 222-1 КК, за своєю законодавчою конструкцією є формально-матеріальним.

Згідно з приміткою до ст. 222-1 КК значним розміром (значною шкодою) вважається розмір (шкода), який в п'ятсот і більше разів перевищує НМДГ.

У тому разі, коли маніпулювання на фондовому ринку не потягло за собою отримання прибутку в значному розмірі, уникнення збитків у значних розмірах або заподіяння значної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, вчинене визнається адміністративним проступком (ст. 163-8 КпАП).

Якщо передбачені ст. 222-1 КК дії одночасно містять ознаки шахрайства, незаконного використання інсайдерської інформації або іншого злочину, вони мають додатково кваліфікуватись за статтями 190, 232-1 або іншою відповідною нормою КК<sup>136</sup>.

**Суб'єктом** злочину є службова особа учасника фондового ринку. Відповідно до ст. 2 Закону від 23 лютого 2006 р. *учасниками фондового ринку* є емітенти, інвестори, саморегульвні організації та професійні учасники фондового ринку.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умислом.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 222-1 КК) є повторність, вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб і спричи-

нення тяжких наслідків. *Тяжкими наслідками* вважається шкода, яка в тисячу і більше разів перевищує НМДГ (примітка до ст. 222-1 КК). Оскільки під тяжкими наслідками у цьому разі розуміється лише заподіяна злочинною поведінкою шкода, скоєне, наслідком якого було не заподіяння шкоди, а отримання прибутку або уникнення збитків, не може кваліфікуватись за ч. 2 ст. 222-1 КК за ознакою спричинення тяжких наслідків незалежно від розміру одержаного прибутку або розміру збитків, яких вдалось уникнути.

Цікаво, що кваліфікуючою ознакою маніпулювання цінами на ринку цінних паперів згідно з ч. 2 ст. 185.3 КК РФ визнається вчинення цього діяння з використанням ЗМІ або інформаційно-телекомунікаційних мереж загального користування, включаючи мережу Інтернет. Підвищена суспільна небезпека такої поведінки вбачається в її здатності ввести в оману щодо цін на ринку цінних паперів велику кількість учасників цього ринку і, відповідно, заподіяти велику шкоду<sup>137</sup>.

**Приховування інформації про діяльність емітента** (ст. 232-2 КК). Основний **безпосередній об'єкт** злочину – фондовий ринок у частині встановленого порядку обігу інформації про емітента як учасника такого ринку, *додатковий* – власність.

Згідно зі ст. 116 ЦК і ст. 88 ГК учасник господарського товариства має право одержувати інформацію про діяльність товариства у порядку, встановленому установчими документами. У ст. 10 Закону «Про господарські товариства» конкретизовано, що на вимогу учасника товариства зобов'язане надавати йому для ознайомлення річні баланси, звіти товариства про його діяльність і протоколи зборів. Відповідно до ст. 78 Закону «Про акціонерні товариства» протягом 10 днів з моменту надходження письмової вимоги акціонера корпоративний секретар, а в разі його відсутності – виконавчий орган акціонерного товариства зобов'язаний надати акціонеру завірені копії певних документів (статуту товариства, свідоцтва про його державну реєстрацію, річної фінансової звітності, переліку афілійованих осіб, висновків ревізійної комісії та аудитора товариства, проспекту емісії тощо), особливу інформацію про товариство. Будь-який акціонер, за умови повідомлення виконавчого органу товариства не пізніше ніж за два робочих дні, має право на ознайомлення із вказаними документами у приміщенні товариства за його місцезнаходженням у робочий час. Акціонери також можуть отримувати додаткову інформацію про діяльність товариства за згодою виконавчо-

<sup>135</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юрична думка, 2012. – С. 677.

<sup>136</sup> Там само. – С. 678.

<sup>137</sup> Русанов Г.А. Преступления на рынке ценных бумаг: Монография. – М.: ЮРКОМПАНИ, 2011. – С. 105-106.

го органу товариства або у випадках і в порядку, передбачених статутом або рішенням загальних зборів акціонерного товариства.

Закон передбачає також право акціонерів на одержання повідомлень про проведення загальних зборів акціонерного товариства та повідомлень щодо можливості придбання додаткових акцій в порядку реалізації переважного права акціонера. В період від дати надіслання акціонерам відповідних повідомлень до дати проведення загальних зборів акціонерне товариство повинно надати акціонерам можливість ознайомитися з документами, необхідними для прийняття рішень з питань порядку денного, за місцезнаходженням товариства у робочі дні, робочий час та в доступному місці, а в день проведення загальних зборів – також у місці їх проведення. У повідомленні про проведення загальних зборів вказуються конкретно визначене місце для ознайомлення (номер кімнати, офісу тощо) та посадова особа товариства, відповідальна за порядок ознайомлення акціонерів з документами.

Розкриваючи зміст використаного у ст. 232-2 КК словосполучення «інформація про діяльність емітента в межах, передбачених законом», треба враховувати, що господарське товариство зобов'язане надавати учаснику (акціонеру) на його вимогу лише документи звітного характеру (річні баланси, звіти про фінансово-господарську діяльність, протоколи ревізійної комісії, протоколи зборів органів управління товариства) та інформацію, що міститься в установчих документах товариства, а не будь-яку інформацію щодо господарської діяльності товариства, якщо інше не передбачено установчими документами товариства (п. 36 постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2008 р. № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних прав»).

*Потерпілим* від злочину є інвестор у цінні папери (у т.ч. акціонер).

При цьому слід враховувати, що учасник товариства (акціонер) може вимагати надання інформації про діяльність товариства з дати, коли він набув статусу учасника (акціонера). Реалізація корпоративних прав, що випливають з акції (у т.ч. права на отримання інформації про діяльність товариства), є можливою лише після внесення відповідних змін до реєстру власників іменних цінних паперів (п. 37 згаданої постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2008 р. № 13).

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується сукупністю трьох ознак: 1) діяння – ненадання інвестору в цінні папери (у т.ч. акціонеру) на його письмовий запит інформації про діяльність емітента в межах, передбачених законом, або надання недостовірної інформації; 2) наслідки у вигляді матеріальної шкоди у знач-

ному розмірі; 3) причинний зв'язком між вказаними діяннями та наслідками.

*Ненадання інформації про діяльність емітента* – це бездіяльність винного, внаслідок якої інвестор не отримав інформацію, яку він на законних підставах вимагав надати у своєму письмовому запиті. Обов'язковою умовою вчинення злочину шляхом ненадання інформації є одержання емітентом письмового запиту інвестора про надання відповідної інформації. Надання документів у неповному обсязі також варто визнавати ненаданням інформації.

*Надання недостовірної інформації про діяльність емітента* може, зокрема, набувати вигляду надання інвестору у будь-який спосіб (направлення поштою, вручення особисто тощо) підроблених документів, направлення повідомлень, які містять недостовірні відомості (наприклад, про час, місце проведення і порядок денний загальних зборів акціонерного товариства).

П.П. Андрушко пов'язує відповідальність за надання недостовірної інформації інвестору з письмовим запитом останнього<sup>138</sup>. Вважаємо однак таке тлумачення кримінального закону обмежувальним. На наш погляд, надання недостовірної інформації про діяльність емітента може кваліфікуватись за ст. 232-2 КК незалежно від того, вчинено воно на запит інвестора або без такого запиту.

Злочинне приховування інформації про діяльність емітента, яке полягає у ненаданні певної інформації у відповідь на письмовий запит конкретного інвестора або у наданні недостовірної (повністю або частково) інформації, слід відрізняти від порушення порядку розкриття інформації на фондовому ринку (у т.ч. нерозкриття належної інформації, яка за законом має доводитись до відома НКЦПФР, оприлюднення недостовірної інформації). Зазначена поведінка визнається не злочином, а адміністративним проступком (ст. 163-11 КпАП).

Злочин визнається *закінченим* з моменту заподіяння потерпілому матеріальної шкоди *у значному розмірі*, тобто шкоди, яка у п'ятсот і більше разів перевищує НМДГ (примітка до ст. 232-2 КК). За відсутності такої шкоди приховування інформації про діяльність емітента тягне адміністративну відповідальність (ч. 1 ст. 163-5 КпАП). Відповідно до ст. 477 КПК 2012 р. кримінальне провадження за ст. 232-2 КК може бути розпочато лише на підставі заяви потерпілого.

<sup>138</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-ге вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 937, 942.

Як справедливо зазначає П.П. Андрушко, саме по собі ненадання інвестору інформації про діяльність емітента або надання йому недостовірної інформації шкоди інвестору заподіяти не може. Ця шкода заподіюється тим, що інвестором прийнято неправильне рішення щодо операцій з цінними паперами, ухвалення якого було обумовлене неволодінням інформацією про діяльність емітента або змістом такої інформації, яка виявилась недостовірною<sup>139</sup>.

Не кримінальну, а адміністративну відповідальність тягне ненадання посадовою особою емітента або професійного учасника фондового ринку, який веде облік прав власності на цінні папери, інвестору в цінні папери документів, що підтверджують право власності на них (ст. 163-6 КпАП).

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це службова особа емітента (наприклад, член колегіального виконавчого органу акціонерного товариства). Розглядуване діяння додаткової кваліфікації за ст. 364-1 КК не потребує.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умислом.

**Кваліфікуючою ознакою** злочину (ч. 2 ст. 232-2 КК) є повторність.

### 9.3. Злочини проти системи оподаткування і системи загальнообов'язкового державного соціального страхування

**Незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів** (ст. 204 КК). **Суспільна небезпека** злочину визначається не лише чітко вираженою фіскальною спрямованістю цього посягання. Вона полягає у заподіянні шкоди економічним інтересам держави, встановленому законодавством порядку виробництва та реалізації підакцизних товарів, скороченні надходжень до бюджету (через систему оподаткування) належних грошових сум від легального обігу алкогольних напоїв, тютюнових виробів та інших підакцизних товарів, розширенні тіньового сектору економіки, зниженні інвестиційної привабливості країни, посягання на засади добросовісної конкуренції, посиленні позицій організованої злочинності, негативному впливі на здоров'я людей. Як слушно зазначається в літературі, внаслідок вчинення злочинів, пов'язаних із незаконним обігом алкогольних напоїв і тютюнових виробів і передбачених ст. 204 і ст. 216 КК, спричиняються збитки державі у вигляді десятків мільйонів гривень несплаченого

акцизного збору, а так само втрачається здоров'я багатьох людей – споживачів недоброякісних підакцизних товарів<sup>140</sup>.

Основним **безпосереднім об'єктом** розглядуваного злочину є система оподаткування в частині встановленого порядку виробництва та обігу підакцизних товарів, а **додатковим** – засади добросовісної конкуренції. Діяння, передбачені ст. 204 КК, не лише дискредитують торговельні марки легальних виробників підакцизних товарів, а й завдяки демпінговому ціноутворенню призводять до зменшення обсягів продаж таких виробників. Злочин, караний за ч. 3 ст. 204 КК, належить до двооб'єктних: він посягає не лише на встановлений порядок акцизного оподаткування, а й на життя та здоров'я людей як споживачів недоброякісної підакцизної продукції<sup>141</sup>. Таким чином, можна констатувати спектр завдань, що стоять перед закріпленими у ст. 204 КК кримінально-правовими заборонами: це і захист фінансових інтересів держави в частині справляння акцизу та інших податкових платежів, і впорядкування діяльності виробників і продавців підакцизних товарів, і забезпечення безпеки споживачів таких товарів, і захист від недобросовісної конкуренції.

За умов такої багатовекторності пріоритет у визначенні об'єкта злочинів, передбачених ст. 204 КК, цілком природно може віддаватись як фіскальній складовій, так і іншим відносинам, наприклад, правопорядку у сфері зайняття підприємницькою діяльністю з виробництва та реалізації підакцизних товарів, як це робить, наприклад, М.М. Мінаєв<sup>142</sup>. З приводу допущеної названим науковцем непослідовності у відгуку офіційного опонента Н.О. Гуторової на його кандидатську дисертацію зазначається, що єдиним критерієм відмежування підакцизних товарів від інших, у т.ч. високоліквідних товарів є особливість оподаткування їх виробництва та обігу, а саме встановлення акцизного збору. За таких обставин, слушно зауважує Н.О. Гуторова, важко зрозуміти М.М. Мінаєва, який, з одного боку, пропонує закріпити у ст. 204 КК як предмет злочину виключно товари, на які встановлено акцизний збір, а, з іншого, – не визнає податкові відносини основним об'єктом цього злочину.

<sup>140</sup> Кириченко І.В. Запобігання злочинам у сфері обігу алкогольних напоїв та тютюнових виробів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 2.

<sup>141</sup> Так, лише у 2008 р. від вживання алкогольних сурогатів в Україні померло близько 10 тис. осіб (Козак О. Самогонна правда: є попит, уже є і пропозиція // Голос України. – 28 квітня 2010 р. – № 77-78).

<sup>142</sup> Мінаєв М.М. Кримінальна відповідальність за незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів (ст. 204 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 61.

<sup>139</sup> Там само. – С. 942.



Загалом поділяючи логіку міркувань Н.О. Гуторової, зауважимо, що злочини, передбачені ст. 204 КК, є прикладом діянь, в яких предмети слугують своєрідними показниками (носіями) відносин, охоронюваних кримінальним законом. Вказане, з огляду на чинну редакцію ст. 204 КК, дає змогу стверджувати, що незаконні дії з підакцизними товарами, хоч і є багатооб'єктними посяганнями, все ж в цілому належать до злочинів проти системи оподаткування. Водночас з'ясована багатооб'єктність не дозволяє погодитись з Н.О. Гуторовою в тому, що ст. 204 КК є нормою, якою «передбачено відповідальність за посягання виключно на податкові відносини»<sup>143</sup>.

Згідно зі ст. 14 ПК акцизний податок – це непрямий податок на споживання окремих видів товарів (продукції), визначених ПК як підакцизні, що включається до ціни таких товарів (продукції). Будучи непрямим податком на окремі групи товарів (як правило, на високоліквідні, високорентабельні та монопольні), акцизний податок фактично сплачується споживачем, є одним із стабільних і вагомих джерел наповнення державного бюджету. За підрахунками фахівців, внаслідок тінізації виробництва алкогольних напоїв і тютюнових виробів бюджет держави щороку втрачає сотні мільйонів гривень тільки акцизу. Чинниками, які погіршують криміногенну ситуацію у вказаній сфері, є високий рівень рентабельності і прибутковості нелегального бізнесу, висока ліквідність зазначеної підакцизної продукції, обіг якої переважно забезпечується готівковими коштами, прихованими від оподаткування.

Щоправда, акцизне оподаткування має не лише фіскальне, а й соціально-економічне значення (боротьба із зловживанням алкогольними напоями, вилучення надприбутків у виробників маловитратних товарів, які водночас користуються підвищеним попиту, тощо), інколи виконує природоохоронну функцію (компенсація втрат, пов'язаних із захистом довкілля і викликаних вживанням шкідливих речовин), у зв'язку з чим визначення на певному етапі розвитку суспільства переліку підакцизних товарів (в Україні – це прерогатива Верховної Ради України) завжди є результатом відповідного компромісу і врахування балансу інтересів.

*Предметом* злочину є: 1) алкогольні напої; 2) тютюнові вироби; 3) інші підакцизні товари.

Для аналізованої статті КК характерна нетиповість у побудові передбачених нею складів злочинів, коли фактично єдиною інтегруючою

ознакою виступає саме їх предмет – підакцизні товари<sup>144</sup>.

Згідно зі ст. 14 ПК *алкогольні напої* – це продукти, одержані шляхом спиртового бродіння цукромістких матеріалів або виготовлені на основі харчових спиртів із вмістом спирту етилового понад 1,2 відсотка об'ємних одиниць, які зазначені у товарних позиціях 2204, 2205, 2206, 2208 згідно з УКТ ЗЕД. Міцність алкогольного напою, тобто процентний вміст у ньому етилового спирту у цьому разі кримінально-правового значення не має.

У висновках судово-хімічних експертиз зазвичай зазначається, що вилучена в обвинуваченого водно-спиртова суміш, хоч і містить етиловий спирт, не є горілкою, оскільки для виготовлення горілки необхідно керуватись відповідними рецептурами із дотриманням всіх технологічних операцій. При цьому зазначена суміш із посиланням на Закон «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» визнається експертами алкогольним напоєм. Закономірно постає питання, чи є фальсифіковані спиртні напої, які вироблені кустарним способом і які за органолептичними показниками, міцністю та іншими характеристиками (наприклад, вмістом сивушних масел) нерідко не відповідають вимогам державних стандартів, саме підакцизним товаром, як цього вимагає наразі диспозиція ст. 204 КК. Відповідно ж до ст. 9 Закону «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» спирт етиловий, коньячний і плодовий, спирт етиловий ректифікований виноградний, спирт етиловий ректифікований плодовий, спирт-сирець виноградний, спирт-сирець плодовий, алкогольні напої та тютюнові вироби повинні відповідати вимогам затверджених і зареєстрованих у встановленому законодавством порядку нормативних документів, які діють в Україні.

Варіантом вирішення позначеної кримінально-правової проблеми могло б стати доповнення ст. 204 КК окремою вказівкою на предмети, що імітують відповідні підакцизні товари. У такий спосіб до оригінальних товарів вдалося б прирівняти у плані кримінальної відповідальності предмети, які з зовнішнього боку лише нагадують оригінальні підакцизні товари і виготовляються з порушенням належних технологій, без дотримання встановлених стандартів тощо<sup>145</sup>.

<sup>144</sup> Мінаєв М.М. Вказана праця. – С. 20-21.

<sup>145</sup> Розуміючи, що фальшиві предмети, які імітують оригінальні підакцизні товари, здебільшого не відповідають всім законодавчо визначеним ознакам цих товарів, М.М.

<sup>143</sup> Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 87.

Цілоком очевидно і те, що проблема оптимізації кримінального законодавства, покликаного протидіяти обігу фальсифікованих товарів, не повинна обмежуватись підакцизною групою товарів і не може бути вирішена без вдосконалення закріпленої у ст. 227 КК заборони на умисне введення в обіг на ринку України небезпечної продукції. Одним із можливих варіантів розв'язання цієї проблеми є сприйняття пропозиції М.І. Хавронюка виключити ч. 3 ст. 204 і ст. 227 з КК, натомість доповнивши його ст. 270-2 «Випуск на товарний ринок завідомо фальсифікованої продукції» і ст. 270-3 «Випуск на товарний ринок небезпечної продукції»<sup>146</sup>.

Самогон<sup>147</sup> та інші міцні спиртні напої домашнього вироблення (чача, арака, тутова горілка, кумишка тощо) як предмети, що не є підакцизними товарами, предметом розглядуваного злочину не визнаються.

У проекті КК, прийнятому Верховною Радою України у другому читанні, поряд із незаконними діями з підакцизними товарами (ст. 209 проекту) пропонувалось зберегти окрему норму про відповідальність за традиційне самогонваріння (ст. 208 проекту). У тексті ухваленого остаточно 5 квітня 2001 р. КК норма, аналогічна ст. 149 КК 1960 р., відсутня. Варто нагадати, що в радянській кримінально-правовій доктрині самогонваріння розглядалось головним чином як посягання на державну монополію на виготовлення міцних спиртних напоїв, яка забезпечувала: 1) планові надходження до бюджету грошових коштів в результаті продажу таких напоїв; 2) захист інтересів сільськогосподарського ви-

Мінаєв пропонує у тексті КК вказати безпосередньо на певні (конкретні) види товарів (Мінаєв М.М. Вказана праця. – С. 14, 46). І.А. Клепицький виступає за включення до КК РФ статті, яка б передбачала відповідальність за незаконне виробництво з метою збуту і збут спиртних напоїв або їх сурогатів (Клепицький І.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – С. 164-165). Констатуючи невизначеність із питання про те, чи охоплюються статтею 204 КК випадки виготовлення і збуту спиртних напоїв домашнього вироблення під виглядом підакцизних алкогольних напоїв (наприклад, віскі), М.І. Хавронюк висловлюється за те, щоб у тексті ст. 204 КК фігурували алкогольні або спиртні напої (Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 214).

<sup>146</sup> Хавронюк М.І. Право споживачів на безпечність продукції: кримінально-правове забезпечення. Монографія. – К.: Атіка, 2011. – С. 170-172.

Фальсифікація лікарських засобів та обіг фальсифікованих лікарських засобів мають тягнути відповідальність на підставі ст. 321-1 КК.

<sup>147</sup> Під самогоном розуміють спиртний напій (спиртомістку рідину), виготовлений шляхом відокремлення перегонкою через спеціальний апарат або іншим способом (наприклад, шляхом виморожування) алкоголю від маси, одержаної внаслідок бродіння продуктів, багатих на крахмалісті чи цукристі речовини (цукор, картопля, зерно, буряки, фрукти тощо).

робництва через збереження цінних харчових продуктів; 3) захист народного здоров'я, якому заподіювалася шкода у разі вживання спиртних напоїв, що не пройшли належного контролю.

Міцні спиртні напої домашнього вироблення виготовляються специфічними способами, які передбачають різноманітність рецептур, дотримання домашніх нетрадиційних технологій і характеризуються недотриманням встановлених державних стандартів і нормативів. Разом з тим підакцизними предметами визнаються не будь-які спиртні напої, а лише ті вироби, яким присвоєно певний код згідно з УКТ ЗЕД. Самогон та інші міцні спиртні напої домашнього вироблення у ПК не фігурують і, в принципі, не можуть і не повинні згадуватись; щодо них не встановлені ставки акцизного збору з одиниці товару. Акцизним податком як загальнодержавним непрямим податком обкладаються предмети, які можуть виготовлятися, бути об'єктом правочинів і знаходитись у власності суб'єктів лише на легальних підставах та у передбаченому законодавством порядку.

Виготовлення або зберігання самогону чи інших міцних спиртних напоїв домашнього вироблення без мети збуту, а так само придбання таких напоїв є адміністративними проступками (ст. 176, ст. 177 КпАП)<sup>148</sup>.

До моменту виключення ст. 203 із КК на підставі Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» особа, яка з метою збуту займалась виготовленням спиртних напоїв домашнього вироблення шляхом відокремлення перегонкою, виморожуванням або сепарацією спиртовмісної рідини від продукту бродіння, могла притягуватись до відповідальності за зайняття забороненими видами господарської діяльності. Таку ж позицію займав Пленум ВСУ, який у п. 13 постанови від 25 квітня 2003 р. № 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» роз'яснював, що виготовлення, придбання, зберігання, транспортування з метою збуту і збут самогону та інших міцних спиртних напоїв домашнього вироблення потрібно кваліфікувати за ст. 203 КК. При цьому Пленум ВСУ до видів господарської діяльності, щодо яких є спеціальна заборона, відносив, зокрема, діяльність, якою ні юридичні, ні фізичні особи не вправі займатись

<sup>148</sup> Останнім часом в Україні робляться спроби (поки що безуспішні) легалізувати самогонваріння, яке не має на меті збут міцних спиртних напоїв домашнього вироблення (Корабльов В. Пес Барбос «скасує» ... крос. Після самогонщиків узаконимо й наркодідків? // Юридичний вісник України. – 14–20 квітня 2012 р. – № 15).

взагалі (п. 8 постанови від 25 квітня 2003 р. № 3).

Щоправда, у Законі України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» відсутня заборона на зайняття самогонварінням при тому, що цей Закон дозволяє громадянам у домашніх умовах виготовляти для власного споживання виноградні і плодово-ягідні вина, наливки і настоянки. Вказана обставина дала підставу деяким авторам назвати небездоганним роз'яснення Пленуму ВСУ про інкримінування ст. 203 КК у випадках самогонваріння, вчиненого з метою збуту<sup>149</sup>. Видається, що спеціальною заборонаю у розглядуваному аспекті могла вважатись ст. 176 КпАП, текст якої наводить на думку про незаконність самогонваріння взагалі. У будь-якому разі сумнівною виглядала пропозиція І.В. Кириченка внести такі зміни до постанови Пленуму ВСУ від 25 квітня 2003 р. № 3, які б дозволили «вирішити питання щодо віднесення самогону до предмета злочину, передбаченого ст. 204 КК...»<sup>150</sup>.

На сьогодні особа, яка з метою збуту займається виготовленням спиртних напоїв домашнього вироблення, їх зберіганням, придбанням, транспортуванням або збуває такі напої, може бути притягнена до адміністративної відпо-відальності за зайняття забороненими видами господарської діяльності (ст. 164-16 КпАП). Очевидно, що така юридична оцінка є неадекватною суспільній небезпеці самогонваріння, яким особи займаються професійно – шляхом створення підпільних цехів і налагодження повноцінного виробничого процесу<sup>151</sup>.

Не виключаються випадки, коли самогон або інший міцний спиртний напій домашнього вироблення зберігається, збувається, транспортується не як власне самогон, а під виглядом легального та належним чином виготовленого підакцизного алкогольного напою чи спирту. При цьому винною особою можуть застосовуватись різні способи введення споживачів в оману – використання фальшивих етикеток з товарним знаком виробника, фальшивих акцизних марок, іншої неправдивої інформації тощо. Якщо «чисте» самогонваріння під дію ст. 204 КК не підпадає, то самогонваріння, яке охоплюється поняттям фальсифікації алко-

<sup>149</sup> Шомін М. Фальсифікату – бій, або про деякі питання боротьби з незаконним обігом підакцизних товарів, що залишилися без відповіді // Юридичний журнал. – 2004. – № 3. – С. 116.

<sup>150</sup> Кириченко І.В. Запобігання злочинам у сфері обігу алкогольних напоїв та тютюнових виробів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 14.

<sup>151</sup> Так, в одному з районів Чернігівської області міліція покаала край протиправній діяльності особи, у гаражі і помешканні якої було знайдено 1200 літрів закваски, 35 літрів самогону, 30 літрів спирту і два самогонні апарати (Самогонниця встановила рекорд // Голос України. – 29 лютого 2012 р. – № 39).

гольних напоїв, утворює склад аналізованого злочину<sup>152</sup>.

Ст. 14 ПК до *тютюнових виробів* відносить сигарети (з фільтром або без фільтру), цигарки, сигари, сигарили, а також люльковий, нюхальний, смоктальний, жувальний тютюн, махорку та інші вироби з тютюну чи його замінників для куріння, нюхання, смоктання чи жування. Разом з тим ст. 215 ПК (назва статті – «Підакцизні товари та ставки податку») серед підакцизних товарів розрізняє власне тютюнові вироби, з одного боку, і тютюн та промислові замінники тютюну, з іншого. Звідси, вочевидь, випливає, що з точки зору застосування ст. 204 КК тютюн (у т.ч. жувальний і нюхальний) і промислові замінники тютюну мають визнаватись не тютюновими виробами, а іншими підакцизними товарами.

До *інших підакцизних товарів* належать також спирт етиловий та інші спиртові дистиляти, пиво солодове<sup>153</sup>, нафтопродукти, скраплений газ, автомобілі легкові, кузови до них, причепи та напівпричепи, мотоцикли.

Перелік підакцизних товарів закріплений у ст. 215 ПК, є вичерпними і поширювальному тлумаченню не підлягає.

Для застосування ч. 1 ст. 204 КК необхідно встановити, що підакцизні товари як предмет передбаченого цією нормою злочину були виготовлені незаконно. У зв'язку з цим помилковим є висловлювання те, що «за ст. 204 КК підлягають відповідальності особи, які придбали для подальшого збуту, хоч і виготовлені з дотриманням встановленого порядку алкогольні напої, але при цьому порушили певний порядок купівлі-продажу, приміром за відсутності в однієї з сторін ліцензії на оптову або роздрібну торгівлю»<sup>154</sup>. У наведеній ситуації має місце незаконність вчинення певних дій, чого вимагає диспозиція ч. 1 ст. 204 КК, проте відсутній предмет передбаченого нею злочину, а, отже, відсутній склад цього злочину.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК, полягає у таких чотирьох діях, вказаних альтернативно: 1) придбання незаконно виготовлених алкогольних напоїв, тютюнових виробів або інших підакцизних товарів; 2) зберігання таких товарів; 3) їх транспортування; 4) збут незаконно виготовлених підакцизних товарів.

<sup>152</sup> Мінаєв М. Відповідальність за виготовлення, зберігання та збут самогону або інших міцних спиртних напоїв домашнього вироблення // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 10. – С. 101.

<sup>153</sup> Пиво – це насичений діоксидом вуглецю пінистий напій, отриманий під час бродіння охмеленого сусла пивними дріжджами, що відноситься до товарної групи УКТ ЗЕД за кодом 2203.

<sup>154</sup> Коляда П. Коли теорія розходиться з практикою // Юридичний вісник України. – 20–26 квітня 2002 р. – № 16.



Незаконне виготовлення алкогольних напоїв, тютюнових виробів або інших підакцизних товарів є самостійним складом злочину, виділеним в окрему кримінально-правову норму (ч. 2 ст. 204 КК). При цьому незаконне виготовлення підакцизних товарів тягне відповідальність за ч. 2 ст. 204 КК лише за умови, що таке виготовлення здійснюється: а) шляхом відкриття підпільних цехів; б) з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів, або в) особою, яка раніше була засуджена за ст. 204 КК. Незаконне виготовлення підакцизних товарів з недоброякісної сировини (матеріалів), що становлять загрозу для життя і здоров'я людей, та незаконний збут таких товарів, що призвело до отруєння людей чи інших тяжких наслідків, утворюють об'єктивну сторону злочину, передбаченого ч. 3 ст. 204 КК.

*Придбання* підакцизних товарів означає, що особа дістає фактичну можливість володіти, користуватися і розпоряджатися відповідними предметами (наприклад, їх купівля, отримання в обмін на інші товари, прийняття в рахунок оплати за виконану роботу).

Під *зберіганням* потрібно розуміти будь-які умисні дії, пов'язані з перебуванням підакцизних товарів у володінні винного (при собі, у будь-якому приміщенні, транспортному засобі, спеціальній схованці тощо). Зберігання – триваючий злочин, який має визнаватися закінченим з моменту, коли особа за власною ініціативою (знищила, викинула або збула товар) або всупереч своїй волі (наприклад, підакцизні товари вилучені працівниками міліції) фактично припинила володіти відповідними предметами.

*Збут* означає будь-які оплатні чи безоплатні форми передачі підакцизних товарів, внаслідок чого вони переходять у володіння і розпорядження іншої особи (наприклад, дарування, обмін, передача в рахунок погашення боргу, відшкодування завданих збитків або як оплата виконаної роботи чи наданих послуг).

Інколи в літературі поняттям збуту пропонується охоплювати лише випадки оплатного відчуження незаконно виготовлених підакцизних товарів<sup>155</sup>. Виходить, що кримінальний закон забороняє придбавати незаконно виготовлені підакцизні товари у будь-який спосіб, у т.ч. безоплатним шляхом, а безоплатне відчуження таких предметів відповідальності за ст. 204 КК не тягне. Тобто у випадку безоплатної передачі незаконно виготовлених підакцизних товарів відповідальність

нести той, хто придбав ці предмети, а той, хто їх йому передав, – не злочинець. Нелогічність такого підходу посилюється з огляду на те, що за своєю спрямованістю вказане у ч. 1 ст. 204 КК придбання є готуванням до збуту відповідних предметів. Крім цього, із тлумачного словника випливає, що «збувати» – це не лише продавати, а й знаходити збут чому-небудь, позбавлятися чогось та ін., а знаходити збут означає у т.ч. знаходити попит<sup>156</sup>. Вочевидь, саме таким розумінням керувався Пленум ВСУ, який у своїх постановках з різних категорій кримінальних справ визначив збут як відчуження або передачу (не має значення – оплатне чи безоплатне) певних предметів, зокрема, фальшивих грошей, зброї, наркотичних засобів. Разом з тим слід враховувати, що поняттям збуту з точки зору кваліфікації за ч. 1 ст. 204 КК охоплюється торгівля підакцизними товарами, тобто реалізація вказаних предметів за винагороду, у т.ч. грошову, за договорами купівлі-продажу, поставки, іншими цивільно-правовими договорами.

Під час збуту незаконно виготовлених алкогольних напоїв і тютюнових виробів можуть використовуватись незаконно виготовлені, незаконно отримані або підроблені марки акцизного збору, у зв'язку з чим дії винних потребують додаткової кваліфікації за ст. 216 КК. Розглядуваний злочин може утворювати сукупність із іншими кримінально караними діяннями, передбаченими, зокрема, ст. ст. 205, 209, 358 (366) КК.

*Транспортування* – це переміщення підакцизних товарів транспортом (наземним, водним, повітряним) з одного місця в інше в межах України. Поняттям транспортування охоплюється також пересилання, тобто переміщення відповідних предметів у просторі шляхом відправлення їх поштою, багажем, посильним або іншим способом.

Відсутність у ч. 1 ст. 204 КК вказівки на незаконне виготовлення підакцизних товарів є вадою кримінального закону, оскільки за цією нормою відповідальність несуть особи, котрі фактично виступають посередниками між виробниками таких товарів та їх покупцями. У підготовленому ВСУ Узагальненні практики розгляду судами кримінальних справ про злочини у сфері господарської діяльності, передбачені ст. ст. 204, 205, 209, 212, 216 та 218 КК, відзначається, що така позиція законодавця виглядає не зовсім логічною. Як правило, за ч. 1 ст. 204 КК до відповідальності притягуються малозабезпечені громадяни, які намагаються вижити за рахунок продажу невеликої кількості

<sup>155</sup> Мінаєв М.М. Кримінальна відповідальність за незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів (ст. 204 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 102-103.

<sup>156</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т.Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2001. – С. 350

незаконно придбаних підакцизних товарів, в основному горілки та цигарок. При цьому «дрібнооптові» виробники такої продукції, які виготовляють її невеликими партіями у себе вдома, кримінальної відповідальності не несуть. Варто однак уточнити, що зазначені виробники можуть притягуватись до відповідальності за ч. 1 ст. 204 КК за зберігання з метою збуту і збут незаконно виготовлених підакцизних товарів.

Придбання, зберігання, збут чи транспортування є кримінально каранними діяннями за умови, що вони вчинюються *незаконно*, тобто з порушенням вимог законодавства, що регулює обіг підакцизних товарів. Наприклад, це може бути вчинення таких дій щодо алкогольних напоїв і тютюнових виробів особами, які не мають ліцензій на оптову або роздрібну торгівлю ними (п. 13 постанови Пленуму ВСУ від 25 квітня 2003 р. № 3).

За своєю конструкцією склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК, є формальним. Злочин вважається *закінченим* з моменту вчинення хоча б однієї з дій, які альтернативно становлять його об'єктивну сторону.

Ч. 1 ст. 204 КК не закріплює мінімальну вартість та (або) кількість незаконно виготовлених підакцизних товарів, дії з якими тягнуть кримінальну відповідальність. З урахуванням обставин справи (незначний обсяг придбаної або збутої алкогольної продукції, відсутність використання чужого товарного знака, скрутне матеріальне становище винного тощо) дії із вказаними предметами можуть розглядатись як малозначне діяння (ч. 2 ст. 11 КК).

Дії особи, яка спочатку незаконно виготовила підакцизні товари за умов, вказаних у ч. 2 ст. 204 КК, а потім з метою збуту зберігає чи транспортує їх або здійснює збут незаконно виготовлених предметів, потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 204 і ч. 2 ст. 204 КК.

*Виготовлення підакцизних товарів* – це діяльність, яка пов'язана з випуском готових для споживання або використання товарів і яка включає всі стадії технологічного процесу. Характер і механізм злочинних дій, спрямованих на отримання із сировини готової до відчуження підакцизної продукції, визначається її видом. Так, виготовлення фальсифікованих алкогольних напоїв може здійснюватись шляхом розведення харчових або технічних спиртів водою та додавання різних компонентів для поліпшення смакових властивостей продукту.

З огляду на те, що поняттям виготовлення у ч. 2 ст. 204 КК охоплюється саме технологічний процес створення товарів, на кваліфікацію за цією нормою не впливає кількість фактично

виробленої продукції, а також те, чи розпочала винна особа її збут. Разом з тим якщо процес незаконного виготовлення є безрезультатним в тому плані, що готові підакцизні товари поки що не отримані, дії винного за спрямованістю умислу мають кваліфікуватись як замах із посиланням на відповідну частину ст. 15 КК. Дії особи, спрямовані на відкриття підпільного цеху для незаконного виготовлення підакцизних товарів, а також вчинення з цією ж метою підшукування або пристосування обладнання, що забезпечує масове виробництво товарів, повинні кваліфікуватись з посиланням на ст. 14 як готування до вчинення передбаченого ч. 2 ст. 204 КК злочину у формі незаконного виготовлення підакцизних товарів шляхом відкриття підпільних цехів або з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів.

Виготовлення підакцизних товарів має кваліфікуватись за ст. 204 КК лише за умови його *незаконності* (без державної реєстрації особи як суб'єкта підприємництва, без ліцензії або з порушенням умов ліцензування тощо). Незаконність виготовлення алкогольних напоїв і тютюнових виробів буде і в разі їх фальсифікації, коли виготовлення цих предметів здійснюється з порушенням технології, з неправомірним використанням знака для товарів чи послуг, копіюванням форми, упаковки, зовнішнього оформлення або шляхом прямого відтворення товару іншого підприємця з самовільним використанням його імені.

Наприклад, фальсифікацією вин визнається: 1) нерегламентоване застосування цукру або продуктів, що містять цукор, у т.ч. виноградного походження, для штучного підвищення вмісту спирту у винах, підміна сортів винограду або зменшення терміну витримки при виготовленні вин марочних і коньяків України; 2) додавання води, плодово-ягідних матеріалів, витяжок і відварів з плодів і ягід; 3) підроблення дешевих вин, вермутів, коньяків України та брендів під кращі вітчизняні або іноземні марки шляхом штучного збільшення екстрактивності, імітації кольору, аромату і смаку, а також додавання харчових або штучних речовин і есенцій; 4) додавання замінників цукру (сахарину, аспартаму та інших подібних штучних речовин); 5) підроблення вина за походженням, місцем виробництва, сортовим складом шляхом додавання виноматеріалів з гібридів прямих виробників, які не входять до затвердженого асортименту; 6) етикетування, що не відповідає вимогам законодавства, використання інших видів дезінформації покупця при зовнішньому оформленні вин, вермутів, коньяків України і брендів (ст. 12 Закону України від 16 червня 2005 р. «Про виноград та виноградне вино»).

У випадках фальсифікації підакцизних товарів дії винного за наявності до цього підстав потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 204 і ст. 229 КК.

Взагалі під незаконно виготовленими підакцизними товарами слід розуміти товари, виготовлені за відсутності правових підстав для їх виготовлення<sup>157</sup>. Разом з тим якщо підакцизні товари виготовляються з дотриманням умов ліцензування зареєстрованим суб'єктом господарської діяльності, однак при цьому у той чи інший спосіб занижується об'єкт оподаткування (наприклад, шляхом невідображення у звітній документації частини готової продукції), вчинене потрібно кваліфікувати не за ч. 2 ст. 204, а за відповідною частиною ст. 212 КК.

При бажанні у ситуаціях, коли легально діючі підприємства займаються виробництвом «лівих» (тобто необлікованих) партій підакцизних товарів, можна побачити ознаки злочину, описаного у ч. 2 ст. 204 КК, а саме незаконного виготовлення підакцизних товарів з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів. Видається однак, що інкримінування у таких випадках винному не ст. 212, а ч. 2 ст. 204 КК призведе до того, що не буде дана належна кримінально-правова оцінка ухиленню від сплати інших, крім акцизного податку, обов'язкових платежів, які мали нараховуватись на приховану від оподаткування продукцію.

Вирішуючи питання про законність або незаконність виготовлення тих чи інших підакцизних товарів, слід враховувати, що стосовно окремих видів таких товарів державою встановлено спеціальний режим правового регулювання. Так, відповідно до ст. 4 Закону України від 7 лютого 1991 р. «Про підприємництво» (стаття діє і після набрання чинності ГК) діяльність, пов'язана з виробництвом бензинів моторних сумішевих з добавками на основі біоетанолу, етил-трет-бутилового етеру та добавок на основі біоетанолу, здійснюється підприємствами, перелік яких визначається КМУ.

У тому разі, коли незаконне виготовлення підакцизних товарів вчинене не тим, хто раніше був засуджений за ст. 204 КК, або не поєднується з використанням у технологічному процесі недоброякісної сировини (матеріалів), скоєне підпадає під дію аналізованої статті КК за умови, що товари виготовлялись шляхом відкриття підпільних цехів або з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів. У цьому разі спосіб вчинення проти-

правних дій набуває кваліфікуючого значення.

Характеристики *підпільного цеху* не обов'язково мають відповідати ознакам цеху як організаційно та (або) технологічно відокремленого структурного підрозділу легально діючого підприємства<sup>158</sup>. Акцент тут не варто робити на масовому виготовленні підакцизних товарів за допомогою обладнання і технологій, що використовуються для легального промислового виробництва таких товарів. Підпільний цех – це певне місце, пристосоване та (або) обладнане для незаконного (нелегального, конспіративного) виготовлення підакцизних товарів – окрема будівля, споруда різного призначення, приміщення або його частина, а також певне місце природного чи техногенного походження (галявина у лісі, непрацююча шахта, кар'єр, земляний тунель тощо). Розмір приміщення (будівлі, споруди), яке створюється (пристосовується) для незаконного виготовлення підакцизних товарів, його місцезнаходження та інші характеристики на кваліфікацію за ч. 2 ст. 204 КК не впливають.

*Обладнання, що забезпечує масове виробництво підакцизних товарів*, – це відповідні технічні пристосування (виготовлені кустарним чи промисловим способом апарати, пристрої, прилади, агрегати, спиртосховища тощо), які використовуються на різних етапах технологічного процесу і забезпечують промислове виготовлення відповідної продукції у великих розмірах, товарних партіях. Йдеться про обладнання, таке ж або подібне тому, що використовується легально діючими у відповідній галузі промисловості суб'єктами господарювання при здійсненні господарської діяльності із виробництва підакцизних товарів. Питання про те, чи є виробництво підакцизних товарів масовим (оціночне поняття), вирішується у кожному конкретному випадку з урахуванням виду виготовленої продукції, її кількості і вартості, розміру отриманого або очікуваного доходу, кількості працюючих тощо.

У літературі висувається слушна пропозиція замінити у тексті ст. 204 КК неоднозначно витлумачені у теорії та на практиці звороти «відкриття підпільних цехів» і «застосування обладнання, що забезпечує масове виробництво підакцизних товарів» словосполученням «незаконне виготовлення певних товарів, вчинене у великих розмірах»<sup>159</sup>.

У *Методичних рекомендаціях Слідчого управління податкової міліції ДПА України щодо*

<sup>158</sup> Як слушно зауважує П.П. Андрушко, термін «цех» вжито у ст. 204 КК не у його прямому, а у переносному, «жаргонному» значенні (Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. С.С. Яценка. – К.: А.С.К., 2002. – С. 421).

<sup>159</sup> Мінаєв М.М. Вказана праця. – С. 123.

<sup>157</sup> Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 80.



застосування ст. 204 КК наводиться цікавий приклад кримінально караного виготовлення підакцизного товару з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво підакцизних товарів. Слідчим податкової міліції Калуської ОДПШ в Івано-Франківській області порушено кримінальну справу щодо Г. за ознаками злочину, передбаченого ч. 2 ст. 204 КК. Встановлено, що Г., не зареєструвавшись в органах державної влади як суб'єкт підприємництва і не маючи ліцензії на перероблення нафтопродуктів, у лісі поблизу села Ріпне Рожнятівського району на спеціальному обладнанні переганяв сиру нафту на світлі нафтопродукти. Внаслідок перегону Г. отримав та злив у спеціально виготовлені для цього діжки 140 літрів бензину марки А-72, 200 літрів дизельного палива та 400 літрів мастилу.

У разі незаконного виготовлення підакцизних товарів особою, яка раніше була засуджена за цією статтею, спосіб їх виготовлення (домашні умови, кустарне виробництво, відкриття підпільного цеху тощо) на кваліфікацію за ч. 2 ст. 204 КК не впливає і може бути врахований при призначенні покарання. Якщо ж така особа незаконно виготовляє підакцизні товари шляхом відкриття підпільного цеху та (або) з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво продукції, вчинене кваліфікується за ч. 2 ст. 204 КК із зазначенням у процесуальних документах всіх фактично вчинених винним дій, які перераховані у цій нормі та які мають бути включені в обсяг обвинувачення. Взагалі під незаконним виготовленням підакцизних товарів «особою, яка раніше була засуджена за цією статтею» слід розуміти незаконне виготовлення, вчинене особою, щодо якої постановлено обвинувальний вирок суду за будь-якою частиною ст. 204 КК, навіть якщо цей вирок ще не набрав законної сили<sup>160</sup>.

Якщо в незаконному виготовленні підакцизних товарів відсутні ознаки, вказані у ч. 2 або ч. 3 ст. 204 КК, дії винного за наявності підстав можуть тягнути адміністративну відповідальність (наприклад, за ст. 164 або ст. 177-2 КпАП). Відмежовуючи передбачений ст. 177-2 КпАП проступок<sup>161</sup> від злочину, передба-

ченого ст. 204 КК, слід виходити з правила, визначеного ч. 2 ст. 9 КпАП.

Недоброякісними (при вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 204 КК) визнаються сировина і матеріали, які не відповідають встановленим стандартам, нормам, правилам і технічним умовам. Сировиною є предмети праці та природні компоненти, які підлягають подальшій переробці. Наприклад, для виготовлення фальсифікованої лікєро-горілкової продукції можуть використовуватись вода із систем опалення будинків, інші компоненти (зокрема, відходи гідролізного та целюлозно-паперового виробництва), небезпечні для життя і здоров'я людини.

Такими, що становлять загрозу для життя і здоров'я людей, треба вважати незаконно виготовлені з недоброякісної сировини чи матеріалів підакцизні товари, споживання або інше використання яких створює реальну загрозу серйозного розладу здоров'я або смерті хоча б однієї людини. Вказана загроза має бути реальною, а негативні наслідки не настають лише завдяки своєчасно вжитим заходам (наприклад, правоохоронцям вдалося попередити спробу реалізації споживачам партії недоброякісної продукції) або в силу інших обставин, які не залежать від волі винної особи.

За ч. 1 ст. 204, ч. 2 ст. 204 і ч. 3 ст. 204 КК кваліфікував Бериславський районний суд Херсонської області дії особи, яка, будучи суб'єктом підприємницької діяльності, однак не маючи ліцензії на виготовлення алкогольних напоїв і торгівлю ними, у період із серпня 2007 р. по січень 2008 р. шляхом відкриття підпільного цеху із використанням недоброякісної сировини (спирту етилового невідомого походження) незаконно виготовляла алкогольні напої – коньяки та горілки різних найменувань, які з метою збуту зберігала у господарських приміщеннях свого будинку, транспортувала їх з метою збуту, а також збувала на ринку. Алкогольні напої виготовлялись шляхом змішування спирту етилового з водою із додаванням у разі необхідності коньячного барвенка.

У касаційному поданні прокурор поставив питання про відсутність у діях засудженої складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 204 КК, на тій підставі, що у матеріалах справи немає доказів незаконного виготовлення алкогольних напоїв, що призвело до отруєння людей або настання інших тяжких наслідків. Відмовляючи прокурору у задоволенні його подання, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ (ухвала від 27 січня 2009 р.) послалась, зо-

<sup>160</sup> На користь такого підходу вказує ст. 62 Конституції України, яка не вимагає, щоб обвинувальний вирок суду, яким встановлюється вина особи у вчиненні злочину, набрав законної сили. Зі змісту, зокрема, ст. 374 і ст. 377 КПК 2012 р. випливає, що під засудженням слід розуміти особу, щодо якої було винесено обвинувальний вирок суду. Водночас притаманна Особливій частині чинного КК України різниця у позначенні спеціального рецидиву є невинуватою і підлягає усуненню у законодавчому порядку.

<sup>161</sup> Ст. 177-2 КпАП встановлює відповідальність за виготовлення, придбання, зберігання з метою реалізації

або реалізацію фальсифікованих алкогольних напоїв чи тютюнових виробів, а також обладнання для вироблення фальсифікованих предметів.

крема, на висновок судово-медичної експертизи, згідно з яким вилучена у засудженої та розлита у пляшки спиртовмісна рідина за органолептичними показниками, міцністю і наднормативним вмістом супутніх етилового спирту мікродомішок є фальсифікатом і при вживанні може викликати отруєння у вигляді тривалого порушення органів і систем організму людини. Для настання відповідальності за ч. 3 ст. 204 КК за незаконне виготовлення алкогольних напоїв із недоброякісної сировини (матеріалів) необхідним є існування реальної загрози для життя і здоров'я людей, тобто такого стану, коли шкідливі наслідки для людини не настали, однак могли настати внаслідок вживання цих напоїв. Як така відсутність отруєння людей та інших тяжких наслідків, передбачених ч. 3 ст. 204 КК, не виключає інкримінування цієї норми у випадку створення реальної загрози для життя і здоров'я людей.

Наведемо ще один приклад із судової практики.

Скасовуючи вирок Волноваського районного суду Донецької області і направляючи справу на новий судовий розгляд, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ визнала необґрунтованим висновок районного суду про недоведеність обвинувачення Є. та Н. за ч. 3 ст. 204 КК. Зокрема, районний суд залишив поза увагою та не дав оцінки даним, які містяться у висновку судово-харчової експертизи і згідно з якими вилучена в обвинувачених рідина виготовлена з недоброякісної сировини і може становити загрозу життю і здоров'ю людини. У вирок не наведено належного обґрунтування висновку суду про те, що виготовлена засудженими горілка не створювала реальної загрози для життя і здоров'я людей<sup>162</sup>.

Під отруєнням людей (ч. 3 ст. 204 КК) треба розуміти заподіяння двом або більше особам тілесних ушкоджень будь-якої тяжкості (у т.ч. легких) внаслідок вживання підакцизних товарів, виготовлених з недоброякісної сировини (матеріалів). Іншими тяжкими наслідками слід визнавати, зокрема, смерть людини, заподіяння тяжких тілесних ушкоджень одній або кільком особам, масове захворювання людей.

У ч. 3 ст. 204 КК йдеться про загрозу для життя і здоров'я лише людей, отруєння саме людей, а тому логічним буде вважати, що тяжкі наслідки стосуються тільки людей. До того ж, підакцизні товари, навіть вироблені із недоброякісних матеріалів і сировини, не призначені для тва-

рин і рослин<sup>163</sup>. Звідси випливає, що заподіяння майнової шкоди у великих або особливо великих розмірах (наприклад, внаслідок знищення автомобіля чи загибелі великої кількості тварин), отруєння флори, фауни, повітря, ґрунту немає підстав визнавати іншими тяжкими наслідками з точки зору кваліфікації за ч. 3 ст. 204 КК.

Ч. 3 ст. 204 КК не охоплюється незаконне виготовлення підакцизних товарів, які становлять загрозу для життя і здоров'я людей, якщо в процесі їх виготовлення використовуються доброякісні, проте неналежні (з точки зору технології) матеріали і сировина. Умисне введення в обіг небезпечної продукції (у т.ч. підакцизної продукції, виготовленої із неналежних, але якісних матеріалів і сировини) має кваліфікуватись за ст. 227 КК за умови, що такі дії вчинено у великих розмірах. Якщо вживання таких товарів (продукції) спричинило шкоду здоров'ю споживачів або їх смерть, дії винних повинні додатково кваліфікуватись як умисний чи необережний злочин проти життя чи здоров'я людини.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого ч. 1, ч. 2 і ч. 3 ст. 204 КК, – загальний.

Протиправні дії з підакцизними товарами, вчинені службовою особою з використанням службового становища (своїх повноважень), необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 204 і 364 (364-1) КК. Наприклад, службова особа органу, якому було ввірено конфісковані незаконно виготовлені підакцизні товари, порушує встановлений порядок поводження з такими предметами. Дії тих осіб, які надають сировину і матеріали, транспортні засоби чи приміщення для виготовлення, зберігання або транспортування підакцизних товарів, потрібно розглядати як пособництво злочину і кваліфікувати за ч. 5 ст. 27 і відповідною частиною ст. 204 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. При цьому обов'язковою суб'єктивною ознакою дій, перелічених у ч. 1 ст. 204 КК, є мета збуту. Встановлюючи її, потрібно враховувати, зокрема, кількість підакцизних товарів, їх упаковку, характер, домовленість з особою, яка придбаває ці предмети, масштаб та інтенсивність протиправних дій. Придбання, зберігання або транспортування незаконно виготовлених підакцизних товарів не з метою збуту, а для власного споживання чи використання складу розглядуваного злочину не утворює. Наприклад, особа придбаває незаконно виготовлений транспортний засіб для викори-

<sup>162</sup> Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008-2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 513-517.

<sup>163</sup> Хавронюк М.І. Право споживачів на безпечність продукції: кримінально-правове забезпечення. Монографія. – К.: Атіка, 2011. – С. 76.

стання його в особистих інтересах або для зайняття підприємницькою діяльністю. Не тягнуть такі дії й адміністративної відповідальності, адже ст. 177-2 КпАП передбачає мету реалізації алкогольної і тютюнової фальсифікованої продукції. За наявності до цього підстав зазначені дії можуть кваліфікуватись за ст. 198 КК.

Психічне ставлення до суспільно небезпечних наслідків у вигляді смерті та заподіяння шкоди здоров'ю споживачів та користувачів підакцизних товарів, виготовлених з недоброякісної сировини, характеризується необережною формою вини. У разі встановлення умислу на заподіяння шкоди життю або здоров'ю людей, дії того, хто збуває відповідні підакцизні товари, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 204 і відповідною нормою розділу II Особливої частини КК (зокрема, ст. 115 або ст. 121).

**Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)** (ст. 212 КК). **Безпосереднім об'єктом** злочину є система оподаткування України, яка становить собою закріплену чинним законодавством сукупність таких взаємопов'язаних компонентів, як податки і збори, що справляються на території держави, порядок їх встановлення, скасування і сплати, облік, права та обов'язки учасників податкових правовідносин, порядок здійснення податкового контролю і притягнення до відповідальності за податкові правопорушення. Злочин, передбачений ст. 212 КК, порушує: конституційний обов'язок кожного сплачувати податки і збори; виконувати останніми функції – фіскальну, соціальну, контрольну, стимулюючу; встановлений порядок сплати юридичними особами, їх відокремленими підрозділами і фізичними особами обов'язкових платежів, що входять у систему оподаткування і за рахунок яких формується доходна частина державного та місцевих бюджетів<sup>164</sup>.

Вважається, що запровадження ПК забезпечило: впорядкування нормативної бази та стабільність податкового законодавства; скорочення кількості податків та зборів, які обтяжливі з точки зору їх адміністрування і неефективні з точки зору наповнення бюджету; спрощення адміністративних процедур та зменшення тиску на бізнес-середовище, стимулювання інноваційно-інвестиційної діяльності; протидію тіньовій економіці і розширення бази оподатку-

вання за рахунок удосконалення адміністрування податків; збільшення фінансового ресурсу зведеного бюджету (роз'яснення Міністерства юстиції України від 6 липня 2011 р. «Податковий кодекс України: прогнози та реальність»).

*Предмет* злочину – грошові кошти, які підлягають сплаті як податки і збори (обов'язкові платежі), що входять в систему оподаткування і введені у встановленому законом порядку. Відповідно до ст. 6 ПК податком визнається обов'язковий, безумовний платіж до відповідного бюджету, що справляється з платників податку відповідно до цього Кодексу. Збір – це обов'язковий платіж до відповідного бюджету, що справляється з платників збору, з умовою отримання ними спеціальної вигоди, у т.ч. внаслідок вчинення на користь таких осіб державними органами, органами місцевого самоврядування, іншими уповноваженими органами та особами юридично значимих дій.

Згідно зі ст. ст. 8, 9 і 10 ПК податки і збори, які справляються в Україні, поділяються на: 1) загальнодержавні – є обов'язковими до сплати на всій території країни, крім випадків, передбачених ПК (наприклад, податок на прибуток підприємств, податок на доходи фізичних осіб, ПДВ, акцизний податок, плата за землю, екологічний податок, мито); 2) місцеві – встановлюються відповідно до переліку і в межах граничних розмірів ставок, визначених ПК, рішеннями сільських, селищних і міських рад у межах їх повноважень, і є обов'язковими до сплати на території відповідних територіальних громад (наприклад, єдиний податок, збір за провадження деяких видів підприємницької діяльності, збір за місця для паркування транспортних засобів, туристичний збір). Якщо орган місцевого самоврядування не прийняв рішення про встановлення місцевого податку і збору, запровадження якого є згідно з ПК обов'язковим, такий податок чи збір справляється відповідно до норм ПК із застосуванням мінімальної ставки. Податки і збори, справляння яких не передбачено ПК, сплаті не підлягають (п. 4.2 ст. 4 ПК).

У ПК зазначається, що як загальнодержавні, так і місцеві податки і збори зараховуються лише до відповідних бюджетів, у зв'язку з чим збереження у ст. 212 КК вказівки на ненадходження коштів не лише до бюджетів, а й до державних цільових фондів свідчить про неузгодженість кримінального і регулятивного законодавства. Згідно з чинним раніше податковим законодавством (Закон «Про систему оподаткування» в редакції Закону від 18 лютого 1997 р.) під державними цільовими фондами розумілись фонди, які формувались за рахунок визначених законом податків і зборів юридичних і фізичних осіб (на-

<sup>164</sup> Більш докладно про суспільну небезпеку аналізованого злочину, а так само про різні підходи щодо розміщення кримінально-правових заборон, присвячених податковим злочинам, в системі Особливої частини кримінального закону див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 407-415, 725-751.



приклад, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб)<sup>165</sup>.

Ухилення від сплати обов'язкових платежів, що не входять у систему оподаткування, не може кваліфікуватись за ст. 212 КК. Це стосується, наприклад, єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування і страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, відповідальність за ухилення від сплати яких передбачено ст. 212-1 КК.

Введення у встановленому законом порядку як характеристика предмета злочину, передбаченого ст. 212 КК, означає, що Верховна Рада України, Верховна Рада АРК, сільські, селищні і місцеві ради, запроваджуючи і змінюючи податки і збори та їх елементи, діють у межах повноважень, визначених ст. 12 ПК. Так, під час встановлення податку обов'язково визначаються такі його елементи, як платник, об'єкт і база оподаткування, ставка і порядок обчислення податку, строк та порядок подання звітності. Під час встановлення податку можуть передбачатись податкові пільги та порядок їх застосування. ПК встановлює, що зміни до будь-яких елементів податків і зборів не можуть вноситись пізніше як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, в якому діятимуть нові правила та ставки. Податки і збори, їх ставки, а також податкові пільги не можуть змінюватись протягом бюджетного року. Рішення про встановлення місцевих податків і зборів має оприлюднюватись місцевим органом самоврядування до 15 липня року, що передуює бюджетному року, в якому планується справляння встановлюваних податків і зборів.

Ухилення від сплати обов'язкових платежів, які, хоч і входять у систему оподаткування, проте елементи яких змінені або запроваджен-

ня яких відбулось з порушенням зазначеного вище порядку, охоплюється диспозицією ст. 212 КК у тій частині, в якій справляння податків і зборів відповідає проголошеному ПК принципу стабільності<sup>166</sup>.

У випадку, коли той чи інший податок або збір виключається із системи оподаткування, ст. 212 КК при незмінності її описово-бланкетної диспозиції наповнюється іншим змістом: обсяг кримінально караного поведінки звужується. Діяння, яке полягає в ухиленні від сплати пізніше скасованого податку або збору, декриміналізується, у зв'язку з чим у такій ситуації потрібно вбачати не зміну обстановки, регламентовану ст. 48 КК («Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки»), а підставу для застосування ч. 1 ст. 58 Конституції України. Ця конституційна норма завдяки вказівці на зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів, що скасовують відповідальність особи, охоплює і випадки опосередкованої (тобто не поєднаної із зміною безпосередньо закону про кримінальну відповідальність) декриміналізації.

Вказуючи на те, що податкова декларація відіграє при вчиненні злочинного ухилення від сплати податків і зборів роль засобу вчинення цього господарського злочину<sup>167</sup>, М.О. Буртової не відкидає можливість визнання податкової декларації і предметом злочину, передбаченого ст. 212 КК<sup>168</sup>. Одні і ті самі предмети матеріального світу, справді, можуть виступати або як предмети, або як засоби чи знаряддя кримінально караного діяння, але це має місце при вчиненні різних злочинів, а не одного, як у розглядуваній ситуації. Якщо засіб вчинення – це «все те, що використовується особою для впливу на предмет і (або) об'єкт посягання»<sup>169</sup>, то можна зробити висновок, що податкова декларація, шляхом перекручення якої винний уникає виконання податкового зобов'язання, є не предметом, а засобом вчинення ухилення від сплати податкових внесків. Податкову декларацію немає підстав визнавати предметом злочину, передбаченого ст. 212 КК, і через те, що умисно ухилитись від сплати податків і зборів можна не тільки шляхом внесення завідомо неправдивих відомостей до податкової звітності, а й шляхом неподання

<sup>165</sup> Закон України «Про систему оподаткування», який втратив чинність у зв'язку з ухваленням ПК, використовуючи різноманітну термінологію («податок», «збір», «плата», «мити», «рентні платежі»), об'єднував обов'язкові платежі, які мають різну правову і економічну природу. Справляння окремих із них вельми важко було пов'язати з поняттям оподаткування. Зокрема, це стосувалось зборів до Фонду гарантування вкладів фізичних осіб. Сказане певним чином виправдовувало позицію законодавця, який у ст. 212 КК вів мову про податки, збори, інші обов'язкові платежі, що входять у систему оподаткування. Разом з тим мала рацію З.А. Тростюк, на думку якої використання зворотів на кшталт «інші обов'язкові платежі» порушує вимоги чіткості, зрозумілості і стислості, що пред'являються до термінологічного апарату кримінального закону (Тростюк З.А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія. – К.: Атіка, 2003. – С.99). На підставі Закону України від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» у назві і тексті ст. 212 КК використовується словосполучення «податки, збори (обов'язкові платежі)». Така зміна кримінально-правової норми на обсяг передбаченої нею злочинної поведінки не вплинула.

<sup>166</sup> Вітчизняний законодавець явно не схильний до того, що дотримуватись ним же закріпленого принципу стабільності. Наприклад, ухвалений 22 грудня 2011 р. Закон «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо перегляду ставок деяких податків і зборів» набрав чинності з 1 січня 2012 р.

<sup>167</sup> Буртової М.О. Документ як предмет злочинів у сфері господарської діяльності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2010. – С. 125, 180, 182.

<sup>168</sup> Там само. – С. 125.

<sup>169</sup> Там само. – С. 116.

останньої до контролюючих органів. А згідно з вченням про склад злочину та чи інша факультативна ознака (включаючи предмет) є такою у загальному складі злочину; у складі ж конкретного злочину всі ознаки є обов'язковими, відсутність однієї з них означає відсутність складу цього злочину взагалі.

Вирішуючи питання про те, чи підлягають оподаткуванню доходи, одержані злочинним шляхом, слід виходити з того, що ст. 22 ПК до об'єктів оподаткування відносить лише визначені податковим законодавством об'єкти, з якими пов'язується виникнення у платника податкового обов'язку, тобто обов'язку обчислити, задекларувати і сплатити суму податку і збору. Так, відповідно до підпункту 164.2.11 п. 164.2 ст. 164 ПК до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу платника податку на доходи фізичних осіб включаються, зокрема, кошти або інше майно, отримані платником податку як хабар, викрадені чи знайдені як скарб, не зданий державі згідно із законом, у сумах, які визначені обвинувальним вироком суду незалежно від призначеної ним міри покарання.

Оскільки у ПК фігурує лише обвинувальний вирок суду, то у разі підтвердження сум одержаного хабара, викраденого майна чи привласненого скарбу постановою (ухвалою) суду про закриття кримінальної справи за nereабілітуючою підставою законних підстав для включення вказаних сум до оподатковуваного доходу фізичної особи не вбачається. Із наведеної норми ПК також випливає, що злочинний дохід як об'єкт оподаткування виникає у платника податку на доходи фізичних тільки після набрання відповідним вироком суду законної сили, що унеможливає приховування такого об'єкта. Неподання податкової декларації у випадку отримання злочинного доходу не має нічого спільного із притаманними ухиленню від сплати податків обманом держави в особі контролюючих органів і латентністю діянь, вчинюваних платником податків. Позбавлення податкових органів інформації про вступ у законну силу відповідним вироком суду та, як наслідок, про наявність специфічного об'єкта оподаткування – це не злочинна поведінка платника податку на доходи фізичних осіб, щодо якого суд вже вирішив питання про долю речових доказів і відшкодування заподіяної злочинном шкоди, а результат відсутності належної взаємодії суду і податкових органів. З огляду на сказане, у випадку одержання фізичною особою оподатковуваного доходу у вигляді одержаного хабара, викраденого майна чи знайденого скарбу підстав для застосування ст. 212 КК нами не вбачається.

Пов'язування доходу фізичної особи з уже постановленим у кримінальній справі обвинуваль-

ним вироком суду означає, що оподаткування деяких злочинних доходів, запроваджене в Україні з 1 січня 2004 р. на підставі Закону від 22 травня 2003 р. «Про податок з доходів фізичних осіб», не здатне досягнути тієї прагматичної мети (усунення браку доказів), яку такий захід переслідує в окремих зарубіжних країнах. Наприклад, досить унікальна ситуація з питання про оподаткування кримінальних доходів історично складалася у США. Кодекс внутрішніх доходів цієї країни прямо передбачає, що оподаткуванню підлягають всі доходи незалежно від джерел їх походження. Американські правники виокремлюють певні різновиди протиправної діяльності, стосовно яких проведення саме податкового розслідування є найбільш дієвим засобом притягнення злочинців до кримінальної відповідальності (корупція, наркобізнес, організована злочинність тощо). Хрестоматійним прикладом вважається випадок засудження на початку 30-х років XX століття до тривалого тюремного ув'язнення за ухилення від сплати податків одного з ватажків американської мафії і «ворога суспільства № 1» Аль Капоне. І на сьогодні ця справа – предмет професійних гордоців співробітників Міністерства фінансів США, позаяк «тільки бухгалтер зміг спіймати Аль Капоне».

А.В. Савченко пропонує безпосередньо у ч. 1 ст. 212 КК уточнити, «чи можуть бути об'єктом оподаткування доходи злочинного походження»<sup>170</sup>. Рухатись таким шляхом не варто. Питання про оподаткування (або, навпаки, неоподаткування) доходів, одержаних злочинним шляхом, має вирішуватись (і вирішується наразі в Україні) не кримінальним, а регулятивним (податковим) законодавством. Інакше кажучи, кримінально-правова оцінка ухилення від сплати податків із незаконних, у т.ч. злочинних доходів є похідною в тому плані, що: по-перше, за своєю галузевою належністю проблема оподаткування нелегальних доходів є не стільки кримінально-правовою, скільки фінансово-правовою; по-друге, про застосування ст. 212 КК у такій ситуації є підстави вести мову лише у тому разі, коли регулятивне законодавство позитивно вирішує питання про оподаткування зазначених доходів і зобов'язує платника сплачувати з них податки.

З огляду на закріплення у підпункті 14.1.54 п. 14.1 ст. 14 ПК визначення доходу з джерелом їх походження з України як будь-якого доходу, в літературі висловлено думку про те, що дії суб'єктів, які займаються незаконним обігом дисків для лазерних систем зчитування, матриць,

<sup>170</sup> Савченко А.В. Порівняльний аналіз кримінального законодавства України та федерального кримінального законодавства Сполучених Штатів Америки: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2007. – С. 25.

обладнання та сировини для їх виробництва (ст. 203-1 КК), за наявності підстав слід додатково кваліфікувати за ст. 212 КК<sup>171</sup>.

**Об'єктивна сторона** розглядуваного злочину характеризується сукупністю трьох ознак: 1) діяння – ухилення від сплати податків і зборів; 2) суспільно небезпечні наслідки у вигляді фактичного ненадходження до бюджетів коштів у значних (ч. 1 ст. 212 КК), великих (ч. 2 ст. 212 КК) або особливо великих (ч. 3 ст. 212 КК) розмірах; 3) причинний зв'язок між діянням і наслідками.

Відповідальність за ст. 212 КК виключається у разі, коли ненадходження коштів до державного і місцевих бюджетів сталося внаслідок невиконання банком покладеного на нього законодавством обов'язку виконувати платіжні доручення платників податків і зборів на перерахування обов'язкових платежів, які входять у систему оподаткування. Якщо ініціатива невиконання банком обов'язку щодо списання коштів з рахунка платника і перерахування їх до бюджету надійшла від платника податків і зборів (його службової особи), така його (її) поведінка повинна розглядатись не як ухилення від сплати податків і зборів, а як підбурювання до злочину, вчиненого відповідним банківським працівником. Зловживання службових осіб установ банків із коштами, які надійшли від платників податків і мають бути зараховані до бюджетів, можуть утворювати той чи інший склад злочину проти власності (зокрема, ст. 191 КК) або у сфері службової діяльності (наприклад, ст. 364-1 КК).

Позначивши злочинне діяння як ухилення відповідного суб'єкта від сплати податків, зборів, законодавець у ст. 212 КК не визнав за потрібне конкретизувати спосіб вчинення передбаченого нею злочину. Досить складно відповісти на питання, є це здобутком чинного КК або його вадою. Загальновідомо, що несумлінні платники швидко пристосовуються до державних заходів протидії податковим правопорушенням і винаходять все нові й нові прийоми та схеми ігнорування податкових зобов'язань. У зв'язку з цим існує небезпека того, що кримінальний закон із вичерпним переліком казуїстично описаних злочинних діянь буде постійно «запізнюватись», не встигати за такими платниками, а точніше неплатниками. Останні безпідставно уникатимуть кримінальної відповідальності за заподіяння шкоди системі оподаткування.

Разом з тим притаманна чинній редакції ст.

<sup>171</sup> Філіпп А.В. Кримінальна відповідальність за незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виготовлення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2011. – С. 148-150. Більш докладно про проблему злочинних доходів як об'єкта оподаткування та її кримінально-правові аспекти див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 430-438.

212 КК невизначеність складу передбаченого нею злочину, не дозволяючи чітко розмежовувати злочинну і незлочинну поведінку, по-перше, суперечить принципу законності як одному з основних принципів юридичної відповідальності, по-друге, явно не узгоджується зі ст. 57 Конституції України, відповідно до якої кожному гарантується право знати, зокрема, свої обов'язки, по-третє, ускладнює виконання Кримінальним кодексом такого завдання, як запобігання злочинам, адже потенційний злочинець не має чіткої інформації про суть кримінально караної поведінки.

Ст. 212 КК не містить навіть вказівки на незаконність передбаченої нею поведінки належного суб'єкта, а тому зберігається небезпека охоплення кримінально-правовою репресією випадків податкової мінімізації (оптимізації, планування). При бажанні платнику податків можуть закинути те, що він свідомо проводить діяльність, внаслідок якої держава зазнає майнових втрат, яких не було б, якби він діяв так, як інші, і не був таким «розумним». Чіткого розмежування між протиправним ухиленням від сплати податків і податковою оптимізацією на законодавчому рівні в Україні не існує. При цьому не викликає сумнівів, що сумлінна сплата податків і зборів не тотожна їх бездумній сплаті у максимально можливому розмірі.

Свого часу до позначеної проблеми був вимушений звернутись навіть Конституційний Суд РФ, який вирішив: відсутність у ст. 199 КК РФ переліку конкретних способів ухилення від сплати законно встановлених податків не дає правозастосувачу підстав для довільного притягнення до кримінальної відповідальності, у т.ч. у випадках, коли платник податків використовує механізми зменшення податкових платежів, що не суперечать закону<sup>172</sup>. Хоч завдяки рішенням Конституційного Суду РФ інтереси платників податків цілком справедливо взяли гору, сам факт появи такого рішення – свідчення конструктивних вад викладених у редакції Федерального закону РФ від 25 червня 1998 р. норм про ухилення від сплати податків, які містили вказівку на інший (крім безпосередньо закріплених у ст. 198 і ст. 199 КК) спосіб вчинення злочину. Вказівка на інший спосіб, за інформацією І.А. Клепицького, призводила до дезорганізації діяльності податкової поліції, яка втратила інтерес до виявлення справді небезпечних різновидів ухилення від сплати податків. Шляхом простого оформлення у кримінальні справи матеріалів, які надходи-

<sup>172</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2003 г. «По делу о проверке конституционного положения статьи 199 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан П.Н. Белецкого, Г.А. Никовой, Р.В. Рукавишниковой, В.А. Соколовского и Н.И. Таланова» (Извлечение) // Законность. – 2003. – № 8. – С. 61-63.



ли від податкових органів, імітувалась боротьба з податковою злочинністю<sup>173</sup>. Зауважимо, що ст. 212 КК з її «гумовим» формулюванням «ухилення від сплати» не відрізняється у кращий бік від згаданих редакцій ст. ст. 198, 199 КК РФ.

Вважаємо, що у ст. 212 КК передбачено відповідальність не за несплату у встановлений термін податків і зборів, а за умисне ухилення від їх сплати, коли особа має намір взагалі не виконувати (повністю або частково) покладений на неї (юридичну особу, її відокремлений підрозділ) податковий обов'язок. Якщо платник у звітних документах правильно відображає об'єкти оподаткування та обраховує належні до сплати податки і збори, своєчасно подає податкову декларацію (розрахунок), однак у зв'язку з недостатністю коштів на його банківському рахунку обов'язок зі сплати податку чи збору своєчасно не виконується, дії платника як такі, що не поєднуються з обманом держави в особі її контролюючих органів, не можуть кваліфікуватись за ст. 212 КК. З цієї ж причини не утворює складу розглядуваного злочину непогашення платником податків грошового зобов'язання, нарахованого йому контролюючим органом у випадках, передбачених ПК.

Таку ж позицію зайняв і Пленум ВСУ, який у п. 3 своєї постанови від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» вказав на те, що ст. 212 КК передбачено відповідальність не за сам факт несплати в установленний строк податків, зборів, інших обов'язкових платежів, а за умисне ухилення від їх сплати. Аналіз приблизного, невичерпного переліку обставин, які, на погляд Пленуму, можуть свідчити про умисний характер поведінки порушника податкового законодавства (перекручування документації, неоприбуткування готівки, ведення подвійного обліку, використання «таємних» банківських рахунків тощо), схиляє до думки про те, що саме обман держави в особі її контролюючих органів слід визнавати серцевиною складу злочину «ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)».

Разом з тим на сьогодні фактично єдиною підставою застосування ст. 212 КК (якщо виходити з тексту закону, а не займатись його тлумаченням) виступає розмір шкоди державі, для якої не має значення те, яким чином їй цю шкоду заподіяно. Цей невтішний висновок, не дивлячись на виважену позицію Пленуму ВСУ, впливає і з п. 13 його постанови від 8 жовтня 2004 р. № 15: роз'яснення щодо того, якого вигляду може набувати ухилення від сплати податків і зборів, Пле-

нум був вимушений розпочати із застереження про те, що вказаний ним перелік способів вчинення цього злочину є приблизним (незакритим).

Проблема уточнення меж кримінальної відповідальності за податкові правопорушення повинна вирішуватись у легальному порядку. На підставі вивчення тенденцій розвитку кримінального законодавства постсоціалістичних країн подібний висновок формулює македонський дослідник Н.Р. Тупанчеські. Зважаючи на складність і комплексний характер досліджуваної проблематики, наявності у кримінальному законі однієї статті явно недостатньо для ефективної боротьби із податковими злочинами. Важливим елементом сучасної кримінально-правової політики країн із ринковою економікою у сфері оподаткування є деталізація визначення всіх потенційних ситуацій, здатних призвести до значного скорочення надходжень до бюджету держави<sup>174</sup>.

Звернення до законодавства європейських країн із розвинутою ринковою економікою дозволяє переконатись у тому, що в основу системи податкових злочинів у цих країнах покладено норму про податкове шахрайство. Відмітними ознаками цього найбільш небезпечного посягання у сфері оподаткування, який у різних країнах цілком природно має неоднакову назву, є умисел, спрямований на заподіяння майнової шкоди державі внаслідок несплати податків, та обман, який може набувати активної (подання неправдивих відомостей) або пасивної (незаконне неподання належних відомостей) форми. Подібний підхід знайшов законодавче закріплення і в багатьох інших країнах (наприклад, ст. 243 КК Білорусі, ст. ст. 255, 256 КК Болгарії, ст. ст. 205, 206 КК Вірменії, ст. 244 КК Молдови, ст. ст. 221, 222 КК Казахстану, ст. ст. 386–388, 390 Пенітенціарного кодексу Естонії).

Констатуючи притаманну Кримінально-фінансовому кодексу Польщі казуїстичність кримінально-правових заборон, які передбачають відповідальність за податкові злочини, О.Л. Дубовик та А.Е. Жалінський відзначають, що ця обставина створює певні зручності при застосуванні вказаних заборон<sup>175</sup>.

Викладення ст. 198 і ст. 199 КК РФ у редакції Федерального Закону від 8 грудня 2003 р. № 162-ФЗ і, зокрема, виключення вказівки на інший

<sup>174</sup> Тупанчеські Н.Р. Уклонение от уплаты налогов в сравнительном праве / Под ред. проф. В.С. Комиссарова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2001. – С. 168, 172, 203.

<sup>175</sup> Дубовик О.Л., Жалинский А.Э. Уголовная ответственность за налоговые преступления по законодательству Республики Польша: тенденции, специфика, задачи совершенствования // Российский ежегодник уголовного права. № 2. 2007/ Под ред. д-ра юрид. наук, проф. Б.В. Волженкина. – СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. – С. 539.

<sup>173</sup> Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – С. 454.

спосіб ухилення призвело до того, що передбачені цими статтями ухилення від сплати податків і зборів з фізичної особи та ухилення від сплати податків і зборів з організації набули класичних рис податкового шахрайства, вчинюваного шляхом введення податкових органів в оману або залишення їх у невіданні.

Законодавча реалізація ідеї комплексної і конкретизованої охорони системи оподаткування кримінально-правовими засобами, передбачаючи відмову у тексті КК від недолугої конструкції «ухилення від сплати» і чітке нормативне закріплення істотних ознак податкових злочинів (передусім податкового шахрайства), дозволить полегшити й уніфікувати кваліфікацію злочинних порушень податкового законодавства, сприятиме обмеженню дискреційної діяльності правозастосовних органів і ліквідує небезпеку застосування кримінального закону щодо випадків податкової мінімізації. У нормі КК про податкове шахрайство мова щонайменше повинна йти про невиконання платником податків і зборів або його представником, службовою особою обов'язку зі сплати податків і зборів, поєднане з неподанням податкової звітності або із внесенням до податкової звітності завідомо неправдивих відомостей. Перекручення податкової звітності завдяки виправданій універсальності цього поняття дозволить охопити, зокрема, випадки невідображення (приховування) у цій звітності об'єктів оподаткування, їх заниження і водночас враховуватиме ту обставину, що зміст обману, який спричиняє невиконання обов'язку зі сплати податку чи збору, може стосуватись і інших, крім об'єкта оподаткування, елементів правового механізму податку чи збору – його ставки, платника, бази або одиниці оподаткування тощо<sup>176</sup>.

Повертаючись до аналізу чинної редакції ст. 212 КК, зазначимо, що описово-бланкетний характер диспозиції частини 1 цієї статті робить необхідним у кожному випадку її застосування звертатися до положень податкового законодавства, які визначають конкретних платників податків і зборів, їхні обов'язки, строки і механізм сплати податкових внесків тощо. При цьому слід

<sup>176</sup> Більш детально про потребу конкретизації порушень податкового законодавства див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 352-364. Думку про необхідність уточнення у законодавчому порядку конструкції «ухилення від сплати», що, крім всього іншого, дозволить розмежувати передбачену ст. 212 КК України злочинну поведінку і податкову мінімізацію (планування) як правомірну діяльність суб'єктів оподаткування, поділяє і А.В. Смирнова (Смирнова А.В. Кримінально-правова кваліфікація співучасті в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 11, 48-50, 186, 188).

враховувати, що згідно зі ст. 7 ПК будь-які питання, пов'язані з оподаткуванням, регулюються виключно ПК; правила оподаткування не можуть встановлюватись або змінюватись іншими законами України, крім законів, що містять положення про внесення змін до ПК та (або) положення, що встановлюють відповідальність за порушення норм податкового законодавства.

Вимога конкретизації обвинувачення стосовно ухилення від сплати податків і зборів означає необхідність з'ясування того, яке саме положення податкового законодавства та яка його редакція були чинними на момент вчинення злочину.

Згідно зі ст. 374 КПК 2012 р у мотивувальній частині вироку, зокрема, має бути зазначено, в який спосіб було вчинено злочин. Ухилення від сплати податків і зборів може вчинятись, наприклад, шляхом неподання документів, пов'язаних з обчисленням і сплатою податків і зборів, приховування або заниження об'єкта оподаткування, заниження податкової ставки, неправильного обчислення сум податків і зборів або бази оподаткування, певних зловживань з податковими пільгами<sup>177</sup>.

Неподання зазначених документів означає, що до органів ДПС або інших контролюючих органів (наприклад, митних органів) у встановлений строк не подаються документи, на підставі яких здійснюється нарахування та (або) сплата податків або зборів. Ст. 49 ПК встановлює, що податкова звітність – податкова декларація (розрахунок), а у випадках, передбачених ПК, і фінансова звітність подається до контролюючих органів особисто платником (уповноваженою ним особою), надсилається поштою з повідомленням про вручення та з описом вкладення або засобами електронного зв'язку з дотриманням умов реєстрації електронного підпису.

Неподання податкової (фінансової) звітності, як правило, одночасно є приховуванням об'єкта оподаткування. Такими об'єктами відповідно до ст. 22 ПК можуть бути, наприклад, майно, товари, дохід (прибуток) або його частина, обороти з реалізації або операції з постачання товарів, робіт, послуг. Приховування об'єкта оподаткування характеризується тим, що об'єкт оподаткування фактично існує, проте він не декларується – не згадується у документах, пов'язаних з обчисленням і сплатою податків або зборів, які подаються до контролюючих органів, у зв'язку з чим жодні податкові внески на такий об'єкт не нараховуються і, відповідно, не сплачуються.

Наприклад, приховування прибутку

<sup>177</sup> Питання про співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 212 і ст. 222 КК, висвітлюється у підручнику далі – при розкритті кримінально-правової характеристики шахрайства з фінансовими ресурсами.

підприємства як об'єкта оподаткування може здійснюватись шляхом укладення фіктивних договорів, неоприбуткування готівки, яка надходить підприємству за поставлені товари, виконані роботи або надані послуги, проведення підприємством фінансово-господарської діяльності через банківські рахунки інших підприємств або фізичних осіб без відображення її у податковій звітності, подання до контролюючих органів неправдивої заяви про тимчасове припинення фінансово-господарської діяльності підприємства тощо.

Заниження об'єкта оподаткування означає часткове ухилення від сплати податків і зборів. Так, заниження прибутку підприємства як об'єкта оподаткування може досягатись шляхом незаконного завищення валових витрат, у т.ч. за рахунок укладання договорів із фіктивними суб'єктами господарювання і включення у витрати показників, не підтверджених належними документами – первинними, бухгалтерського обліку, фінансової звітності тощо. Платник податку може приховати частину прибутку, що підлягає оподаткуванню, наприклад, шляхом заниження вартості реалізованої продукції або неоприбуткування готівки, отриманої поряд із безготівковими коштами за реалізовані товари (роботи, послуги).

Якщо ухилення від сплати податків і зборів поєднується з підробленням відповідних документів (звітних, облікових або первинних), дії винного повинні додатково кваліфікуватись за ст. 358 або ст. 366 КК. При цьому службове підроблення, яке виступає способом ухилення від сплати податків і зборів, не слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 366 КК як таке, що спричинило тяжкі наслідки. Адже при такій кваліфікації особі двічі інкримінуватиметься одна і та сама ознака (суспільно небезпечний наслідок), тобто порушуватиметься принцип недопустимості подвійного інкримінування (ч. 1 ст. 61 Конституції України, ч. 3 ст. 2 КК). Крім цього, тяжкі наслідки у вигляді ненадходження до бюджетів коштів у значних, великих та особливо великих розмірах у розглядуваній ситуації породжуються саме ухиленням від сплати податків і зборів, а не службовим підробленням, а тому охоплюються диспозицією відповідної частини ст. 212 КК. В одній з постанов ВСУ з цього приводу зазначається таке: «Якщо особа з метою ухилення від сплати податків внесла до офіційних документів завідомо неправдиві відомості, що призвело до фактичного ненадходження до бюджету коштів в особливо великих розмірах, висновки суду про те, що тяжкі наслідки, які проявились у несплаті податків в особливо великих розмірах, безпосередньо були спричинені в результаті підроблення офіційних документів, є помилковим. У цьому випадку дії засуджено-

го щодо підроблення офіційних документів слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 366 КК»<sup>178</sup>.

Ст. 358 або ст. 360 КК може бути інкримінована незалежно від того, до якої відповідальності (кримінальної чи адміністративної) особу притягнуто за вчинене нею порушення вимог податкового законодавства.

Працівники фінансових установ, які за попередньою домовленістю з платниками податків (їх службовими особами) не інформують податкові органи у встановленому законом порядку про відкриття рахунків своїх клієнтів або незаконно здійснюють видаткові операції за цими рахунками<sup>179</sup>, усвідомлюючи, що за допомогою таких «таємних» рахунків і операцій здійснюється ухилення від сплати податкових платежів, можуть притягуватись до відповідальності за ч. 5 ст. 27, ст. 212 КК, а за наявності до цього підстав – і за злочин у сфері службової діяльності (наприклад, за ст. 368-3 КК). Пропонована кримінально-правова оцінка ґрунтується на тому, що вказану поведінку працівників фінансових установ є підстави визнавати заздалегідь обіцяним сприяттям приховуванню злочину, передбаченого ст. 212 КК. Пособництво ухиленню від сплати податків слід вбачати і в тому разі, коли сприяття податковому злочину є результатом виконання попередньої домовленості між несумлінним платником податків (його службовою особою) і працівниками «проблемного» (неплатоспроможного) банку, в якому відкрито рахунок такого платника податків.

Відчуження майна, що перебуває у податковій заставі, здійснене без попереднього узгодження з податковим органом, якщо воно було у цьому разі обов'язковим<sup>180</sup>, не може розцінюватись як ухилення від сплати податків і зборів. За ст. 212 КК мають кваліфікуватись дії (бездіяльність) платника (його службової особи), в результаті яких утворюється податковий борг – підстава для застосування податкової застави, а не

<sup>178</sup> Висновки Верховного Суду України, викладені у рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 400-12 КПК України // Вісник Верховного Суду України. – 2012. – № 4. – С. 16-17.

<sup>179</sup> Банки та інші фінансові установи повинні відкривати рахунки платникам податків – юридичним особам, відокремленим підрозділам і представництвам юридичних осіб, фізичним особам – підприємцям та фізичним особам, які провадять незалежну професійну діяльність, лише за наявності документів, які підтверджують взяття цих осіб на податковий облік. Датою початку видаткових операцій за рахунком платника податків є дата отримання фінансовою установою повідомлення про взяття цього рахунку на облік в органах державної податкової служби (ст. 69 ПК).

<sup>180</sup> Узгодженню операцій із заставленим майном присвячено ст. 9 ПК. Порядок застосування податкової застави органами державної податкової служби затверджений наказом Міністерства фінансів України від 11 жовтня 2011 р. № 1273.



порушення правил про податкову застава, призначення якої – примусити платника податків і зборів погасити податковий борг. Право податкової застави виникає вже після фактичної несплати податків і зборів та, як наслідок, виникнення податкового боргу. Як слушно зазначає з цього приводу П.П. Андрушко, на момент виникнення права податкової застави вже має місце фактичне ненадходження до бюджетів коштів, не сплачених як податки і збори. І саме у зв'язку із фактом ненадходження таких коштів до бюджетів у встановлені законом строки виникає право податкової застави<sup>181</sup>. Таким чином, варто розрізняти, по-перше, ухилення від сплати податків як злочин, що визнається закінченим з наступного дня після настання строку, до якого мав бути сплачений податковий платіж, і, по-друге, невиконання обов'язку (ухилення) щодо погашення податкового боргу. Вказану відмінність ігнорують деякі автори, які виходять з того, що неузгоджене проведення операції із заставленими активами завдає шкоди бюджетам, а тому має кваліфікуватись за ст. 212 КК<sup>182</sup>. До того ж, ні податковий борг, ні податкова застава не включені у переліки загальнодержавних і місцевих податків і зборів, закріплені у ст. 9 і ст. 10 ПК.

*Скасовуючи вирок Амвросіївського районного суду Донецької області, яким керівника одного з сільськогосподарських підприємств було виправдано за відсутністю в його діях складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 364 КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ у своїй ухвалі від 1 березня 2007 р., вказала на те, що цей керівник без погодження з ДПП здійснив відчуження 46 тон кукурудзи, яка перебувала у податковій заставі, не за цінами, що не є меншими за звичайні, а шляхом проведення взаємозаліку. Таким чином, було порушено вимоги Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» в частині регламентації податкової застави.*

<sup>181</sup> Андрушко П.П. Коментар до постанови Пленуму Верховного Суду України від 8 жовтня 2004 р. № 15 // Вісник Верховного Суду. – 2004. – № 11. – С. 17.

<sup>182</sup> Наджафов О. Чи не помилилась вища судова інстанція? Щодо питання кваліфікації ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 12. – С. 52.

З огляду на сказане, не можна погодитись із російськими дослідниками І.І. Кучеровим та О.В. Щукінін, які ст. 212 КК України наводять як приклад загального підходу до встановлення кримінальної відповідальності за податкові злочини, у межах якого кримінально караним визнається і власне ухилення від сплати податків і зборів, і ухилення від погашення податкової недоїмки (Кучеров І.І., Щукін А.В. Уголовная ответственность за сокрытие денежных средств и имущества, за счет которых должно производиться взыскание налогов и сборов. – М.: ИД «Юриспруденция», 2006. – С. 52-53).

Якщо особа спочатку ухиляється від сплати податків і зборів, що зумовлює виникнення податкового боргу у відповідному розмірі, який в свою чергу слугує підставою для застосування податкової застави, а згодом протиправно відчужує майно, що перебуває у податковій заставі, її діяння слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ст. 212 і тією нормою КК, на підставі якої дається кримінально-правова оцінка порушення порядку поводження із заставленим майном. Залежно від суб'єкта і конкретних обставин справи це можуть бути, зокрема, ст. ст. 192, 364, 364-1, 365, 365-1, 388 КК. Існуюча наразі ситуація з кваліфікацією незаконного розпорядження заставленим майном наочно і зайвий раз показує, як діяння, що за своєю суттю і спрямованістю є посяганнями на систему оподаткування, отримують кримінально-правову оцінку за нормами КК, що не враховують специфіку податкових правовідносин, не мають жодного відношення до податків і встановлюють істотно різні умови притягнення до кримінальної відповідальності.

Вказана вище кримінально-правова оцінка не застосовується, якщо податковий орган протягом десяти днів з моменту отримання звернення не надав платнику податків відповіді щодо надання (ненадання) згоди на відчуження майна. У такій ситуації, можливість якої передбачена п. 92.1 ст. 92 ПК, поведінка платника податків (його службової особи) у частині відчуження майна, яке перебуває у податковій заставі, вважається правомірною і не тягне кримінальної відповідальності.

*Вироком Снятинського районного суду Івано-Франківської області Д. було засуджено за ч. 2 ст. 364 і ч. 1 ст. 212 КК за те, що він, працюючи директором сільськогосподарського підприємства, без згоди місцевої ДПП дав розпорядження про реалізацію на переробку 31 тони цукрового буряка вартістю 5980 грн., який перебував у податковій заставі. Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 17 квітня 2003 р. вирок щодо Д. визнано незаконним і необґрунтованим, а кримінальну справу провадженням закрито за відсутністю в діях засудженого складу злочину. В ухвалі зазначається, що районний суд у вирокі не вказав, у чому полягало ухилення Д. від сплати податків. При цьому відчуження службовою особою заставленого майна без письмової згоди податкового органу може розцінюватись за ст. 364 КК як зловживання службовим становищем лише у разі доведеності вини у цьому злочині. Із матеріалів справи видно, що Д. діяв в інтересах служби, оскільки на нього як на директора було покладено функції з організації діяльності підприємства. Розрахувавшись з працівниками останнього цукром, отриманим*

від переробки буряка, Д. тим самим ліквідував заборгованість із заробітної плати, тобто виконав покладені на нього обов'язки з оплати праці і запобіг заподіяння істотної шкоди законним інтересам громадян. ВСУ вказав, що дії Д., пов'язані із реалізацією без згоди ДПП майна, що перебувало у податковій заставі, не можуть розглядатись як кримінально каране зловживання службовим становищем, оскільки вони не містять такої необхідної ознаки, передбаченої ст. 364 КК, як використання службового становища всупереч інтересам служби з корисливих мотивів чи в інтересах третіх осіб. Не спричинили ці дії і істотної шкоди правоохоронюваним інтересам<sup>183</sup>.

У разі, коли норма ПК чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі ПК, або коли норми різних законів чи інших нормативно-правових актів, або коли норми одного і того ж нормативно-правового акта суперечать між собою і припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, внаслідок чого є можливість прийняти рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу, рішення приймається на користь платника податків (підпункт 4.1.4 п. 4.1 ст. 4, підпункт 56.21 п. 56.2 ст. 56 ПК). Якщо стан нормативного регулювання конкретних податкових відносин є таким, що може слугувати підставою для застосування наведеної презумпції правомірності рішень платника податків, дії (бездіяльність) платника податків, податкового агента або їх службових осіб немає підстав визнавати протиправними. У зв'язку з цим їх кваліфікація за статтями 192, 212, 222 або іншими нормами КК має виключатись за відсутністю складу злочину незалежно від наявності або відсутності винесеного на користь платника податку (податкового агента) рішення контролюючого органу або суду, а так само незалежно від наявності або відсутності відповідного податкового роз'яснення контролюючого органу.

На користь зробленого висновку про правомірність діянь учасників податкових правовідносин у розглядуваній ситуації вказує рішення КСУ у справі про охоронюваний законом інтерес, в якому зазначається, що конфлікт інтересів притаманний не тільки правовим і неправовим інтересам, а й конгломерату власне законних, охоронюваних законом і правом інтересів. Певною конфліктністю характеризуються і охоронювані законом та правом інтереси

громадянина і держави, особи і суспільства, акціонера і акціонерного товариства, національні і загальнолюдські, приватні і публічні тощо<sup>184</sup>. Зазначене положення можна конкретизувати таким чином: підпункт 4.1.4 п. 4.1 ст. 4, підпункт 56.21 п. 56.2 ст. 56 ПК є свідченням (виявом) існування конкуруючих, але водночас законних (легітимних) інтересів платників податків (податкових агентів), з одного боку, та інтересів держави в особі її фіскальних органів, з іншого.

Керуючись законодавчою нормою про конфлікт інтересів, головний відділ податкової міліції спеціалізованої ДПП з роботи з великими платниками податків у м. Дніпропетровську 4 березня 2002 р. виніс постанову про відмову в порушенні кримінальної справи щодо службових осіб українсько-кіпрського ЗАТ з II Компанії «Приват Інтертрейдинг» за відсутністю в їх діях складу злочину, передбаченого ст. 212 КК. Це підприємство, сплачуючи внески до Державного інноваційного фонду у розмірі 1 % від фактично отриманої суми торговельної або збутової націнки (надбавки) на реалізовані товари, згодом прийняло рішення перерахувати раніше нараховані внески з огляду на суму отриманої торговельної знижки, внаслідок чого відрахування зменшилися на суму понад 708000 грн. Висновок про відсутність в діях службових осіб спільного підприємства ознак злочинного ухилення від сплати податків і зборів податкової міліціонери зробили у т.ч. з урахуванням норми про конфлікт інтересів (наразі – презумпції правомірності рішень платника податків).

Поєднане з обманом уповноважених державних органів безоплатне заволодіння державними коштами під виглядом бюджетного відшкодування ПДВ<sup>185</sup> слід кваліфікувати за ст.

<sup>184</sup> Рішення Конституційного Суду України (далі – КСУ) у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004. Обґрунтовуючи прийняття рішення на користь платника податків, Європейський суд з прав людини у рішенні від 14 жовтня 2010 р., винесеному у справі «Шокін проти України», вказав: по-перше, відповідне національне законодавство не було чітким та узгодженим та, відповідно, не відповідало вимозі «якості» закону і не забезпечувало адекватність захисту від свавільного втручання у майнові права заявника; по-друге, національними органами не було дотримано вимогу законодавства щодо застосування підходу, який був би найбільш сприятливим для заявника – платника податку, коли в його справі національне законодавство припускало неоднозначне трактування.

<sup>185</sup> Порядок визначення суми ПДВ, що підлягає сплаті до Державного бюджету України або бюджетному відшкодуванню, регламентується ст. 200 ПК. Порядок взаємодії органів державної податкової служби та органів державної казначейської служби в процесі відшкодування податку на додану вартість затверджений постановою КМУ від 17 січня 2011 р. № 39.

<sup>183</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 3. – С. 23.

Більш докладно про проблеми кваліфікації порушення порядку здійснення операцій із майном, що перебуває у податковій заставі, див.: Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: Монографія. – К.: Істина, 2006. – С. 243-297.

190 КК як шахрайство, а за наявності до цього підстав – додатково за ст. 358 або ст. 366 КК. Предметом злочину у цьому випадку виступають кошти, які на момент вчинення злочину вже перебувають у державній власності і які шляхом обману уповноважених державних органів (податкових органів, державного казначейства, суду) протиправно<sup>186</sup> і безоплатно вилучаються з бюджету. При розглядуваному незаконному відшкодуванні ПДВ відбувається вибуття коштів із фондів власника – держави. Безоплатність під час незаконного відшкодування ПДВ полягає у відшкодуванні сум податку, попередньо фактично не сплачених постачальникам у ціні товарів (послуг) чи до бюджету або попередньо компенсованих за рахунок сум податку, отриманих від покупців. Безоплатність у цьому випадку може бути як повною, так і частковою (наприклад, оцінюючи вчинене, із загальної суми, заявленої до відшкодування, слід вираховувати суму ПДВ, яка підлягає відшкодуванню згідно з фактично здійсненим експортом товару). Шахрайський обман полягає у тому, що винна особа повідомляє належному адресату неправдиві відомості про те, що конкретний платник нібито має право на бюджетне відшкодування ПДВ, або, дізнавшись про незаконність відшкодування ПДВ після подання заяви про відшкодування і проведення перевірок, замовчує цю обставину. Навіть якщо особа, яка заволодіває державним майном під виглядом відшкодування ПДВ, є службовою, держава в особі уповноважених органів передає їй майно не тому, що вона є службовою, а тому, що ця вона створить документальні підстави, за якими платник податків, на користь якого ця особа діє, нібито має право на отримання відшкодування ПДВ.

Якщо задекларована сума бюджетного відшкодування безпідставно завищена, однак

Про те, що зловживання з бюджетним відшкодуванням ПДВ не зникли і після набрання чинності ПК, див., наприклад: Кириленко Т. Оборудки національного масштабу. Понад 450 млн. грн. ПДВ хотіли відшкодувати шахраї // Урядовий кур'єр. – 11 лютого 2012 р. – № 27.

Про конкретні способи незаконного відшкодування ПДВ див., зокрема: Довбаш Р.С. Методика розслідування злочинів, пов'язаних з незаконним відшкодуванням податку на додану вартість: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 34-66.

<sup>186</sup> Здобувачем кафедри кримінального права ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка А.Г. Грицюком доведено, що протиправність як одна з кримінально-правових ознак незаконного відшкодування ПДВ полягає в тому, що особа не має права на отримання такого відшкодування, що у свою чергу зумовлюється правовими дефектами. Дефект суб'єкта означає, що за бюджетним відшкодуванням звертається особа, яка взагалі не має такого права. Дефект форми означає, що за бюджетним відшкодуванням звертається особа, яка не має для цього достатніх формальних підстав. Дефект змісту означає, що за бюджетним відшкодуванням звертається особа, котра формально (згідно з наявними в неї документами) має для цього підстави, проте відомості про операції, що містяться в цих документах, не відповідають дійсності.

фактичного відшкодування у вигляді перерахування державних коштів з бюджетного рахунку на банківський рахунок платника податків ще не відбулось, і відсутні ознаки добровільної відмови при незакінченому злочині (ст. 17), дії винного, який бажає отримати «живі» гроші, за спрямованістю умислу мають розцінюватись як замах на шахрайство і кваліфікуватись за відповідними частинами ст. 15 і ст. 190 КК. Якщо перерахування коштів на банківський рахунок платника податків здійснено під контролем з боку правоохоронних органів, і винна особа не здобуває об'єктивної можливості розпорядитись привласненим на свій розсуд, правильно вести мову не про закінчене шахрайство, а про закінчений замах на цей злочин.

Російські криміналісти звертають увагу на те, що як шахрайство дії осіб, винних у незаконному відшкодуванні ПДВ, у т.ч. за експортними операціями, можуть кваліфікуватись лише у тих випадках, коли умисел винних направлений на зарахування грошових коштів з рахунку органу Федерального казначейства на рахунок експортера і наступне розпорядження ними. Наголошується і на тому, що завідомо протиправне використання механізму відшкодування ПДВ, порушуючи інтереси держави у сфері оподаткування юридичних осіб, водночас є способом злочинного посягання на державну власність, а тому має кваліфікуватись як шахрайство<sup>187</sup>.

Незаконне отримання бюджетного відшкодування ПДВ, не пов'язаного із безоплатним заволодінням бюджетними коштами (наприклад, погашення існуючого податкового боргу з ПДВ), не може тягнути відповідальність за ст. 212 КК (відсутні суспільно небезпечні наслідки у вигляді фактичного ненадходження коштів до бюджетів; податковий борг не визнається предметом передбаченого цією статтею КК злочину). Вказані дії залежно від того, хто їх вчинив, й обставин вчиненого можуть кваліфікуватись, зокрема, за ст. ст. 222<sup>188</sup>, 364, 364-1 або 192 КК.

Сказане не означає, що в жодному разі

<sup>187</sup> Сологуб Н.М., Евдокимов С.Г., Данилова Н.А. Хищения в сфере экономической деятельности: механизм преступления и его выявление. Метод. пособие. – М.: ПРИОР, 2002. – С. 44; Соловьев И.Н. Реализация уголовной политики России в сфере налоговых преступлений: проблемы и перспективы: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2004. – С. 25-26.

<sup>188</sup> Така кваліфікація можлива, наприклад, у випадку надання органам державної влади завідомо неправдивої інформації щодо належності операцій, які призвели до від'ємного значення податкових зобов'язань, до таких, що підлягають оподаткуванню за нульовою ставкою податку (ст. 195 ПК). Нульова ставка є звільненням платника від сплати податку, внаслідок якого він здобуває право повернути суму податку, раніше сплачену постачальникам у ціні товарів. У Довіднику податкових пільг № 61 станом на 1 квітня 2012 р. операції, що оподатковуються за нульовою ставкою ПДВ, фігурують саме як податкові пільги.



зловживання з ПДВ диспозицією ст. 212 КК не охоплюються. Якщо до складу податкового кредиту незаконно включені витрати (наприклад, не підтверджені податковими накладними чи митними деклараціями), але при цьому за результатами звітного періоду різниця між загальною сумою податкових зобов'язань і сумою податкового кредиту має позитивне значення, платник зобов'язаний сплатити до бюджету відповідну суму ПДВ у строки, встановлені законом для відповідного податкового періоду. Таким чином, безпідставне завищення податкового кредиту залежно від конкретних обставин (поряд із заниженням податкового зобов'язання з ПДВ) може бути способом умисного ухилення від сплати цього податку.

Злочин, передбачений ст. 212 КК, є закінченим з моменту фактичного ненадходження до бюджету коштів, які мали бути сплачені у строки та в розмірах, передбачених ПК, – з наступного дня після останнього дня строку, протягом якого мав бути сплачений той чи інший податок або збір. Строк сплати відповідно до ст. 32 ПК встановлюється податковим законодавством для кожного податку і збору окремо й обчислюється роками, кварталами, місяцями, декадами, тижнями, днями або вказівкою на подію, що повинна настати (відбутися). Визначаючи момент закінчення аналізованого злочину, слід враховувати і те, що ПК передбачає можливість перенесення встановленого податковим законодавством строку сплати податку чи збору на більш пізній строк. Зміна строку сплати податку здійснюється у формі відстрочки, розстрочки або податкового кредиту (ст. 32 ПК).

Обґрунтовуючи неправильність порушення кримінальної справи за ч. 3 ст. 212 КК щодо головного бухгалтера підприємства «Свердловантрацит» за фактом ухилення від сплати податку на прибуток у розмірі 2 688 895 грн, Апеляційний суд Луганської області у своїй ухвалі вказав, що на момент порушення кримінальної справи остаточного рішення щодо законності прийнятого стосовно підприємства податкового повідомлення-рішення не прийнято. Підприємство «Свердловантрацит» оскаржило податкове повідомлення-рішення в адміністративний суд, який поки що рішення у справі не виніс<sup>189</sup>.

Згідно з підпунктом 56.22 п. 56 ст. 56 ПК якщо платник податків оскаржує рішення податкового органу в адміністративному порядку до контролюючих органів та (або) до суду, повідомлення особі про підозру у вчиненні ухилення від сплати податків не може ґрунтуватися

на такому рішенні контролюючого органу до закінчення процедури адміністративного оскарження або до остаточного вирішення справи судом. Це правило не поширюється на випадки, коли таке повідомлення про підозру базується не тільки на рішенні контролюючого органу, а й підтверджується додатково зібраними доказами відповідно до вимог КПК.

Вироком Краснолиманського міського суду Донецької області приватний підприємець Р. був засуджений за ч. 3 ст. 212 КК за те, що у період із серпня 2004 р. по червень 2006 р. умисно ухилився від сплати ПДВ на суму 1 млн. 2722 грн. Ухвалою Апеляційного суду Донецької області вирок щодо Р. скасовано, а кримінальну справу закрито за недоведеністю його участі у вчиненні злочину. Апеляційний суд в обґрунтування свого рішення послався у т.ч. на те, що Р. оскаржив до господарського суду повідомлення-рішення та акт Слов'янської ОДПІ; оскільки процедура узгодження суми податкових зобов'язань не була закінчена, обвинувачення Р. не може ґрунтуватися на рішенні контролюючого органу. Скасовуючи ухвалу апеляційного суду і направляючи справу на новий апеляційний розгляд, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ виходила з того, що згідно з податковим законодавством обвинувачення особи в ухиленні від сплати податків не може ґрунтуватися на рішенні контролюючого органу, яке оскаржено до суду, до остаточного вирішення справи судом, за винятком випадків, коли таке обвинувачення не тільки базується на рішенні контролюючого органу, а й доведено на підставі додатково зібраних доказів відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Обвинувачення ж Р. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 212 КК, ґрунтувалось на показаннях свідків і висновках судово-почеркознавчої і судово-технічної експертизи<sup>190</sup>.

За конструкцією об'єктивної сторони передбачене ст. 212 КК ухилення від сплати податків і зборів належить до матеріальних складів злочинів і тягне кримінальну відповідальність у тому разі, коли це діяння призвело до фактичного ненадходження коштів до бюджетів у значних, великих або особливо великих розмірах. Суми несплачених обов'язкових платежів, які входять у систему оподаткування, дозволяють, по-перше, відмежовувати злочинні порушення податкового законодавства від незлочинних (кримінальний закон покликаний захищати систему оподаткування лише від злісних правопорушників, поведінка яких характеризується значною суспільною небез-

<sup>189</sup> Архів Апеляційного суду Луганської області. Справа № 11-57 за 2008 р.

<sup>190</sup> Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008-2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 519-524.

пекою), по-друге, диференціювати кримінальну відповідальність за ухилення від сплати податкових платежів.

Згідно з приміткою до ст. 212 КК під *значним розміром коштів* слід розуміти суми податків і зборів, які в тисячу і більше разів перевищують установлений законодавством НМДГ, під *великим розміром коштів* – суми податків і зборів, які в три тисячі і більше разів перевищують НМДГ, а під *особливо великим розміром коштів* – суми податків і зборів, які в п'ять тисяч і більше разів перевищують НМДГ.

У літературі висловлено думку про те, що ухилення від сплати податків і зборів у незначних розмірах, коли сума несплачених коштів не досягає однієї тисячі НМДГ, є малозначним діянням, що охоплюється частиною 2 ст. 11 КК<sup>191</sup>.

Погодитись з такою точкою зору важко, оскільки однією з обов'язкових умов визнання діяння малозначним у контексті ч. 2 ст. 11 КК є те, що це діяння повинно формально містити всі ознаки того чи іншого злочину, передбаченого КК. Якщо істотність шкоди безпосередньо визначена в законі шляхом закріплення конкретного розміру шкоди, яка повинна бути заподіяна при вчиненні відповідного злочину (як це має місце у випадку з ч. 1 ст. 212 КК), то недосягнення цього рівня шкоди свідчить, що діяння навіть формально не містить ознак злочину. А тому ч. 2 ст. 11 КК не може застосовуватись до таких ситуацій.

Кваліфікуючи діяння винного за відповідною частиною ст. 212 КК, необхідно виходити не з тієї величини, що прихована від оподаткування і на яку, відповідно, не нараховано податковий внесок, а з величини несплаченого податку або збору. При цьому не беруться до уваги фінансові санкції і пеня, які застосовуються згідно з вимогами ПК.

Ухилення від сплати податків і зборів визнається вчиненням у значному, великому або особливо великому розмірах як тоді, коли сума несплаченого платежу перевищує зазначені у законі розміри за одним його видом, так і у разі, коли ця сума є результатом несплати податків або зборів різних видів. Якщо ухилення від сплати податків і зборів мало місце в різні періоди, суму несплачених обов'язкових платежів потрібно встановлювати окремо щодо кожного періоду. При цьому має враховуватись, який НМДГ був чинним на момент порушення податкового законодавства.

Вчинені в різний час діяння, які полягали в ухиленні від сплати податків і зборів різних видів або в їх сплаті у неповному обсязі, необхідно кваліфікувати залежно від наявності чи відсутності в них ознак продовжуваного зло-

чину (ст. 32 КК). Особливість продовжуваного злочину полягає в тому, що умисел винної особи реалізується не відразу, а поступово, шляхом вчинення кількох, розведених у часі тотожних діянь. При цьому вирішальну роль у забезпеченні органічного зв'язку, притаманного вказаному різновиду одиничного злочину, відіграють єдиний злочинний намір і загальна мета – ознаки суб'єктивної сторони, які значною мірою носять оціночний характер і встановлюються правозастосовними органами з урахуванням всіх фактичних обставин конкретної кримінальної справи. Якщо діяння винного охоплювались єдиним злочинним наміром, розмір коштів, що не надійшли до бюджетів, потрібно обчислювати виходячи із загальної несплаченої суми і, залежно від її розміру, кваліфікувати вчинене за тією чи іншою частиною ст. 212 КК. Про це говориться у п. 12 постанови Пленуму ВСУ від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів».

Для порівняння: у ФРН ухилення від сплати різних податків розглядається як продовжуваний (одиничний) злочин лише у тому разі, коли декілька декларацій, які подаються одночасно, містять неправдиві відомості, узгоджені між собою. Відмовилась судова практика цієї країни і від пануючої раніше фікції продовжуваного злочину у випадку ухилення від сплати одного податку протягом кількох періодів<sup>192</sup>.

Кваліфікуючи допущені у різний час порушення податкового законодавства за відповідною частиною ст. 212 КК як одиничний (продовжуваний) злочин, суд повинен навести у вирок докази, які б підтверджували наявність у поведінці особи єдиного злочинного наміру. Однак у переважній більшості випадків суди, особливо не переймаючись з'ясуванням ознак продовжуваного злочину і погоджуючись з органами досудового слідства, здійснюють підсумовування несплачених сум обов'язкових платежів за всі звітні періоди, в яких встановлені порушення податкового законодавства. На цю обставину звертається увага в літературі: на практиці кримінально-правова кваліфікація злочину, передбаченого ст. 212 КК, є залежною від періодичності проведення податкових перевірок, результатом яких стає встановлення загальної суми несплачених протягом тривалого проміжку часу податкових платежів різних видів<sup>193</sup>. Оціночний характер єдиного злочинного наміру і загальної мети як традиційних

<sup>192</sup> Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – С. 433.

<sup>193</sup> Лютий О. Деякі питання кваліфікації злочинів за статтею 212 або коли умисна несплата податків не є злочином // Юридичний журнал. – 2006. – № 3. – С.100-103.

<sup>191</sup> Смирнова А.В. Кримінально-правова кваліфікація співучасті в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 90.

суб'єктивних ознак продовжуваного злочину і, внаслідок цього, їх досить суперечливе доктринальне і судове тлумачення в порядку застосування ст. 212 КК спонукають більш прискіпливо придивитись до досвіду тих країн (зокрема, КНР, РФ і ФРН), які фактично відмовились від застосування щодо ухилення від сплати податків законодавчої конструкції продовжуваного злочину. Такий крок, крім всього іншого, дозволить легалізувати правозастосовну практику підсумовування обов'язкових платежів за всі звітні періоди, в яких встановлені порушення податкового законодавства.

Не можуть кваліфікуватись як продовжуваний злочин випадки, коли особа, будучи одночасно службовою особою кількох підприємств, установ, організацій, вчинила ухилення від сплати податків і зборів з кожного такого підприємства, установи, організації. У такому разі розмір коштів, що не надійшли до бюджетів, слід визначати щодо кожного підприємства, установи, організації як юридично самостійного платника обов'язкових платежів, що входять у систему оподаткування. Вказана проблема кваліфікації правильно вирішується у п. 13 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 28 грудня 2006 р. № 64 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про відповідальність за податкові злочини». Тут роз'яснюється, що у випадках, коли особа здійснює керівництво кількома організаціями і при цьому у кожній з них ухиляється від сплати податків і зборів, її дії за наявності підстав мають кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 199 КК РФ. Вживання у ч. 1 ст. 212 КК в однині поняття «підприємство, установа, організація» як місця роботи службової особи – суб'єкта злочину також схиляє до думки про те, що випадки ухилення від сплати податкових платежів з різних підприємств, установ, організацій, навіть якщо вони мають місце протягом одного податкового періоду, не будучи складовими продовжуваного злочину, потребують самостійної кримінально-правової оцінки.

*Головний бухгалтер виробничо-комерційної фірми «Сивуч» Г. шляхом перекручення відомостей у податкових деклараціях, а згодом шляхом неподання податкових декларацій протягом червня 1999 р. – липня 2000 р. ухилився від сплати ПДВ на суму 96908 грн. Він же, працюючи головним бухгалтером малого науково-виробничого впроваджувального підприємства «Надра», у період з 1 вересня по 31 жовтня 2000 р. шляхом заниження об'єкта оподаткування ухилився від сплати ПДВ на суму 40189 грн. Вважаючи, що Г. вчинив один податковий злочин, Баришівський районний суд Київської області кваліфікував вчи-*

*нене підсудним за однією кримінально-правовою нормою – за ч. 3 ст. 212 КК<sup>194</sup>, з чим, з огляду на зазначене вище, погодитись важко.*

Відповідно до ПК надміру сплачені суми податків і зборів підлягають поверненню платнику податків (крім випадків наявності у нього податкового боргу) за його заявою, обов'язковим реквізитом якої є визначення напрямів перерахування надміру сплачених коштів. Визначаючи розмір коштів, що не надійшли до бюджетів унаслідок ухилення від сплати податків і зборів, слід враховувати, що існуюча на момент вчинення злочину переплата з обов'язкових платежів, які входять у систему оподаткування, а так само заборгованість бюджету перед платником, яка виникла згідно з нормами бюджетного і цивільного законодавства, за загальним правилом, не повинні братись до уваги при кримінально-правовій оцінці дій (бездіяльності) платника чи його службової особи за ст. 212 КК. Розмір коштів, які фактично не надійшли до бюджету внаслідок ухилення від сплати податків і зборів, може зменшуватись лише на ті надміру сплачені суми податкових платежів, щодо яких платник у встановленому законодавством порядку до вчинення злочину реалізував своє право на їх повернення. Переплата за податками і зборами, яка не впливає на наявність або відсутність складу злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 212, може враховуватись як показник відшкодування шкоди, заподіяної злочином, у порядку застосування п. 2 ч. 1 ст. 66, ч. 4 ст. 212 КК.

ПК не передбачає можливості визначення сум грошових зобов'язань платників податків і зборів за допомогою непрямих методів. Згідно з чинним раніше податковим законодавством (ст. 4 Закону від 21 грудня 2000 р. «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами») їх суть полягала в оцінюванні витрат платника податків, приросту його активів, кількості осіб, які перебувають з ним у відносинах найму, а також в оцінюванні інших елементів податкових баз. Внаслідок звернення до непрямих методів, з огляду на їх природу, можна отримати лише приблизні, орієнтовні показники, результати, які не мають належного ступеня достовірності. Кваліфікуючи ж порушення податкового законодавства за ст. 212 КК, потрібно встановлювати точну суму несплаченого конкретною особою податку або збору. Суми несплачених податків і зборів, визначені за допомогою непрямих методів, навіть за умови законодавчого запровадження останніх у вітчизняну фіскальну практику не можуть враховуватись при притягненні особи

<sup>194</sup> Архів Баришівського районного суду Київської обл. Справа № 1-6 за 2003 р.



до кримінальної відповідальності на підставі ст. 212, оскільки це суперечило б конституційному принципу презумпції невинуватості<sup>195</sup>.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого ст. 212 КК, є спеціальним. Це: 1) службова особа підприємства, установи, організації незалежно від форми власності; 2) особа, яка займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи; 3) будь-яка інша особа, яка зобов'язана сплачувати податки і збори.

До відповідальності за ст. 212 КК як виконавці ухилення від сплати податків і зборів повинні притягуватись службові особи юридичних осіб (їх відокремлених підрозділів, що не мають статусу юридичної особи), які відповідно до чинного законодавства і локальних документів уповноважені забезпечити внесення до бюджетів податків і зборів, підписувати документи податкової звітності<sup>196</sup>, розпоряджатись банківським рахунком і підписувати розрахункові документи. Це, зокрема, керівники підприємств, установ, організацій, головні (старші) бухгалтери, їхні заступники або інші працівники бухгалтерій, які виконують функції головного бухгалтера<sup>197</sup>. Визначення суб'єкта розглядуваного злочину передбачає з'ясування компетенції працівників управлінської сфери підприємств, установ, організацій. Тому до матеріалів кримінальних справ необхідно долучати накази, положення, розпорядження, інструкції та інші документи, які розкривають зміст повноважень службових осіб у сфері нарахування і сплати податків і зборів.

За ч. 2 ст. 212 і ч. 2 ст. 366 КК було засуджено заступника головного бухгалтера ВАТ «Дружковське рудоуправління» Ф., внаслідок неправомірної поведінки якої до бюджету не надійшло 52593 грн. податку на прибуток підприємств. Згідно з існуючим на цьому підприємстві розподілом пов'язаної з оподат-

куванням роботи Ф. виконувала такі службові обов'язки: розрахунок валових доходів і валових витрат, ведення бухгалтерського і податково-го обліку, розрахунок і формування податку на прибуток підприємств, складання декларацій з цього податку. Вирішальне значення для визнання Ф. суб'єктом ухилення від сплати податків мало те, що податкові декларації, які містили неправдиві дані, Ф. не просто склала як бухгалтерський працівник, відповідальний за доручену їй ділянку роботи, а й підписала за головного бухгалтера ВАТ, оскільки згідно з наказом по підприємству вона мала право підписувати документи податкової звітності<sup>198</sup>.

Не визнаючи себе винною у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 212 і ч. 2 ст. 366 КК, головний бухгалтер ВАТ «Дніпробудкомпані» Л., допитана як обвинувачена, послалась, зокрема, на те, що вона була зобов'язана лише вести бухгалтерський і податковий облік, нараховувати суми податків і організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські обов'язки не виконувала. На погляд Л., головний бухгалтер не повинен сплачувати податки, оскільки не є розпорядником належних підприємству коштів; вирішення питання про розподіл і спрямування таких коштів – виключна компетенція генерального директора ВАТ «Дніпробудкомпані» Д. В обвинувальному висновку наводиться переконливе спростування цієї заяви обвинуваченої. Належність Л. до службових осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за ухилення від сплати податків і службове підроблення, слідчий обґрунтував зверненням до положень податкового законодавства, діючого на момент вчинення інкримінованих дій Положення про організацію бухгалтерського обліку і звітності в Україні, статуту ВАТ «Дніпробудкомпані». Саме Л. склала і підписала перекручені декларації з податку на прибуток підприємств і декларацію з ПДВ, подання яких до ДПП призвело до ненадходження до бюджету податків на відповідну суму. Вилучена в обслуговуючому банку картка із зразками підписів підтверджує право Л. як головного бухгалтера підписувати розрахункові документи і розпоряджатись коштами ВАТ «Дніпробудкомпані», які знаходяться на банківському рахунку<sup>199</sup>.

За ч. 1 ст. 212 КК кваліфікував Роздільнянський районний суд АРК дії Д., яка, працюючи головним бухгалтером сільськогосподарського виробничого кооперативу і бажаючи покра-

<sup>195</sup> Більш детально про проблему впливу непрямих методів визначення сум податкових зобов'язань на кримінальну відповідальність за ухилення від сплати податків див.: Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: Монографія. – К.: Істина, 2006. – С. 297-335.

<sup>196</sup> Відповідно до п. 48.5 ст. 48 ПК податкова декларація повинна бути підписана керівником платника податків або уповноваженою особою, а також особою, яка відповідає за ведення бухгалтерського обліку та подання податкової декларації до органу ДПС. У разі ведення бухгалтерського обліку та подання податкової декларації безпосередньо керівником платника податку податкова декларація підписується таким керівником та особою, яка відповідає за ведення бухгалтерського обліку.

<sup>197</sup> А.П. Брич і В.О. Навроцький справедливо зауважують, що заступники керівників і «посадові особи бухгалтерії» можуть бути визнані суб'єктами ухилення від сплати податків лише за умови, що на них у встановленому порядку покладені функції відповідних перших осіб (Брич А.П., Навроцький В.О. Кримінально-правова кваліфікація ухилення від оподаткування в Україні: Монографія. – К.: Атіка, 2000. – С. 242).

<sup>198</sup> Архів Дружковського міського суду Донецької обл. Справа № 1-99 за 2002 р.

<sup>199</sup> Матеріали слідчого відділу податкової міліції ДПА у Дніпропетровській обл. за 2002 р. Кримінальна справа № 99027013.

щити матеріальне становище підприємства, умисно ухилилась від сплати ПДВ. Не визнаючи себе винною, Д. у касаційній скарзі, зокрема, вказала на те, що на момент вчинення інкримінованого їй діяння вона не була службовою особою, а кооператив перебував на стадії ліквідації, припинив свою діяльність і тому не був платником ПДВ. Спростовуючи ці аргументи і підтверджуючи правильність кваліфікації дій Д. за ч. 1 ст. 212 КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ у своїй ухвалі зазначила, що згідно з чинним законодавством: ліквідація кооперативу реєструється відповідним державним органом; кооператив вважається таким, що припинив свою діяльність, з моменту його виключення з Єдиного державного реєстру. Виключення платника ПДВ з реєстру платників цього податку та анулювання відповідного свідоцтва здійснюється за заявою платника, яка подається до органу ДПС. При цьому у матеріалах кримінальної справи даних про ліквідацію кооперативу немає, як і відсутня інформація про те, що податкові органи ухвалювали рішення про виключення кооперативу з реєстру платників ПДВ. За таких обставин висновок районного суду про визнання Д. суб'єктом злочину, передбаченого т. 212 КК, є обґрунтованим<sup>200</sup>.

Ті працівники підприємств, установ, організацій, функціональні обов'язки яких пов'язані з податковою та іншою фінансовою документацією, але на яких не покладено відповідальність за фінансову діяльність юридичної особи в цілому та виконання обов'язку забезпечити сплату податків і зборів, за наявності підстав можуть притягуватись до відповідальності як пособники злочину, передбаченому ст. 212. Йдеться, наприклад, про ведення поточного обліку фінансово-господарської діяльності або касових операцій, нарахування згідно з розподілом роботи окремих видів податків і зборів працівником бухгалтерії великого підприємства, оформлення пов'язаних з оподаткуванням документів бухгалтером структурного підрозділу, який, не звітуючи перед контролюючими органами, передає документи головному бухгалтеру підприємства для складання зведеної (консолідованої) звітності. Разом з тим головний бухгалтер відокремленого підрозділу юридичної особи здатен нести кримінальну відповідальність за ст. 212 без посилання на ст. 27 КК за умови, що податкове законодавство визнає цей підрозділ самостійним платником того чи іншого податку.

На підставі вивчених нею матеріалів правозастосовної практики Н.О. Гуторова повідомляє, що

<sup>200</sup> Рішення Верховного Суду України. Щорічник. – 2005. – Вип. 1. – С. 104-105.

у переважній більшості випадків на практиці дії рядових співробітників підприємств, установ, організацій по сприянню вчиненню злочинів проти державних фінансів кримінальної відповідальності не тягнуть: ці дії визнавались мало значними або щодо осіб, які їх вчинили, ухвалювалися рішення про звільнення від кримінальної відповідальності за nereабілітуючими обставинами. Науковець, поєднуючи з А.П. Брич і В.О. Навроцьким, переконливо заперечує доцільність встановлення кримінальної відповідальності для рядових працівників суб'єктів підприємницької діяльності, які самостійно вчиняють ухилення від сплати податків і зборів<sup>201</sup>.

Особи, які відповідним чином консультують безпосередніх виконавців розглядуваного злочину або за домовленістю з керівником підприємства фактично складають (у т.ч. замість номінальних бухгалтерів)<sup>202</sup> перекручену податкову (фінансову) звітність, проте не уповноважені у встановленому порядку підписувати її (ситуації, коли юридично функції бухгалтера виконує підставна особа), можуть притягуватись до відповідальності за співучасть в ухиленні від сплати податків.

За ч. 3 ст. 212 і ч. 2 ст. 366 КК засудив Київський районний суд м. Донецька директора ПП «Лука» Г., який шляхом перекручення відомостей у податкових деклараціях з ПДВ і податку на прибуток підприємств ухилився від сплати цих обов'язкових платежів. У вирокі суду зазначається, що податкові декларації, які підписувались Г. як директором підприємства та які подавались ним до ДПС, були складені не встановленою слідством особою – бухгалтером, який здійснював ведення бухгалтерського і податкового обліку ПП «Лука», але який не мав права підписувати офіційні документи підприємства.

Кримінально-правове реагування на дії цього «таємного» фахівця у разі притягнення його до відповідальності за взятю ним участь у злочинному порушенні податкового законодавства мало б набувати вигляду застосування ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 212 і ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 366 КК.

Стосовно консультантів з числа різноманітних

<sup>201</sup> Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 307-309.

<sup>202</sup> Не виключені ситуації, коли юридично (формально) функції головного бухгалтера підприємства виконує підставна особа (член сім'ї або близький родич керівника, учасник господарського товариства тощо), яка фактично не здатна належним чином вести бухгалтерський і податковий облік. Такі «бухгалтери» залучаються до роботи з єдиною метою – створити враження, що на підприємстві все-таки є бухгалтер, і отримати максимальну вигоду, оминаючи сплату податків та інших обов'язкових платежів (Солов'єв І.Н. Налоговые преступления: практика работы органов налоговой полиции и судов. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002. – С. 116).



податкових експертів, радників, працівників аудиторських фірм варто зробити серйозне застереження: притягнення цих осіб до кримінальної відповідальності за співучасть у злочинному ухиленні від сплати податків буде виправданим за умови, що запропоновані ними схеми «податкової мінімізації» полягають саме в умисному порушенні вимог чинного законодавства, наприклад, у внесенні перекручених даних у документи податкової звітності. У тому разі, коли питання про подібні дії сформульоване у запиті, направленому консультанту, останній для того, щоб не бути притягненим до відповідальності як пособник податковому злочину, зобов'язаний вказати у своїй відповіді на кримінальну караність цього діяння<sup>203</sup>.

За ч. 5 ст. 27, ст. 212 КК може притягуватись до відповідальності бухгалтер, який за трудовим договором працює у фізичної особи – підприємця – платника обов'язкових платежів. Кваліфікація вчиненого таким найманним працівником не як співвиконавства, а як пособництва ухиленню від сплати податкових платежів зумовлена тим, що виконавцем цього злочину в силу прямої вказівки законодавця у ст. 212 КК виступає особа, яка займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи.

Дії особи (наприклад, власника ПП або учасника господарського товариства), яка організувала вчинення податкового злочину або керувала його підготовкою чи вчиненням, однак не брала участі у виконанні об'єктивної сторони, слід розцінювати як організацію ухилення від сплати податків і зборів і кваліфікувати за ч. 3 ст. 27, ст. 212 КК. Якщо зазначена особа є службовою особою підприємства (наприклад, його директором або головним бухгалтером), вона за наявності підстав повинна притягуватись до відповідальності за ст. 212 КК як виконавець злочину.

*Підтверджуючи безпідставність порушення кримінальної справи за ч. 3 ст. 212 КК щодо фізичної особи – підприємця, Апеляційний суд Волинської області у своїй ухвалі зазначив, що ця особа фактично підприємницьку діяльність не здійснювала та об'єктів оподаткування не отримувала, а тому не може нести кримінальну відповідальність за ухилення від сплати податків. Щодо причетності до вчинення злочину двоюрідного брата підприємця, який, використовуючи його документи, фактично займався підприємницькою діяльністю, то зараз це питання з'ясовується слідчим податкової міліції<sup>204</sup>.*

Інколи в літературі окремим суб'єктом зло-

чину, передбаченого ст. 212 КК, пропонується визнавати законних представників фізичних осіб – платників податків<sup>205</sup>. Певним підґрунтям для наведеної позиції може слугувати ст. 48 ПК, відповідно до якої податкова декларація повинна бути підписана фізичною особою – платником податків або його законним представником. Не дивлячись на це, особа, яка у встановленому порядку підписує і подає податкову декларацію за фізичну особу – платника податку (зокрема, платника податку на доходи фізичних осіб), не може визнаватись суб'єктом злочину, передбаченого ст. 212 КК. Річ у тім, що законного представника немає підстав вважати згаданою у цій статті КК особою, зобов'язаною сплачувати податки і збори, адже юридично їх платником виступає фізична особа, від імені якої діє законний представник. Очевидною є прогалина у кримінально-правовому регулюванні податкових відносин, яка має долатись у законодавчому порядку – у контексті вдосконалення описання суб'єкта податкового злочину.

Дії працівників контролюючих органів, інших службових осіб органів державної влади і місцевого самоврядування, які умисно сприяють ухиленню від сплати податків і зборів, слід кваліфікувати за ч. 5 ст. 27 і ст. 212 КК як пособництво аналізованому злочину, а за наявності підстав – і як відповідний злочин у сфері службової діяльності (наприклад, передбачений ст. 364 або ст. 368 КК) або як видання нормативно-правових актів, які змінюють доходи і видатки бюджету всупереч встановленому законом порядку (ст. 211 КК). Зокрема, співучасниками ухилення від сплати обов'язкових платежів, які входять у систему оподаткування, мають визнаватись працівники податкових органів, які за попередньою змовою з платником податку дали йому завідомо незаконну податкову консультацію.

Позаштатний фахівець-бухгалтер, який на підставі укладеного з підприємством, установою, організацією цивільно-правового договору про надання послуг веде бухгалтерський та (або) податковий облік і складає фінансову та (або) податкову звітність, відповідно до вимог ПК зобов'язаний підписувати податкову декларацію підприємства, установи, організації. Разом з тим вказаний фахівець, не обіймаючи постійно або тимчасово відповідної посади на підприємстві, в установі, організації, не є, як цього вимагає ст. 212 КК, службовою особою підприємства, установи, організації. Відповідно, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 212 КК, він визнаватись не повинен. Очевидно, що особливості описан-

<sup>203</sup> Налоговое право: Учеб. пособие / Под ред. С.Г. Пепеляева. – М.: ИД ФБК – Пресс, 2000. – С. 478.

<sup>204</sup> Архів Апеляційного суду Волинської області. Справа № 10-224 за 2007 р.

<sup>205</sup> Останін В.О. Кваліфікація ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 12.



ня суб'єкта злочину в аналізованій нормі КК не повністю узгоджуються з вимогами регулятивного законодавства. Сприяння зазначеного фахівця ухиленню від сплати податків і зборів, вчиненому службовими особами підприємства, установи, організації, за наявності підстав може кваліфікувати за ч. 5 ст. 27, ст. 212 КК.

Н.О. Гуророва слушно зауважує, що вказівка у ст. 212 КК на службову особу підприємства, установи чи організації необґрунтовано звужує коло осіб, які здатні бути суб'єктами передбаченого цією статтею злочину. Із посиланням на п. 7 ст. 8 Закону «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» науковець висловлює думку про те, що позаштатний бухгалтер (приватний підприємець, представник централізованої бухгалтерії або аудиторської фірми) виконує адміністративно-господарські обов'язки за спеціальним повноваженням, відповідає, як і штатний бухгалтер підприємства, за здійснення бухгалтерського обліку. А тому в плані вдосконалення КК вказаний фахівець як службова особа у кримінально-правовому розумінні цього поняття повинен відповідати за кримінально карані правопорушення<sup>206</sup>. Оптимальним позначенням суб'єкта аналізованого злочину видається формулювання «платник податків і зборів або його представник, службова особа».

З одного боку, ПК розрізняє платників податків (покликані відповідно до ст. 15 ПК виконувати обов'язок зі сплати податків і зборів) і податкових агентів (на них ст. ст. 18, 51 ПК покладають обов'язок з обчислення, утримання з доходів, що нараховуються і виплачуються платнику, та перерахування податків до відповідного бюджету від імені та за рахунок коштів платника податків). З іншого боку, податкові агенти прирівнюються до платників податків і мають права та виконують обов'язки, встановлені ПК для платників податків (п. 18.2 ст. 18 ПК). Легальне визначення поняття податкового агента щодо податку на доходи фізичних осіб (підпункт 14.1.180 п. 14.1 ст. 14 ПК) і, головне, обов'язки податкових агентів у тому вигляді, як вони закріплені у ПК (зокрема, ст. ст. 168, 171, 241 цього Кодексу), дозволяють відносити цих учасників податкових правовідносин (їх службових осіб) до суб'єктів злочину, передбаченого ст. 212 КК.

Підхід, згідно з яким зловживання податкових агентів повинні кваліфікуватись за тією ж кримінально-правовою нормою, що і діяння власне платників податків, знаходить законодавче закріплення, зокрема, у ст. 305 КК Іспанії. Із ч. 1 цієї статті випливає, що шкоду скарбниці держави, автономії чи місцевій скарбниці завдає

той, хто ухиляється як від сплати податків, так і від внесення утриманих сум або тих сум, які мали бути утримані.

За відсутності заподіяння шкоди у значному, великому або особливо великому розмірі порушення порядку утримання та перерахування до бюджету податку на доходи фізичних осіб тягне адміністративну відповідальність (ст. 163-4 КпАП). Крім цього, за вчинене податковим агентом ненарахування, неутримання та (або) несплату (неперерахування) податків до або під час виплати доходу на користь іншого платника податків застосовуються фінансові санкції (ст. 127 ПК).

**Суб'єктивна сторона** аналізованого злочину характеризується умислом. Особа, яка ухиляється від сплати податку або збору, лише у тому разі усвідомлює суспільну небезпеку своєї поведінки, коли знає про свій податковий обов'язок і про те, як належним чином його слід виконувати. У зв'язку з цим у кожному конкретному випадку застосування ст. 212 КК має встановлюватись рівень знань обвинуваченого (підсудного) у сфері податкового законодавства. Потрібно доказувати, що порушення фінансово-правових норм вчинені умисно, а не сталися у результаті арифметичної помилки, неправильного тлумачення нормативних актів чи спірного розуміння юридичної природи фактів, що впливають на процес нарахування та сплати податків і зборів<sup>207</sup>.

Про умисний характер поведінки порушника податкового законодавства можуть свідчити, наприклад, такі обставини: складання і використання підроблених документів, у т.ч. ведення «подвійного» (офіційного та неофіційного) обліку (так звана подвійна бухгалтерія); неоприбуткування готівкової виручки, отриманої за поставлені товари (виконані роботи, надані послуги); вчинення фіктивних правочинів; відсутність документів, необхідних для складання податкових декларацій (розрахунків), знищення таких документів або відмова від їх надання; приховування від контролюючих органів інформації про рух безготівкових і готівкових грошових коштів.

*Не визнаючи себе винною у умисному ухиленні від сплати податку на прибуток підприємств, головний бухгалтер ТОВ «Лиман» пояснила в судовому засіданні, що отримані від зарубіжного контрагента ТОВ кошти надійшли за договором комісії як попередня оплата. Відповідно до законодавства ці кошти вона не включила до складу валового доходу ТОВ за звітний пода-*

<sup>207</sup> Про те, що реалії правозастосування досить віддалені від викладеної теоретичної позиції, див., наприклад: Шемяткін О. Помилка в декларації // Дзеркало тижня. – 21 квітня 2012 р. – № 15.

<sup>206</sup> Гуророва Н.О. Вказана праця. – С. 292-293, 299-300, 303.

тканий період. Рішенням господарського суду Кіровоградської області було підтверджено факт отримання грошових коштів ТОВ «Лиман» на виконання договору комісії, а Дніпропетровський апеляційний господарський суд скасував податкове повідомлення-рішення Новоукраїнської ДПІ. Незважаючи на викладене, суд засудив головного бухгалтера ТОВ «Лиман» за ч. 1 ст. 212 КК<sup>208</sup>.

Не маючи на меті з'ясувати, чи мало місце у наведеній вище ситуації порушення податкового законодавства, водночас відзначимо очевидну непереконливість висновку суду про те, що приписи цього законодавства головний бухгалтер ТОВ порушила саме умисно.

Диспозиція ст. 212 КК 2001 р. (як і диспозиція ст. 148-2 КК 1960 р.) не містить вказівки на спеціальний мотив чи мету як ознаку суб'єктивної сторони складу аналізованого злочину. Свого часу в юридичній літературі досить поширеною була думка про виключно корисливий характер ухилення від сплати податкових платежів<sup>209</sup>. Однозначно корисливою потрібно визнати поведінку, яка полягає в ухиленні від сплати податкових платежів і яка пов'язана з особистим збагаченням винної особи або збагаченням людей, в долі яких вона з різних підстав особисто зацікавлена.

Вивчення матеріалів судової практики показує, що службові особи підприємств, які притягуються до кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, нерідко заявляють про те, що кошти, не сплачені як належні податкові платежі, використовувались для задоволення різноманітних виробничих потреб суб'єктів господарювання – для розширення і модернізації виробництва, нормального функціонування об'єктів соціальної інфраструктури, збільшення кількості обігових коштів, повернення кредитів тощо. Зрозуміло, що, поліпшуючи шляхом ухилення від сплати податків фінансове становище суб'єкта господарювання, його службові особи врешті-решт діють не тільки в інтересах юридичної особи, а й у власних інтересах, адже становище організації небайдуже їм з точки зору майнових заохочень, отримання дивідендів, службового зростання тощо.

<sup>208</sup> Архів Новоукраїнського районного суду Кіровоградської області. Справа № 1-16 за 2007 р.

<sup>209</sup> Гега П.Т. Правопорушення у сфері оподаткування. Аналіз стану виконання податкового законодавства суб'єктами господарювання та фізичними особами // Юридичний вісник України. – 13–19 березня 1997 р. – № 11; Матушків Г.А. Экономические преступления: криминалистический анализ. – Х.: Консум, 1999. – С. 284; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. В.Ф. Бойка, Я.Ю. Кондратьєва, С.С. Яценка. – К.: Юрінком, 1997. – С. 494; Стрельцов Є.Л. Економічні злочини: внутрідержавні та міжнародні аспекти: Навчальний посібник. – Одеса: Астропринт, 2000. – С. 343.

При бажанні і таку поведінку службових осіб підприємства можна розцінювати як корисливу, спрямовану на збагачення юридичної особи, з функціонуванням якої безпосередньо пов'язане їх матеріальне благополуччя.

Однак більш виваженою видається позиція, згідно з якою не слід ототожнювати корисливий мотив і частково притаманний фінансовій злочинності мотив корпоративної зацікавленості (мотив корпоративного інтересу)<sup>210</sup>. Порушення встановленого порядку формування доходної частини бюджетів різних рівнів відбувається незалежно від того, на які цілі мала намір винна особа використати кошти, здобуті внаслідок ухилення від сплати податкових платежів. Тому слід підтримати Пленум ВСУ, який у п. 3 постанови від 8 жовтня 2004 р. № 15 дав традиційне роз'яснення про те, що для кваліфікації вчиненого за ст. 212 КК мотив значення не має.

Отже, мотиви ухилення від сплати обов'язкових платежів, що входять у систему оподаткування, можуть бути різними (корисливі спонукання, бажання задовольнити виробничі потреби суб'єкта господарювання, кар'єризм тощо) і на кваліфікацію за ст. 212 КК не впливають.

Невиконання або неналежне виконання службовою особою юридичної особи (відокремленого підрозділу) – платника податків своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них (зокрема, неналежне ведення податкового обліку та звітності, помилки при обчисленні сум податкових платежів або інше неправильне застосування положень податкового законодавства, відсутність чи неналежне здійснення контролю за діяльністю працівників, які ведуть податковий облік та звітність), якщо це призвело до несплати податків і зборів, за наявності підстав може кваліфікуватися за ст. 367 КК як службова недбалість.

Протилежної точки зору дотримується В.О. Навроцький, який у відгуку як офіційного опонента на кандидатську дисертацію Р.Ю. Гревцової «Кримінальна відповідальність за податкові злочини в Україні» висловив думку про те, що необережна несплата податкових платежів за чинним КК злочином не визнається. Посилаючись на конституційний принцип верховенства права, А.В. Смирнова також виступає проти кваліфікації необережної несплати податків і зборів, вчиненої службовими особами, за ст. 367 КК як службової недбалості<sup>211</sup>.

Більш переконливою видається позиція П.П. Андрушка, на погляд якого для необережної не-

<sup>210</sup> Пивоваров В.В. Податкова і кредитно-фінансова злочинність: кримінологічна характеристика та попередження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2003. – С. 8.

<sup>211</sup> Смирнова А.В. Кримінально-правова кваліфікація співучасті в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 174-175.

сплати обов'язкових платежів характерною є злочинна недбалість, коли службова особа, на яку покладається відповідальність за належне ведення обліку результатів діяльності підприємства, установи, організації, обчислення і сплату обов'язкових платежів, зобов'язана передбачати можливість настання відповідних суспільно небезпечних наслідків. Якщо ж з урахуванням конкретних обставин справи буде встановлено, що службова особа не тільки була зобов'язана, а й передбачала можливість їх несплати, то формально в її діянні є ознаки службової недбалості. Разом із тим відсутність відповідного роз'яснення у тексті постанови від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» дозволяє висловити припущення про те, що Пленум ВСУ не вважає необережну несплату податків і зборів злочином<sup>212</sup>.

Таким чином, можна констатувати невірність у КК проблеми явної невідповідності законодавчої оцінки суспільної небезпеки умисного ухилення від сплати податків і зборів та несплати їх з необережності. Суть цієї проблеми полягає принаймні у трьох моментах. По-перше, для притягнення до відповідальності за ст. 367 КК треба встановити, що сума несплачених обов'язкових платежів, які входять у систему оподаткування, в сто і більше разів перевищує НМДГ, тоді як для застосування ст. 212 КК мінімальна межа шкоди, заподіяної державі, складає суму, що дорівнює одній тисячі НМДГ. По-друге, несплата в результаті необережного діяння службової особи обов'язкових платежів на суму у двісті п'ятдесят і більше НМДГ, що вважається тяжкими наслідками, утворює кваліфікований склад службової недбалості, передбачений ч. 2 ст. 367 КК, санкція якої передбачає можливість призначення покарання у вигляді позбавлення волі на строк від двох до п'яти років. Водночас за умисне ухилення від сплати податкових внесків позбавлення волі як вид кримінального покарання взагалі не може бути призначене. По-третє, необережна несплата податків і зборів, вчинена службовими особами підприємств, установ, організацій, може тягнути за собою кримінальну відповідальність (ст. 367 КК) в той час, як аналогічні діяння фізичних осіб – підприємців та інших платників можуть розцінюватись хіба що як адміністративний проступок.

*За ч. 2 ст. 367 КК засудив Печерський районний суд м. Києва директора ТОВ «Союз фінансових*

<sup>212</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. За заг. ред. Гончаренка В.Г., Андрушка П.П. – К.: Форум, 2005, у трьох книгах. Книга 2. Особлива частина. Коментарі до статей 109–254 Кримінального кодексу. – С. 454–455.

*ініціатив», який, неналежним чином виконуючи обов'язки, пов'язані з організацією та веденням податкового обліку на підприємстві і забезпеченням фіксування фактів здійснення господарських операцій, через несумлінне ставлення до своїх обов'язків, спричинив для державних інтересів тяжкі наслідки у вигляді ненадходження до державного бюджету ПДВ на суму 1 288 259 грн.<sup>213</sup> Правильність кваліфікації діянь вказаної службової особи підтвердила своєю ухвалою від 13 січня 2009 р. колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ.*

Сьогоднішній стан вітчизняного податкового законодавства, яке є великим за обсягом, вкрай нестабільним, суперечливим і складним для сприйняття<sup>214</sup>, схиляє до думки про недоцільність в сучасних умовах криміналізації пов'язаних з необережною несплатою податкових платежів діянь, вчинених не лише звичайними фізичними особами, а й службовими особами підприємств, установ, організацій та фізичними особами – підприємцями. Така криміналізація суперечитиме принципу економії кримінально-правової репресії, необґрунтовано погіршить правове становище різних категорій платників податків і за рахунок значного розширення меж кримінально караної поведінки негативним чином позначиться на цілеспрямованості кримінально-правової протидії податковій злочинності.

Посилання на те, що за допомогою криміналізації необережних податкових правопорушень за умов переходу до ринкової моделі розвитку суспільства вдасться посилити податкову дисципліну, не бере до уваги хоча б той факт, що за законодавством країн із традиційною ринковою економікою податкові злочини – діяння умисні. Чи не єдиний випадок, який інколи згадується прибічниками розглядуваного варіанту вдосконалення КК, – передбачене § 378 Положення про податки і збори ФРН легковажне заниження податку, однак і це діяння, на відміну від умисного ухилення від сплати податку, насправді визнається не злочином, а адміністративним проступком.

Для того, щоб, по-перше, покласти край застосуванню (на практиці, як правило, безпідставному) кримінально-правової норми про службову недбалість щодо пов'язаних з оподаткуванням необережних діянь працівників управлінської сфери підприємств, установ, організацій і, по-друге, чітко зафіксувати волю законодавця, який

<sup>213</sup> Архів Печерського суду м. Києва. Справа № 1-364 за 2008 р.

<sup>214</sup> Виявляється, наприклад, що протягом 2006–2008 років ВСУ в особі судових палат у господарських та адміністративних справах трічі змінював свою позицію з приводу того, за яких умов відшкодування ПДВ є правомірним (Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 20 липня 2010 р. № 1112/11/13-10).



не погодився із криміналізацією необережної несплати податків під час ухвалення КК 2001 р.<sup>215</sup>, варто доповнити останній імперативною заборною приблизно такого змісту: «Вчинені через необережність невиконання обов'язку зі сплати податків і зборів, неперерахування податковим агентом податків і зборів, а так само непогашення податкового боргу кримінальної відповідальності не тягнуть». Наведене формулювання видається універсальним у тому плані, що воно виключає застосування ст. 367 КК на різних етапах податкового адміністрування та усуватиме існуючу нерівність перед кримінальним законом службових осіб і фізичних осіб – підприємців.

На сьогодні ст. 367 КК може бути інкримінована, зокрема, в тому разі, коли головний бухгалтер підприємства, прийнявши справи у свого попередника і використовуючи для складання податкової звітності дані «старого» бухгалтерського і податкового обліку, усупереч своїм службовим обов'язкам, визначеним податковим законодавством і локальними документами, належним чином не контролює правильність нарахування податкових зобов'язань підприємства.

*У цьому плані викликає інтерес кримінальна справа з обвинувачення в ухиленні від сплати податків головного бухгалтера ПП «Спектр» Ф., розглянута Дружковським міським судом Донецької області. Приступивши до виконання своїх обов'язків з 1 березня 2000 р., Ф. під час складання декларації з ПДВ за лютий 2000 р. використала податкові накладні, оформлені попереднім бухгалтером підприємства у зв'язку з продажем ПП «Спектр» нерухомості, в яких, як з'ясувалось згодом – під час податкової перевірки, були допущені помилки, пов'язані з обчисленням ПДВ. Не дивлячись на те, що підсудна свою вину в умисному ухиленні від сплати ПДВ не визнала і заявила, що під час відображення у податковій декларації операції з продажу нерухомості вона керувалась Законом «Про податок на додану вартість», суд кваліфікував дії Ф. за ч. 1 ст. 148-2 КК 1960 р. як умисне ухилення від сплати податків»<sup>216</sup>.*

Така кримінально-правова оцінка видається сумнівною: неправильне визначення бази оподаткування операції з поставки товару (нерухомості),

<sup>215</sup> У проекті КК, прийнятого у другому читанні, крім ст. 217 («Умисна несплата податків, зборів, інших обов'язкових платежів»), були сформульовані ще два склади податкових злочинів – «Несплата податків, зборів, інших обов'язкових платежів з підприємств, установ, організацій з необережності» (ст. 218) і «Несплата податків, зборів, інших обов'язкових платежів фізичними особами з необережності» (ст. 219). Однак за ініціативою багатьох народних депутатів і пропозицією Головного юридичного управління Верховної Ради України вказівку на ст. 218 і ст. 219 з проекту КК було виключено.

<sup>216</sup> Архів Дружковського міського суду Донецької обл. Справа № 1-43 за 2001 р.

допущене у декларації з ПДВ бухгалтером підприємства, значною мірою було викликане помилкою його попередника у податковому обліку цієї операції, а тому характеризується не умисною, а необережною формою вини.

Відповідно до ст. 52 ПК за зверненням платників податків контролюючі органи надають консультації з питань практичного застосування окремих норм податкового законодавства. Податкова консультація має індивідуальний характер і може використовуватись виключно тим платником податків, якому надано таку консультацію. За вибором платника податків консультація надається в усній, письмовій або електронній формі. На підставі періодичного узагальнення індивідуальних податкових консультацій, які стосуються значної кількості платників податків або значної суми податкових зобов'язань, затверджуються узагальнюючі податкові консультації, які підлягають оприлюдненню.

Згідно зі ст. 53 ПК не може бути притягнуто до відповідальності платника податків, який діяв відповідно до податкової консультації, наданої йому у письмовій або електронній формі, а також узагальнюючої податкової консультації, зокрема, на підставі того, що у майбутньому така податкова консультація або узагальнююча податкова консультація була змінена або скасована<sup>217</sup>.

У зарубіжному податковому праві (зокрема, це стосується таких країн, як США, Франція, ФРН, Швеція) існує подібна вітчизняним податковим роз'ясненням процедура фіскального рескрипту, яка дає змогу сумнівним платникам податків «застрахуватись» від того, щоб у майбутньому їх дії або укладені ними угоди не були кваліфіковані податковою адміністрацією як зловживання правом. Суть фіскального рескрипту полягає у тому, що платнику надається можливість звернутись до податкового органу із запитом про правильність операції (угоди), яку він планує здійснити (укласти)<sup>218</sup>. Сфера фіскального рескрипту як своєрідної гарантії від змін у практиці правозастосування обмежується операцією або угодою, вказаною у запиті, відповіддю на який виявляється пов'язаним і податковий орган, позбавлений можливості надалі розцінювати таку операцію чи угоду як неправомірну поведінку. Платник податків в Україні, який «бере на озброєння» податкову консультацію, також

<sup>217</sup> Як бачимо, імунітет від юридичного переслідування платників, які діють у фарватері податкових консультацій, прямо передбачений у ПК. Тому ігнорувати значущість психічного ставлення платника податків до правових заборон, які він порушив, означає ігнорування не лише здобутків доктрини, а й приписів писаного права.

<sup>218</sup> Винницький Д.В. Российское налоговое право: проблемы теории и практики. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 224-227.

убезпечує себе від наслідків можливої зміни у майбутньому позиції контролюючого органу з того чи іншого питання адміністрування податкових платежів.

Отже, відповідальність за статтями 212, 222, 192, 367 або іншим нормами КК не повинна наставати за порушення вимог податкового законодавства, допущені внаслідок виконання податкової консультації (індивідуальної або узагальнюючої), наданої платнику податків у встановленому законодавством порядку. У такому випадку особа керується розумінням окремих положень податкового законодавства, зафіксованим у податковій консультації контролюючого органу, що свідчить про відсутність в її діях (бездіяльності) умислу, спрямованого на порушення норм податкового законодавства.

Якщо особа, визначаючи суму податкового зобов'язання, керувалась податковою консультацією, наданою іншому платнику податків<sup>219</sup>, або роз'ясненнями (консультаціями) з питань застосування податкового законодавства, наданими іншими (крім контролюючих) державними органами чи установами<sup>220</sup>, або не взяла до уваги незаконну, на її думку, податкову консультацію, питання про кримінальну відповідальність такої особи за вчинення умисного або необережного злочину слід вирішувати після з'ясування того, наскільки сумірно помилялась особа щодо протиправності своїх дій (бездіяльності)<sup>221</sup>.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину згідно з ч. 2 ст. 212 КК є вчинення його за попередньою змовою групою осіб та фактичне ненадходження до бюджетів коштів у великих розмірах.

У літературі висловлено точку зору, згідно з якою до складу групи осіб, які, вчиняючи ухилення від сплати податків і зборів, діють за попередньою змовою, можуть входити як співвиконавці, так і співучасники будь-якого виду – співучасники незалежно від ролі, реалізованої при вчиненні цього

злочину<sup>222</sup>. Відомо, що дискусія із позначеного питання кваліфікації породжена невизначеністю, допущеною вітчизняним законодавцем при описанні форм співучасті. Описання групи осіб, які діють за попередньою змовою, як однієї з форм групової співучасті наводиться у ч. 2 ст. 28 КК, в якій, на відміну від ч. 1 цієї статті, вид співучасників не конкретизовано. Це й наводить на думку, що законодавець не обмежує «групу осіб за попередньою змовою» тільки співвиконавством, а має на увазі і співучасть з розподілом ролей. Разом з тим у юридичній літературі докладно і переконливо обґрунтовується традиційна (домінуюча) позиція, згідно з якою при вчиненні злочину за попередньою змовою групою осіб принаймні два співучасники повинні діяти як співвиконавці, тобто як особи, які виконують хоча б частину об'єктивної сторони злочину<sup>223</sup>.

Дії керівника підприємства, установи, організації, який дав підлеглим службовим особам наказ (розпорядження) підписати чи подати до контролюючих органів недостовірні документи податкової (фінансової) звітності та (або) не сплачувати податкові платежі (сплачувати їх не у повному обсязі), та дії службових осіб, які виконали такий незаконний наказ (розпорядження), мають кваліфікуватися за ч. 2 ст. 212 КК як ухилення від сплати податків і зборів, вчинене за попередньою змовою групою осіб. Наприклад, це можуть бути керівник і головний бухгалтер юридичної особи – платника податку, які спільно підписують документи, що подаються до контролюючого органу і пов'язані з обчисленням і сплатою податкових внесків.

Типовий для юридичних осіб різних організаційно-правових форм тандем «керівник – бухгалтер», який зумовлює кваліфікацію вчиненого за ч. 2 ст. 212 КК, може і не мати місця з таких причин. По-перше, у поведінці працівника підприємства, установи, організації, від якого керівник приховує значущі з погляду правильності оподаткування обставини, не встановлено умисел (наприклад, головний бухгалтер може нічого не знати про правочини, здійснювані директором за готівку, та, як наслідок, не відображати їх у податковій звітності). Наведена модель вчинення податкового злочину характерна передусім для тих випадків, коли бухгалтер, будучи найманим працівником і виконую-

<sup>219</sup> Сенс користування «чужою» податковою консультацією, зокрема, вбачається у тому, що у такий спосіб може бути встановлено неоднозначне трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, за наявності чого, як вже зазначалось, рішення має прийматись на користь платника податків (Кірш О. Як читати «чужі» консультації // Дзеркало тижня. – 5 листопада 2011 р. – № 4).

<sup>220</sup> У листі Міністерства юстиції України від 22 квітня 2011 р. № 6785-0-26-11-8.2 «Щодо податкових консультацій органів державної податкової служби» звертається увага на те, що листи міністерств, інших центральних органів влади, будучи службовою кореспонденцією, не є нормативно-правовими актами, можуть носити лише роз'яснювальний характер і не повинні містити нових правових норм, які зачіпають права, свободи та законні інтереси громадян, або мають міжвідомчий характер.

<sup>221</sup> Див. з цього приводу також: Дудоров О. Специфіка юридичної помилки при вчиненні злочинів із змішаною протиправністю // Право України. – 2011. – № 9. – С. 82-91.

<sup>222</sup> Останін В.О. Кваліфікація ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 13-14; Смирнова А.В. Вказана праця. – К., 2012. – С. 12, 118, 119, 122, 133, 166.

<sup>223</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – С. 54-55; Ярмиш Н. Проблеми кваліфікації злочинів, вчинених групою осіб за попередньою змовою // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2010. – № 4. – С. 53-57.

чи свої обов'язки на підставі трудового договору, не бере участі у розподілі прибутків підприємства, а тому, як правило, економічно не зацікавлений в ухиленні від сплати податків.

По-друге, головний бухгалтер, маючи умисел на ухилення від сплати податків, для досягнення своєї злочинної мети може скористатись некомпетентністю керівника підприємства. Останній, відповідаючи за правомірну роботу підприємства, далеко не завжди є фахівцем у бухгалтерському обліку і податковому законодавстві, а тому нерідко фактично не здатен перевірити правильність даних, наведених у податковій (фінансовій) звітності, що подається до контролюючих органів. Засудження за таких умов керівника підприємства, який не зміг, не розбираючись у тонкощах бухгалтерського і податкового обліку, забезпечити компетентне управління і в діях якого відсутня інтелектуальна ознака умислу, за вчинення злочину, передбаченого ст. 212 КК, є безпідставним. Свідоме перекручення істини, спрямоване на ухилення від сплати податкових платежів, про що йдеться в аналізованій кримінально-правовій нормі, не варто ототожнювати з відповідальністю керівника за незаконні вчинки своїх підлеглих, що за наявності до цього підстав може розцінюватись за ст. 367 КК як службова недбалість.

**Особливо кваліфікуючими ознаками** злочину відповідно до ч. 3 ст. 212 КК є вчинення його особою, раніше судимою за ухилення від сплати податків і зборів, і фактичне ненадходження до бюджетів коштів в особливо великих розмірах.

Ч. 4 ст. 212 КК передбачає **спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності**. Ця норма підлягає застосуванню судом (ч. 2 ст. 44 КК), якщо: 1) особа, щодо якої вирішується питання про звільнення її від кримінальної відповідальності, вчинила ухилення від сплати податків і зборів, передбачене частинами 1 або 2 ст. 212, або злочин, караний за ч. 3 ст. 212 (за винятком вчинення злочину за наявності спеціального рецидиву, передбаченого цією нормою); 2) має місце позитивна посткримінальна поведінка особи, яка полягає в тому, що особа до притягнення її до кримінальної відповідальності сплачує належні суми податків і зборів, а також пеню і фінансові санкції<sup>224</sup>.

<sup>224</sup> Пеня – це сума коштів у вигляді відсотків, нарахованих на суми податкових зобов'язань, не сплачених у встановлені законодавством строки. Пеня нараховується на суму податкового боргу після закінчення встановлених ПК строків погашення узгодженого грошового (податкового) зобов'язання.

Фінансова санкція (штрафна санкція) – це плата у вигляді фіксованої суми та (або) відсотків, що справляється з платника податків у зв'язку з порушенням ним вимог податкового законодавства та іншого законодавства, контроль за дотри-

Встановивши сукупність зазначених обставин, суд зобов'язаний звільнити від кримінальної відповідальності того, хто вчинив аналізований злочин. Порядок звільнення від кримінальної відповідальності регламентується главою 24 КПК 2012 р.

Ч. 4 ст. 212 КК викладена в редакції Закону від 2 грудня 2010 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України». У висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України щодо проекту ПК вказувалося на нелогічність підходу, який врешті-решт знайшов втілення у чинному КК і згідно з яким умови кримінально-правового заохочення осіб, які вчинили ухилення від сплати податків і зборів відрізняються від передбачених ч. 4 ст. 212-1 КК умов спеціального звільнення від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування.

Вважається, що норма про звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили ухилення від сплати податків і зборів, у зв'язку з їх специфічним каяттям дає змогу, по-перше, істотно посилити роботу щодо наповнення бюджету реальними грошовими надходженнями, по-друге, зосередити зусилля правоохоронних органів на тяжких податкових злочинах, трудомістких з точки зору їх розкриття і розслідування, де обвинуваченню бракує доказів, а порушники законодавства не визнають своєї вини в умисному ухиленні від сплати податкових платежів. За рахунок застосування ч. 4 ст. 212 КК економиться не лише час і зусилля, потрібні для кримінального переслідування осіб, які вчинили інші податкові злочини, а й фінансово-матеріальні ресурси.

Фактично ч. 4 ст. 212 КК розрахована на тих, «кому не повезло» і «кого схопили за руку». Норма сформульована таким чином, що відношення до проблеми подолання (зменшення) латентності податкової злочинності вона не має (точніше – майже не має): 1) її дія поширюється на вже виявлені ухилення від сплати податкових платежів; 2) в межах аналізованого кримінально-правового компромісу особа не спонукається до добровільного з'явлення із зізнанням і повідомлення про невідомі для правоохоронних органів факти злочинних порушень податкового законодавства (хоч ч. 4 ст. 212 КК за наявності інших

маньям якого покладено на контролюючі органи. Застосування фінансових санкцій, у зв'язку з чим платнику податків надсилається податкове повідомлення – рішення, не звільняє його від обов'язку сплатити до бюджету належні суми податків і зборів. Порядок нарахування пені регламентується главою 12 розділу II ПК, а застосування санкцій – ст. ст. 113–116 ПК.



умов заохочення охоплює й такі випадки).

Звернення до зарубіжного досвіду кримінально-правової протидії податковим злочинам показує, що існує група країн (до неї наразі входять і Україна), в яких кримінально-правовий компроміс у сфері оподаткування розглядається головним чином як засіб наповнення державної скарбниці коштами (це Азербайджан, Болгарія, Киргизія, Узбекистан). Натомість у законодавстві тих країн, які історично мають значно більший досвід кримінально-правової охорони податкових відносин, акцент зроблено не на фіскальній, а на, так би мовити, правоохоронній складовій заохочення – на своєчасності інформування компетентних органів про невідомі для них факти злочинних порушень податкового законодавства. Очевидною є та обставина, що в Іспанії, Німеччині, США встановлено щодо посткримінальної поведінки особи, яка прагне уникнути кримінально-правової репресії за вчинений нею податковий злочин, більш жорсткі (порівняно з ч. 4 ст. 212 КК) вимоги і передусім в частині регламентації своєчасності і добровільності такої поведінки.

Для застосування ч. 4 ст. 212 КК не вимагається, щоб особа вчинила ухилення від сплати податків і зборів вперше, сприяла розкриттю і розслідуванню злочину, а також щиро сердно покаялась у вчиненому.

Буквальне тлумачення ч. 4 ст. 212 КК дозволяє зробити висновок, що ця норма не повинна застосовуватись, якщо: 1) особа лише обіцяє у майбутньому погасити податковий борг і сплатити пеню та штраф, у т.ч. відповідно до складеного графіку поетапного погашення відповідних сум; 2) податки, збори, фінансові санкції і пеня сплачені не особисто службовою особою підприємства, установи чи організації, винною у вчиненні злочину (інакше кажучи, за рахунок її власних коштів), а юридичною особою (від її імені). При цьому саме юридична особа є платником податків і зборів, і на неї (у випадку вчинення податкового правопорушення) накладаються фінансові санкції і пеня. Суди, застосовуючи ч. 4 ст. 212 КК, нерідко взагалі не вважають за потрібне з'ясувати, за рахунок яких саме коштів сплачувались податки і збори, фінансові санкції і пеня.

Вважаємо, що вдосконалена ч. 4 ст. 212 КК має містити окрему вказівку на службову особу, яка вжила заходів щодо фактичної сплати підприємством, установою, організацією податків і зборів, штрафних санкцій і пені. У такий спосіб буде вирішено проблему погашення (в межах звернення до кримінально-правового компромісу) податкового боргу за рахунок коштів не службової особи – суб'єкта злочину, а юридичної особи – платника податків і зборів. Тим більше, що у зв'язку з істотним зростанням величини

суспільно небезпечних наслідків як об'єктивної ознаки злочинного ухилення від сплати податкових платежів все більш проблематичним стає повне погашення податкового боргу за рахунок власних коштів службової особи підприємства, як цього прямо вимагає чинний кримінальний закон. Ще одним варіантом розв'язання проблеми джерела сплати відповідних сум і способом легалізації усталеної практики, яка, на наше переконання, суперечить «букві» ч. 4 ст. 212 КК, могло б стати викладення цієї кримінально-правової норми у такій редакції, яка б не конкретизувала суб'єкта внесення до бюджету сум несплачених податкових платежів, штрафних санкцій і пені.

До речі, згідно з п. 2 примітки до ст. 199 КК РФ особа, яка вперше вчинила злочин, передбачений цією статтею (йдеться про ухилення від сплати податків і (або) зборів з організації), а також ст. 199-1 КК РФ (невиконання обов'язків податкового агента), звільняється від кримінальної відповідальності, якщо такою особою або організацією, ухилення від сплати податків і (або) зборів з якої інкримінується цій особі, повністю сплачені суми недоїмки і пені, а також сума штрафу у розмірі, визначеному Податковим кодексом РФ. Як бачимо, російський законодавець чітко фіксує у заохочувальній нормі, що, не дивлячись на те, що суб'єктом названих злочинів є певна фізична особа, сплатити за неї податкові внески, штрафи і пеню може і юридична особа<sup>225</sup>.

З'ясовуючи питання, що слід розуміти з точки зору застосування ч. 4 ст. 212 КК під *притягненням до кримінальної відповідальності*, доктрина і практика під час дії попереднього КПК брала до уваги рішення КСУ у справі за конституційним поданням МВС України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканість) від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99. Згідно з цим рішенням під притягненням до кримінальної відповідальності треба було розуміти певну стадію кримінального переслідування – винесення слідчим вмотивованої постанови про притягнення особи як обвинуваченого і пред'явлення цій особі обвинувачення. У п. 19 постанови Пленуму ВСУ від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» також роз'яснювалось, що особа звільняється від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 212 КК, якщо

<sup>225</sup> Про проблеми тлумачення, застосування і вдосконалення заохочувальної норми, передбаченої ч. 4 ст. 212 КК України, див. також: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 352-364.

вона сплатила в повному обсязі податки, збори, інші обов'язкові платежі, а також фінансові санкції і пеню до винесення постанови про притягнення її як обвинуваченого і пред'явлення їй обвинувачення.

Вважалось, що вказівка у ч. 4 ст. 212 КК на момент притягнення до кримінальної відповідальності у викладеному вище розумінні як на кінцевий строк, коли ще можна погасити податкове зобов'язання, сплатити фінансові санкції й пеню та уникнути у такий спосіб застосування кримінально-правової репресії, з одного боку, спонукала порушників податкового законодавства до того, щоб не затягувати розрахунки з державою, а, з іншого, дозволяла їм відшукати матеріальні ресурси, необхідні для виконання вимог КК.

У зв'язку з ухваленням КПК 2012 р. граничний момент розрахунків з державою тим, хто воліє уникнути кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податкових внесків на підставі ч. 4 ст. 212 КК, змістився. Відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 3 цього Кодексу притягнення до кримінальної відповідальності – це стадія кримінального провадження, яка починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення. Висловимо припущення (наскільки воно є виправданим, покаже практика застосування аналізованої заохочувальної норми КК), що зміна змістовного наповнення законодавчого звороту «притягнення до кримінальної відповідальності», використаного у т.ч у ч. 4 ст. 212 КК, стимулюватиме своєчасність позитивної посткримінальної поведінки податкових злочинців, сприятиме більш оперативному вирішенню кримінально-правових конфліктів, пов'язаних з ухиленням від сплати податків і зборів<sup>226</sup>. Разом з тим сама процедура повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення у тому вигляді, в якому вона виписана у ст. ст. 276–278

<sup>226</sup> Принагідно зауважимо, що у вітчизняній юридичній літературі висловлювались дуки, так би мовити, співзвучні згаданим законодавчим змінам. Так, М.І. Хавронюк писав, що кримінально-правовий компроміс має полягати у непорушенні кримінальної справи щодо особи, яка вперше вчинила діяння, передбачені ч. 1 і ч. 2 ст. 212 КК, якщо вона добровільно сплатить податки, збори, а також відшкодує шкоду, завдану державі їх несвоєчасною сплатою, під час перевірки, яка здійснюється протягом десяти днів у порядку, передбаченому ст. 97 КПК 1961 р. (Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 236). А.І. Золотарьов пропонував конкретизувати граничний момент розрахунків з державою тим, хто бажає уникнути кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податкових і страхових внесків, вказавши у ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК на порушення кримінальної справи (Золотарьов А.І. Звільнення від кримінальної відповідальності, від покарання та його відбування за злочини у сфері господарської діяльності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С.14, 18-19).

нового КПК, здатна, на нашу думку, взагалі унеможливити застосування ч. 4 ст. 212 КК, як і інших заохочувальних приписів чинного КК, в яких вживається словосполучення «до притягнення до кримінальної відповідальності», або принаймні поставити долю цих приписів у повну залежність від розсуду правозастосувача.

А.В. Смирнова висловлюється за те, щоб унеможливити звільнення від кримінальної відповідальності тих, хто вчинив ухилення від сплати податків і зборів за попередньою змовою групою осіб<sup>227</sup>. Така ідея видається нелогічною. Адже виходить, що регламентоване кримінальним законом заохочення не буде поширюватись на осіб, у поведінці яких вбачаються ознаки кваліфікованого складу злочину (ч. 2 ст. 212 КК), і водночас підлягатиме застосуванню щодо осіб, які вчинили ухилення від сплати податків і зборів в особливо великих розмірах (ч. 3 ст. 212 КК), тобто злочин з особливо кваліфікованим складом. Взагалі згадана ідея навряд чи виправдана з урахуванням тих цілей, на досягнення яких спрямований кримінально-правовий компроміс, наразі уособлений у ч. 4 ст. 212 КК.

**Ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування** (ст. 212-1 КК). Оскільки у диспозиції ст. 212 КК фігурують лише ті обов'язкові платежі, що належать до системи оподаткування, ця кримінально-правова норма починаючи з 1 січня 2004 р. (моменту набрання чинності більшістю положень Закону України від 9 липня 2003 р. «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»<sup>228</sup>) вже не забезпечувала правомірне функціонування системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування (за винятком справляння збору на обов'язкове державне пенсійне страхування, який залишався включеним у систему оподаткування). Звернення до ст. 212 КК у такому випадку було безпідставним з огляду на ч. 4 ст. 3 КК, яка забороняє застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією. Залежно від особи платника страхових внесків до солідарної системи державного пенсійного страхування кримінально-правова оцінка його поведінки могла даватись із зверненням до ст. 364 або ст. 192 КК<sup>229</sup>.

<sup>227</sup> Смирнова А.В. Вказана праця. – С. 10, 170, 191.

<sup>228</sup> У п. 4 ст. 18 цього Закону зазначалось, що страхові внески, будучи цільовим загальнообов'язковим платежем, не включаються до складу податків, інших обов'язкових платежів, які складають систему оподаткування, і на ці внески податкове законодавство не поширюється.

<sup>229</sup> З огляду на сказане, навряд чи має рацію В.В. Куз-

У зв'язку з цим Законом від 17 листопада 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» КК було доповнено ст. 212-1, яка визнала окремим господарським злочином ухилення від сплати страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування у значних, великих або особливо великих розмірах. Тому важко погодитись із З.А. Тростюк, на думку якої включення ст. 212-1 у КК було позбавлено сенсу через те, що відповідні суспільно небезпечні діяння вже визнавалися кримінально караними за ст. 212 КК<sup>230</sup>. З огляду на сказане, також немає підстав заявляти, що склади злочинів, передбачених ст. 212 і ст. 212-1 КК, співвідносяться між собою як загальний і спеціальний<sup>231</sup>.

Описуючи ознаки складу досліджуваного злочину та спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності за нього, законодавець вирішив не ламати голову і фактично відтворив відповідні характеристики передбаченого ст. 212 КК ухилення від сплати податків і зборів.

Відповідно до Закону України від 8 липня 2010 р. «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» (набрав чинності з 1 січня 2011 р., далі – Закон від 8 липня 2010 р.) сферу застосування розглядуваної статті КК, викладеної у новій редакції, було розширено за рахунок вказівки на єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування.

*Єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування* – це консолідований страховий внесок, збір якого здійснюється в обов'язковому порядку та на регулярній основі з метою забезпечення захисту у випадках, передбачених законодавством, прав застрахованих осіб та членів їхніх сімей на отримання страхових виплат (послуг) за діючими видами загальнообов'язкового державного соціального страхування (ст. 1 Закону від 8 липня 2010 р.). За рахунок надходжень від сплати єдиного вно-

ску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування відповідними фондами здійснюється виплата страхових платежів, пов'язаних, зокрема, із безробіттям, тимчасовою втратою працездатності, нещасними випадками на виробництві та професійними захворюваннями, які спричинили втрату працездатності. Єдиний внесок не входить до системи оподаткування; податкове законодавство не регулює порядок нарахування, обчислення і сплати єдиного внеску. Розмір єдиного внеску та пропорції його розподілу за видами загальнообов'язкового державного соціального страхування встановлюються Верховною Радою України, у т.ч. для страхувальників, які використовують найману працю, – залежно від класу професійного ризику виробництва.

Взагалі варто зауважити, що, на відміну від податків, соціальні платежі, різновидами яких виступають згадані у ст. 212-1 КК єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування і страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, мають не стільки фіскальну, скільки компенсаційну природу і розглядаються як відкладена частина оплати праці для матеріального забезпечення у випадку настання страхового випадку – нещасного випадку на виробництві, професійного захворювання, безробіття, досягнення пенсійного віку, тимчасової непрацездатності, смерті годувальника тощо. Якщо податок носить індивідуально безвідплатний та, як правило, нецільовий характер, то страхові внески, хоч і не передбачають повну адекватність отриманого матеріального забезпечення і постійний збіг в одній особі платника та одержувача вказаного забезпечення, все ж характеризуються еквівалентністю у вигляді зустрічних виплат або послуг. Також слід вказати на те, що, на відміну від податків, страхові внески у випадках, прямо вказаних у законодавстві, можуть бути і добровільними платежами.

У сучасній фінансово-правовій літературі страхові внески об'єднуються в інститут доходів централізованих державних (публічних) фондів, відмінний як від інституту податкового права, так і від інституту неподаткових доходів бюджету. Не будучи включеними до складу системи оподаткування, страхові внески вважаються особливим видом обов'язкових доходів, пов'язаним із реалізацією соціальної функції держави, матеріальною гарантією соціального забезпечення конкретної особи в разі настання соціального ризику та джерелом коштів солідарної системи у соціальному страхуванні. Стверджується також, що об'єднання страхових внесків в єдиний соціальний податок призведе до змішування оподаткування та соціального страхування – різних за економічною і правовою природою механізмів,

нецов, який включення до КК ст. 212-1 тлумачить як прояв криміналізації, обумовленої економічними змінами в країні (Кузнецов В.В. Сучасні фактори нормотворення у сфері кримінального права // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 12. – С. 39).

<sup>230</sup> Тростюк З.А. Врахування правил законодавчої техніки при внесенні змін та доповнень у Кримінальний кодекс України // Правова політика Української держави: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 70-річчю Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника. Том 2 / 19-20 лютого 2010 року. – Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2010. – С. 171.

<sup>231</sup> Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Вид. третє, переробл. та доповн. – Х.: ТОВ «Одісей», 2006. – С. 581.



підірве методологічну основу становлення самого інституту соціального страхування»<sup>232</sup>.

На відміну від України, законодавство якої останніми роками рухається у напрямі виключення соціальних внесків із системи оподаткування, в деяких зарубіжних країнах злочинні порушення податкового законодавства охоплюють і порушення порядку адміністрування соціальних платежів. Наприклад, § 7215 Кодексу внутрішніх доходів США передбачає кримінальну відповідальність за порушення роботодавцями встановленого порядку перерахування до федерального бюджету податків, що нараховуються й утримуються з доходів найманих працівників. Цей склад податкового злочину пов'язаний з адмініструванням податків на зайнятість, що нараховуються та утримуються уповноваженими посадовими особами податкових агентів. До таких податків віднесені, зокрема: 1) внески до фондів підтримки осіб похилого віку, податки на утримання недієздатних або обмежено дієздатних осіб, обов'язкові платежі на медичне страхування, обов'язкові страхові платежі на випадок втрати працездатності; 2) федеральні податки по безробіттю, застосування яких регулюється Актом про федеральні податки по безробіттю; вказані платежі стягуються у вигляді відсоткового відрахування від загального фонду заробітної плати, затвердженого роботодавцем<sup>233</sup>. У Чехії і Хорватії відповідальність за ухилення від сплати податків та за ухилення від сплати соціальних платежів, у т.ч. пенсійних внесків і відрахувань на охорону здоров'я передбачено однією кримінально-правовою нормою<sup>234</sup>.

Натомість у КК Іспанії (і це нагадує підхід, втілений у ст. 212-1 нашого КК) заподіяння шкоди соціальній безпеці шляхом ухилення від сплати внесків, спільних зборів, їх необґрунтованого повернення або неправомірного нарахування витрат розглядається як окремий злочин (ст. 307) у межах розділу XIV КК, який передбачає

<sup>232</sup> Пришва Н.Ю. Публічні доходи: поняття та особливості правового регулювання. – К.: КНТ, 2008. – С. 87-97; Гуменюк І. Страхові внески та єдиний соціальний внесок: соціально-правові аспекти порівняння // Юридичний журнал. – 2007. – № 3. – С. 67; Синчук С. До питання про поняття та правову природу соціального страхового внеску // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2006. – Вип. 43. – С. 233; Шумна Л. Страхові внески за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням: поняття та їх значення для соціального забезпечення // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 6. – С. 65.

<sup>233</sup> Каменський Д. Несплата податків із доходів найманих працівників як злочин за федеральним законодавством США // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 3. – С. 109-112.

<sup>234</sup> Тупанчески Н.Р. Уклонение от уплаты налогов в сравнительном праве / Под ред. проф. В.С. Комиссарова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2001. – С. 167, 170-171.

відповідальність за злочини проти державної скарбниці і соціальної безпеки. Ст. 37-1 Закону Італійської Республіки від 24 листопада 1981 р. № 689 «Зміни карної системи» також передбачає не пов'язане з податковими деліктами окреме покарання у вигляді позбавлення для роботодавця, який з метою уникнення повної або часткової сплати відрахувань і страхових внесків у сфері обов'язкового соціального забезпечення та страхування не подає належні декларації або подає декларації із записами, які повністю або частково не відповідають дійсності<sup>235</sup>.

Підтвердженням того, що страхові внески можуть набувати вигляду податків, слугує досвід Франції (внески на соціальне страхування вже тривалий час розглядаються як форма оподаткування), ФРН (страхові внески визнаються спеціальними податками, введеними законодавством, відмінним від фінансового, – податками із соціального страхування), а також РФ. Запровадження у РФ з 1 січня 2001 р. єдиного соціального податку, який замінив собою відрахування до трьох державних позабюджетних соціальних фондів (Пенсійного, Фонду соціального страхування, федерального та регіональних фондів обов'язкового медичного страхування), мало на меті у т.ч. легалізацію реальних витрат на оплату праці працівників і розширення бази оподаткування податком з доходів фізичних осіб. У Податковому кодексі РФ була виділена глава 24 «Єдиний соціальний податок (внесок)». Закономірним кримінально-правовим наслідком вказаної трансформації стало те, що у чинних редакціях ст. 198 і ст. 199, а також у ст. 199-2 КК РФ, які встановлюють відповідальність за ухилення від сплати податків і зборів з фізичної особи та з організації, а також за невиконання обов'язків податкового агента, страхові внески до державних позабюджетних фондів вже не згадуються. Щоправда, у теперішній час відносини, пов'язані з обчисленням і сплатою внесків до державних позабюджетних страхових фондів, регулюються окремими законами, а глава 24 Податкового кодексу РФ втратила свою силу<sup>236</sup>.

**Безпосередній об'єкт** злочину, передбаченого ст. 212-1 КК, може бути визначений як система загальнообов'язкового державного соці-

<sup>235</sup> Уголовный кодекс Испании. Под ред. и с предисл. Н.Ф. Кузнецовой и Ф.М. Решетникова. – М.: Зерцало, 1998. – С. 99; Административное деликтное законодательство: Зарубіжний досвід та пропозиції реформування в Україні / Автор-упорядник О.А. Банчук. – К.: Книги для бізнесу, 2007. – С. 426.

<sup>236</sup> На сьогодні чіткості з питання про те, чи охоплюються зловживання із страховими внесками диспозиціями норм КК РФ про відповідальність за податкові злочини, в юридичній літературі не спостерігається (Плохова В.И. Системное толкование норм Особенной части уголовного права: учеб. пособие. – М.: Юрлитинформ, 2011. – С. 200-201).

ального страхування у частині встановленого порядку сплати страхових внесків, що забезпечує формування доходної частини цієї системи.

*Предмет* злочину – кошти, які підлягають сплаті як: 1) єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування; 2) страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування.

Ст. 212-1 чинного КК розрізняє вказані види соціальних платежів при тому, що Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14 січня 1998 р. закріплюють таке визначення єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, яке дозволяє охопити і страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування. Під єдиним внеском у цьому базовому законодавчому акті, який визначає принципи, загальні правові, фінансові та організаційні засади загальнообов'язкового державного соціального страхування, однією зі складових якого названо пенсійне страхування, розуміється консолідований страховий внесок на пенсійне страхування, страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими похованням, медичне страхування, страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності, страхування на випадок безробіття, який в обов'язковому порядку сплачується страхувальниками з метою забезпечення реалізації прав застрахованих осіб на отримання страхових виплат (послуг) за соціальним страхуванням.

У Прикінцевих та Перехідних положеннях Закону від 8 липня 2010 р. говориться, що з дня набрання чинності цим Законом платники, зокрема, страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування вважаються платниками єдиного внеску. Це положення також наводить на думку про невідповідність окремого згадування у ст. 212-1 КК страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування.

Відповідно до Закону «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» систему загальнообов'язкового державного пенсійного страхування становлять: 1) солідарна система – базується на засадах солідарності і субсидування, здійснення виплати пенсій і надання соціальних послуг за рахунок коштів ПФ; 2) накопичувальна система – базується на засадах накопичення коштів застрахованих осіб у Накопичувальному фонді (створюється ПФ, управляється його виконавчою дирекцією, є відмінним від ПФ цільовим позабюджетним фондом) та фінансування витрат на оплату договорів страхування довічних

пенсій і одноразових виплат. За рахунок коштів ПФ як одного із суб'єктів солідарної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування в солідарній системі призначаються такі пенсії: 1) за віком; 2) по інвалідності внаслідок загального захворювання; 3) у зв'язку з втратою годувальника.

Дія ст. 212-1 КК не поширюється на систему недержавного пенсійного страхування, що базується на засадах добровільної участі громадян, роботодавців та їх об'єднань у формуванні пенсійних накопичень з метою отримання пенсійних виплат.

Фактично ст. 212-1 КК охоплює ухилення від сплати страхових внесків до накопичувальної системи пенсійного страхування, оскільки зазначені внески є складовою єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування (ч. 3 ст. 1 Закону від 8 липня 2011 р. «Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи»). ПФ спрямовує страхові внески до Накопичувального фонду на відповідні рахунки на підставі відомостей, поданих платниками єдиного внеску до Державного реєстру загальнообов'язкового державного соціального страхування<sup>237</sup>. Перерахування страхових внесків до Накопичувального фонду запроваджується починаючи з року, в якому буде забезпечено бездефіцитність бюджету ПФ.

Вказівка у тексті ст. 212-1 КК на *фактичне ненадходження коштів до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування коштів України* видається не зовсім коректною. З одного боку, страхові кошти, акумульовані на централізованих рахунках ПФ, автоматично перераховуються не пізніше наступного операційного дня після їх зарахування у т.ч. на централізовані рахунки фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування. З іншого боку, згідно з чинним регулятивним законодавством забезпечення надходження збору та ведення обліку надходжень від сплати як єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, так і страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, є винятковою компетенцією ПФ<sup>238</sup>. Останній

<sup>237</sup> Положення про Державний реєстр загальнообов'язкового державного соціального страхування затверджене постановою Правління ПФ від 18 жовтня 2010 р. № 22-1.

Порушення встановленого порядку використання та здійснення операцій з коштами накопичувальної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування тягне адміністративну відповідальність (ч. 6 і ч. 7 ст. 165-5 КпАП).

<sup>238</sup> Положення про Пенсійний фонд України затверджене Указом Президента України від 6 квітня 2011 р. № 384/2011.

покликаний контролювати повноту і своєчасність сплати страхових внесків. Сплата єдиного внеску здійснюється шляхом внесення відповідних сум на рахунки територіальних органів ПФ, відкриті в органах Державної казначейської служби України для його зарахування. Фонди ж загальнообов'язкового державного соціального страхування лише мають право безоплатно отримувати від ПФ відомості про суми надходжень від сплати єдиного внеску, фінансових санкцій та суми коштів, перерахованих на їхні рахунки (ст. ст. 9, 12, 23 Закону від 8 липня 2010 р.).

Таким чином, злочинне діяння, позначене у ст. 212-1 КК як ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, призводить до фактичного ненадходження коштів саме до ПФ. Тому має рацію В.С. Кошевський, який пише про ненадходження грошових коштів як предмета злочину, передбаченого ст. 212-1 КК, тільки і саме до ПФ. Водночас автор допускає неточність, обмежуючи предмет цього злочину лише тими грошовими коштами, які надходять і циркулюють у системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування<sup>239</sup>. Насправді це кошти, які формують доходну частину системи загально-обов'язкового державного соціального (у т.ч. пенсійного) страхування.

Збір на обов'язкове державне пенсійне страхування, який сплачується з окремих видів господарських операцій (з продажу ювелірних виробів із золота (крім обручок), платини і дорогоцінного каміння, відчуження легкових автомобілів, купівлі-продажу нерухомого майна, з вартості послуг стільникового рухомого зв'язку)<sup>240</sup>, немає підстав визнавати ні єдиним внеском на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, ні страховим внеском на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування. Суми зазначеного збору надходять не до ПФ, який лише отримує звіти про його нарахування і сплату, а до спеціального фонду державного бюджету і використовуються згідно із законом про Державний бюджет України на відповідний

<sup>239</sup> Кошевський В.С. Співвідношення предмета суспільних відносин у сфері загальнообов'язкового державного пенсійного страхування та предмета злочину, передбаченого ст. 212-1 Кримінального кодексу України // Актуальні проблеми кримінального права (пам'яті професора П.П. Михайленка): тези доп. II наук.-теор. конф. (м. Київ, 16 листопада 2011 р.) / ред. кол. В.В. Коваленко (голова), О.М. Джуца, С.М. Бодюл та ін. – К.: Нац. акад. внутр. справ, 2011. – С. 89.

<sup>240</sup> Порядок сплати збору на обов'язкове державне пенсійне страхування з окремих видів господарських операцій затверджений постановою КМУ від 3 листопада 1998 р. № 1740. Вказаний збір, хоч і визнається додатковим збором на виплату пенсій, має не страхову, а іншу (фіскальну) природу.

рік. Відповідно, ухилення від сплати збору на обов'язкове державне пенсійне страхування, який сплачується з окремих видів господарських операцій, не може кваліфікуватись ні за ст. 212-1, ні за ст. 212 КК (адже ПК виключив цей збір із системи оподаткування) і за наявності підстав утворює склад злочину, передбаченого ст. 192 КК, або певного злочину у сфері службової діяльності.

Об'єктивна і суб'єктивна сторони, суб'єкт, кваліфіковані види розглядуваного злочину, а також спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності (ч. 4 ст. 212-1 КК), як вже зазначалось, загалом аналогічні об'єктивній і суб'єктивній сторонам, суб'єкту, кваліфікованим видам ухилення від сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) і спеціальному виду звільнення від кримінальної відповідальності, передбаченому ч. 4 ст. 212 КК. Водночас слід враховувати таке.

Вичерпний перелік платників єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування закріплений у ст. 4 Закону від 8 липня 2010 р.<sup>241</sup>

Сплата страхових внесків до солідарної системи (у т.ч. з виплат у натуральній формі) та єдиного внеску здійснюється виключно у грошовій формі шляхом внесення відповідних сум на банківські рахунки виконавчих органів ПФ. Страхові внески сплачуються шляхом перерахування безготівкових сум з їх банківських рахунків. Перерахування страхових внесків здійснюється страховальниками одночасно з одержанням (перерахуванням) коштів на оплату праці (виплати доходу), у т.ч. в безготівковій або натуральній формі, або з виручки від реалізації товарів (послуг). За наявності у платника єдиного внеску одночасно із зобов'язаннями із сплати єдиного внеску зобов'язань із сплати податків, інших обов'язкових платежів, передбачених законом, або зобов'язань перед іншими кредиторами зобов'язання із сплати єдиного внеску виконуються в першу чергу і мають пріоритет перед усіма іншими зобов'язаннями, крім зобов'язань з виплати заробітної плати (доходу)<sup>242</sup>.

<sup>241</sup> Порядок взяття на облік та зняття з обліку в органах Пенсійного фонду України платників єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування затверджений постановою Правління ПФ від 27 вересня 2010 р. № 21-6.

<sup>242</sup> Порядок адміністрування обов'язкових платежів, ухилення від сплати яких може кваліфікуватись за ст. 212-1 КК, докладно описаний у підзаконних нормативних актах – Інструкції про порядок обчислення і сплати страховальниками та застрахованими особами внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування до Пенсійного фонду України, затвердженої постановою Правління ПФ від 19 грудня 2003 р. № 21-1, та Інструкції про порядок нарахування і сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, затвердженої постановою Правління ПФ від 27 вересня 2010 р. № 21-5.



На наша погляд, виконавцями розглядуваного злочину можуть визнаватись і окремі застраховані особи. Маються на увазі, наприклад, особи, які досягли 16-річного віку, не належать до кола осіб, які за законом підлягають загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню, і беруть *добровільну участь* у системі такого страхування на підставі договору. Поділяє цю точку зору В.С. Кошевський<sup>243</sup>. Зазначені застраховані особи сплачують страхові внески у строки, визначені договором про добровільну участь, але не рідше одного разу на квартал. Якщо особа систематично порушує умови договору, територіальний орган ПФ має право розірвати цей договір.

В.В. Топчій висловлює сумнів у правильності викладеної позиції на тій підставі, що «навіть чи одна особа, навіть якщо вона 12 місяців не буде сплачувати добровільно страхові внески, нанесе державі матеріальну шкоду, яка в тисячу і більше разів буде перевищувати встановлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян»<sup>244</sup>. Виходить, що дослідник не виключає тих, хто бере добровільну участь у системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування, з кола суб'єктів аналізованого злочину, і пов'язує безпідставність інкримінування ст. 212-1 КК у розглядуваній ситуації лише з неможливістю виконання вказаними особами об'єктивної сторони злочину.

Натомість В.М. Киричко та О.І. Перепелиця вважають, що вказані особи не можуть визнаватись суб'єктами аналізованого злочину, оскільки для них сплата страхового внеску є реалізацією їх права, а відповідальності за ст. 212-1 КК підлягають лише ті, для кого сплата страхового внеску є їх юридичним обов'язком<sup>245</sup>.

Наполягаючи на обстоюваній нами позиції із цього питання кваліфікації, зауважимо, що особи, які беруть добровільну участь у системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування, *зобов'язані* сплачувати страхові внески – хай навіть цей юридичний обов'язок впливає з вимог не закону, а договору. Таким чином, вказані особи повинні визнаватись суб'єктами злочину, передбаченого ст. 212-1 КК.

Обчислення і сплата страхових внесків інших

<sup>243</sup> Кошевський В.С. Суб'єкт ухилення від сплати страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2012. – № 1. – С. 214.

<sup>244</sup> Топчій В.В. Кримінально-правова характеристика не-виплати заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК України): Монографія. – Львів: ЛьвДУВС, 2010. – С. 135-136.

<sup>245</sup> Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 190.

застрахованих осіб, як правило, здійснюється страховальниками без будь-яких заяв при цьому з боку застрахованих осіб. За наявності підстав застрахована особа може бути визнана співучасником (наприклад, підбурювачем) злочину, вчиненого страховальником або його службовою особою, і притягнена до кримінальної відповідальності за відповідними частинами ст. 27 і ст. 212-1 КК.

Передусім ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування і страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування може бути вчинене шляхом приховування або заниження суми заробітної плати (виплат, доходу), на яку нараховуються вказані страхові внески. Так, страхові внески до солідарної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування та єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування нараховуються на суми фактичних витрат на оплату праці працівників, що включають витрати на виплату основної і додаткової заробітної плати та інших заохочувальних та компенсаційних виплат (визначаються відповідно до Закону «Про оплату праці»), а також на виплату винагород фізичним особам за виконання робіт (послуг) за цивільно-правовими договорами<sup>246</sup>.

У Рекомендаціях парламентських слухань «Стан проведення пенсійної реформи та шляхи її вдосконалення», схвалених постановою Верховної Ради України від 5 квітня 2011 р., зазначається, що більше половини економічного обороту, а, отже, заробітної плати перебуває в тіньовому секторі економіки, з якого не сплачуються страхові внески до ПФ. Велика частина роботодавців фіктивно декларує заробітну плату працівників на рівні мінімальної, що є причиною низьких надходжень до ПФ. В Україні близько 120000 керівників підприємств офіційно одержують мінімальну зарплату.

У випадку застосування так званих позакасових (неофіційних) форм оплати праці найманих працівників відбувається не лише приховування або заниження страховальником – роботодавцем сум заробітної плати, на які нараховуються страхові внески, а й неперерахування податковим агентом податку на доходи фізичних осіб. У зв'язку з цим діяння винного у такій ситуації потребують кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ст. 212 і ст. 212-1 КК (за наявності всіх ознак цих складів злочинів).

<sup>246</sup> Перелік видів виплат, які здійснюються за рахунок коштів роботодавців, але на які не нараховується єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, затверджений постановою КМУ від 22 грудня 2010 р. № 1170.

Управлінням податкової міліції ДПС у Харківській області встановлено, що протягом 2011–2012 років на двох підприємствах, які займались виробництвом та реалізацією поліетиленових пакетів, фактично працювало 120 осіб, яким виплачувалась зарплата у розмірі 2000–2800 грн. За офіційними ж документами на підприємствах працювало близько 60 працівників із зарплатою 800 грн. В результаті виплат заробітної плати готівкою «у конвертах» ненадходження податку на доходи фізичних осіб до бюджету і страхових внесків до ПФ перевищувало 120000 грн. на місяць<sup>247</sup>.

Розглядуваний злочин також може бути вчинений шляхом порушення порядку нарахування та обчислення вказаних у цій нормі КК страхових внесків, ухилення від взяття на облік особи як платника таких страхових внесків<sup>248</sup>, подання недостовірних відомостей, що використовуються в Державному реєстрі загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Не може кваліфікуватись за ст. 212-1 КК порушення встановленого порядку використання та здійснення операцій з коштами ПФ, а так само неподання, несвоєчасне подання чи подання не за встановленою формою звітності щодо страхових коштів. Вказані різновиди протиправної поведінки стосуються грошових сум, які вже надійшли до належного адресата, і не спроможні спричинити суспільно небезпечні наслідки у вигляді фактичного ненадходження коштів як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 212-1 КК.

Порушення законодавства про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування і страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, яке не потягло за собою фактичного ненадходження коштів у значних, великих або особливо великих розмірах (відповідні розміри названі у примітці до ст. 212-1 КК та обчислюються в НМДГ), є адміністративним проступком (ст. 165-1 КпАП). Інші різновиди порушення законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування також тягнуть адміністративну відповідальність (ст. ст. 165-3, 165-4, 165-5 КпАП).

*Залишаючи без змін постанову Суворівського районного суду м. Одеси та ухвалу Апеляційного*

<sup>247</sup> Дацюк Л. Оманливе благополуччя // Урядовий кур'єр. – 4 травня 2012 р. – № 79.

<sup>248</sup> Порядок взяття на облік та зняття з обліку в органах Пенсійного фонду України платників єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування затверджений постановою Правління ПФ від 27 вересня 2010 р. № 21-6.

*Суду Одеської області, колегія суддів Судової палати в кримінальних справах ВСУ у своїй ухвалі від 10 серпня 2010 р. погодилась з їх висновком про відсутність підстав для порушення кримінальної справи за ч. 3 ст. 212-1 КК щодо директора підприємства «Біостимулятор». Суд виходив з того, що сам по собі факт заборгованості перед ПФ за страховими внесками на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування без умислу на ухилення від сплати цих внесків не свідчить про наявність складу злочину, передбаченого ст. 212-1 КК. Як впливає з матеріалів справи, заборгованість перед ПФ за страховими внесками викликана тим, що на підприємстві була введена процедура розпорядження майном арбітражним керуючим, і фактично директор не міг розпоряджатись коштами підприємства<sup>249</sup>.*

Під вчиненням ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування *вперше* (це є умовою звільнення від кримінальної відповідальності згідно з ч. 4 ст. 212-1 КК) потрібно розуміти такі ситуації: 1) особа раніше взагалі не вчиняла злочинів, передбачених ч. 1, ч. 2 або ч. 3 ст. 212-1 КК; 2) особа, хоч і вчинила раніше відповідний злочин, проте у встановленому законом порядку, у т.ч. на підставі ч. 4 ст. 212-1 КК була звільнена від кримінальної відповідальності за нього; 3) на момент вчинення нового ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування судимість за раніше вчинений злочин, передбачений ст. 212-1 КК, було знято або погашено у встановленому законом порядку. Особою, яка вперше вчинила ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, слід також визнавати того, кого за раніше пред'явленим обвинуваченням судом було виправдано, а також того правопорушника, поведінку якого суд за раніше пред'явленим обвинуваченням через відсутність умислу кваліфікував не за ст. 212-1, а за ст. 367 КК.

**Незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного збору чи контрольних марок** (ст. 216 КК). Ст. 216 КК 2001 р. фактично об'єднала ст. 153-1 і ст. 153-2 КК 1960 р., присвячені незаконним діям з марками акцизного збору і контрольними марками для маркування примірників аудіовізуальних творів та фонограм, а також криміналізувала

<sup>249</sup> Закон і бізнес. – 26 лютого – 4 березня 2011 р. – № 9.

дії, вчинювані щодо голографічних захисних елементів.

Висунувши гасло про поступове скорочення масштабів тіншової економіки, українська держава бере на озброєння традиційні для світової фіскальної практики прийоми, до яких належать акцизні марки. На підставі Указу Президента України від 12 липня 1995 р. № 609/95 «Про марки акцизного збору на алкогольні напої і тютюнові вироби» було запроваджено маркування відповідних предметів, вироблених в Україні, а також імпортованих в Україну. Метою цього заходу проголошувалось, по-перше, запобігання ухиленню від сплати акцизного збору, встановленого на алкогольні напої і тютюнові вироби (марка як технічний засіб позначення оплати акцизу), по-друге, попередження обігові на споживчому ринку неякісних і підроблених товарів. Передбачалось, що запровадження маркування алкогольних напоїв і тютюнових виробів як найбільш ліквідних видів підакцизної продукції надасть податковим органам можливість здійснювати не лише документальні, а й візуальні перевірки повноти сплати податку, а також сприятиме впорядкуванню імпорту і боротьбі з контрабандою.

У дореволюційному кримінальному законодавстві підроблення і використання завідомо підроблених знаків, які засвідчували сплату урядових та громадських зборів, мита чи виконання у натуральній формі земської повинності, поряд з деякими іншими злочинами розглядалось як посягання на фіскальні інтереси держави. Предметом цієї групи злочинів виступали, зокрема, гербові, поштові і телеграфні марки, акцизні бандеролі, вексельні та гербові папери. Вважалось, що підроблення вказаних цінних знаків завдає шкоди не лише казенним, а й приватним інтересам, оскільки перешкоджає нормальному товарообігу у суспільстві. В літературі зазначалось, що, якщо покупці тютюну або горілки визнають про те, що на ринку з'явилися фальшиві акцизні бандеролі, які накладаються на вироби замість справжніх, то вони менш охоче придбаватимуть такі товари, внаслідок чого обіг тютюну і горілки зазнає коливань<sup>250</sup>.

Контрольні марки для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів та фонограм засвідчують законність та правомірність використання вказаних об'єктів інтелектуальної власності відповідно до набутих авторських чи суміжних прав. Їх видача має на меті протидіяти нелегальному ввезенню, виготовленню та реалізації так званої піратської аудіовізуальної продукції, зробити ринок цієї продукції більш контрольованим і прозорим.

<sup>250</sup> Белогриц-Котляревский А.С. Учебник русского уголовного права. Общая и Особенная части. – К., 1903. – С. 616.

Основним **безпосереднім об'єктом** аналізованого злочину є система оподаткування в частині адміністрування акцизного податку на алкогольні напої і тютюнові вироби, фінансові інтереси держави в частині надходжень від реалізації контрольних марок для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм і баз даних, авторське та суміжні права. *Додатковими об'єктами* злочину виступають законні інтереси споживачів, встановлений порядок здійснення господарської діяльності, пов'язаної з розповсюдженням примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних.

*Предметом* злочину є: 1) марки акцизного збору на алкогольні напої і тютюнові вироби; 2) контрольні марки для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних; 3) голографічні захисні елементи.

*Марка акцизного збору* (у ПК фігурує марка акцизного податку) – це спеціальний знак для маркування алкогольних напоїв і тютюнових виробів, віднесений до документів суворого обліку, який підтверджує сплату акцизного податку, легальність ввезення та реалізації на території України цих виробів (ст. 14 ПК).

Відповідно до ст. 226 ПК зразки марок акцизного податку затверджуються КМУ. Маркуванню підлягають усі алкогольні напої із вмістом етилового спирту понад 8,5% об'ємних одиниць. Маркування вироблених в Україні алкогольних напоїв із вмістом етилового спирту від 1,2 до 8,5% об'ємних одиниць не здійснюється. Маркування здійснюється шляхом наклеювання марок акцизного збору виробником алкогольних напоїв і тютюнових виробів на кожну пляшку, пачку (упаковку), у т.ч. сувенірну у такий спосіб, щоб вони розривалися під час відкупорювання (розкривання) виробів<sup>251</sup>.

Марки встановленого зразка виготовляються на замовлення ДПС державним спеціалізованим підприємством. Підприємства-виробники та імпортери алкогольних напоїв і тютюнових виробів щомісяця подають органу державної податкової служби, уповноваженому ДПС України, попередню заявку-розрахунок про потребу в марках за їх видами, платіжний документ на перерахування плати за марки і звіт про використання марок, придбаних у попередньому місяці.

Марки акцизного податку для вироблених в Україні алкогольних напоїв і тютюнових виробів

<sup>251</sup> Положення про виготовлення, зберігання, продаж марок акцизного податку та маркування алкогольних напоїв і тютюнових виробів затверджене постановою КМУ від 27 грудня 2010 р. № 1251.



відрізняються від марок для ввезених на митну територію України алкогольних напоїв і тютюнових виробів дизайном та кольором. Марки на алкогольні напої та тютюнові вироби імпортного виробництва мають фіолетовий колір, вітчизняного – зелений. Наскрізна нумерація на марках складається з двох цифр індексу регіону України за місцезнаходженням виробника продукції (для маркування вітчизняної продукції), серії та окремого для кожної марки номера. Кожна марка акцизного податку на алкогольні напої повинна мати окремий номер та позначення про суму сплаченого акцизного податку за одиницю маркованої продукції, місяць і рік випуску марки, а кожна марка акцизного податку на тютюнові вироби – окремий номер та позначення про квартал і рік випуску марки. Для алкогольних напоїв використовуються марки із зазначенням суми акцизного податку, сплаченого за одиницю маркованої продукції, з точністю до тисячного знака, яка відповідає сумі, визначеній з урахуванням діючих на дату розливу продукції ставок акцизного податку, міцності продукції та місткості тари.

Предметом аналізованого злочину слід визнавати і акцизні марки попереднього (скасованого) зразка – за умови, що протягом встановленого перехідного періоду вони можуть застосовуватись для маркування алкогольних напоїв і тютюнових виробів. Річ у тім, що незаконні дії з такими акцизними марками здатні завдати шкоди об'єкту кримінально-правової охорони (їх використання дозволяє маскувати нелегальне походження товарів, надавати фальсифікованому товару вигляду справжнього, сприяти приховуванню несплати акцизного податку тощо), у зв'язку з чим зазначені дії є суспільно небезпечними, як і вчинені щодо марок нового зразка. Тому такі дії мають кваліфікуватись за ст. 216 КК<sup>252</sup>.

Від злочинів, передбачених ст. 199 і ст. 224 КК, у формі виготовлення, збуту та використання підроблених цінних паперів кримінально карані дії з марками акцизного податку відрізняються за предметом. Акцизні марки, не перебуваючи у вільному цивільно-правовому обігові і не надаючи права особі реалізовувати відповідні підакцизні товари, лише регулюють порядок реалізації алкогольних і тютюнових виробів, а саме посвідчують, що акцизний податок сплачено<sup>253</sup>.

<sup>252</sup> Зайда В.В. Предмет злочину, передбаченого ст. 216 КК, його зміст та загальні ознаки // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наук. праць. Випуск 16 / Ред. кол.: Ю.В. Баулін (голов. ред.) та ін. – Х.: Вид-во «Кроссруд», 2008. – С. 242-243.

<sup>253</sup> На фискальне значення акцизних марок як інструмента податкового контролю вказує такий вже історичний факт: впровадження голографічно захищених марок, які прийшли на зміну маркам старого зразка, виготовлюваним Київською

На відміну від ст. 216 КК, предметом правопорушення, передбаченого ст.164-5 КпАП, є не марки, а безпосередньо алкогольні напої і тютюнові вироби, на яких або немає належним чином розміщених акцизних марок, або які марковані підробленими чи фальсифікованими марками. Адміністративну відповідальність встановлено за зберігання і транспортування таких товарів. Предметом вказаного адміністративного проступку, таким чином, виступають і ті алкогольні напої і тютюнові вироби, які марковані справжніми акцизними марками, однак з відхиленням від встановлених вимог наклеювання.

*Контрольна марка* – це спеціальний знак, що засвідчує додержання авторських і (або) суміжних прав та надає право на розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних. Під розповсюдженням слід розуміти введення в обіг зазначених предметів шляхом їх продажу чи іншої передачі права власності. Зокрема, роздрібна торгівля примірниками аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних здійснюється в місцях спеціалізованої роздрібною торгівлі за умови наявності контрольних марок на зазначених примірниках.

Контрольна марка є самоклеїним знаком одноразового використання, зовнішній бік якого має спеціальний голографічний захист (ст. 2 Закону України від 23 березня 2000 р. у редакції Закону від 10 липня 2003 р. «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних»). Розмір контрольної марки – 18\*26 мм. Одна контрольна марка наклеюється на зворотний бік відповідної упаковки таким чином, щоб лицьовий бік марки під час візуального огляду упаковки було видно повністю і чітко.

Контрольні марки виготовляються на замовлення Державної служби інтелектуальної власності України. На кожен контрольну марку наноситься інформація, яка дає змогу ідентифікувати відповідний примірник аудіовізуального твору, фонограми, відеограми, комп'ютерної програми, бази даних. Кожна кон-

офсетною фабрикою на звичайному папері, дало змогу збільшити у 2003 р. надходження до державного бюджету на 1,1 млрд. грн. (Тарашенко Д. Прибуткова голографія // Урядовий кур'єр. – 20 квітня 2004 р. – № 74).

Разом з тим останнім часом в Україні ставиться питання про недостатню ефективність акцизних марок як складової механізму справляння акцизу, що не забезпечує миттєвої ідентифікації відповідних товарів (див., наприклад: Бутусов Ю. Тіньова алкономіка // Дзеркало тижня. – 30 квітня 2010 р. – № 17; Відкритий лист Президенту України В.Ф. Януковичу, Прем'єр-міністру України М.Я. Азарову // Дзеркало тижня. – 6 листопада 2010 р. – № 41).

трольна марка має серію і номер. Ви-робляються контрольні марки таких серій: А – для примірників фонограм у формі магнітних носіїв та вінілових дисків; В – для примірників аудіовізуальних творів та відеограм у формі магнітних носіїв та кіноплівки; К – для примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних у формі оптичних носіїв. Контрольні марки мають наскрізну нумерацію<sup>254</sup>.

Аудіовізуальний твір – це твір, що фіксується на певному матеріальному носії (кіноплівці, магнітній плівці чи магнітному диску, диску для лазерних систем зчитування тощо) у вигляді серії послідовних кадрів (зображень) чи аналогових або дискретних сигналів, які відображають (закодовують) рухомі зображення (як із звуковим супроводом, так і без нього), і сприйняття якого є можливим виключно за допомогою того чи іншого виду екрана, на якому рухомі зображення візуально відображаються за допомогою певних технічних засобів. Видами аудіовізуального твору є кінофільми, телефільми, відеофільми, діафільми, слайд-фільми тощо (ст. 1 Закону «Про авторське право і суміжні права»).

Фонограмою визнається звукозапис на відповідному носії (магнітній стрічці чи магнітному диску, грамофонній платівці, диску для лазерних систем зчитування тощо) виконання або будь-яких звуків, крім звуків у формі запису, що є складовою частиною аудіовізуального твору. Фонограма є вихідним матеріалом для виготовлення її примірників (копій).

Примірник аудіовізуального твору, комп'ютерної програми, бази даних – це копія аудіовізуального твору, комп'ютерної програми або бази даних на відповідному матеріальному носії, яка виконана безпосередньо чи опосередковано із цього аудіовізуального твору, комп'ютерної програми або бази даних і містить усі зафіксовані в аудіовізуальному творі, комп'ютерній програмі або базі даних рухомі зображення чи їх частину (як із звуковим супроводом, так і без нього).

Примірником фонограми (відеограми) є копія фонограми (відеограми) на відповідному матеріальному носії, яка виконана безпосередньо чи опосередковано з цієї фонограми (відеограми) і яка містить усі зафіксовані на ній звуки (рухомі зображення) чи їх частину.

Примірники аудіовізуальних творів та фонограм маркуються контрольними марками перед їх випуском в обіг. Маркуванням контрольною маркою здійснює імпортер, експортер чи відтворювач, який випускає примірники

<sup>254</sup> Порядок виробництва, зберігання, видачі контрольних марок та маркування примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних затверджений постановою КМУ в редакції постанови від 24 березня 2004 р. № 369.

в обіг. Право на одержання контрольних марок мають імпортери, експортери та відтворювачі примірників аудіовізуальних творів та фонограм, які внесені до Єдиного реєстру одержувачів контрольних марок. Вказаний реєстр – це спеціалізована система обліку, яка містить дані про одержувачів контрольних марок, реквізити заявки, за якою були одержані контрольні марки, назви примірників аудіовізуальних творів чи фонограм, кількість виданих контрольних марок (із зазначенням їх серій, номерів і дати видачі). Ведення реєстру здійснюється Державною службою інтелектуальної власності України.

Від злочину, передбаченого ст. 216 КК, у частині незаконних дій з контрольними марками, потрібно відмежовувати адміністративний проступок, предметом якого виступають не марки, а безпосередньо примірники аудіовізуальних творів та фонограм. У ст. 164-9 КпАП передбачено відповідальність за розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, упаковки яких не марковані контрольними марками або марковані контрольними марками, що мають серію чи містять інформацію, які не відповідає носію цього примірника, чи номер, який не відповідає даним Єдиного реєстру одержувачів контрольних марок.

Не є предметом розглядуваного злочину контрольні марки для офтальмологічних виробів – окулярів, оправ окулярних, лінз тощо<sup>255</sup>.

Голографічний захисний елемент – це голографічний елемент, призначений для маркування носіїв інформації, документів і товарів з метою підтвердження їх справжності, авторства тощо, виконаний з використанням технологій, що унеможливають його несанкціоноване відтворення. За конструктивним виконанням розрізняються такі види голографічних захисних елементів: а) гнучка етикетка – наклейка; б) фольга для гарячого припресування до об'єкта захисту; в) плівка для ламінування документа, що захищається; г) пломба із спеціального матеріалу або речовини; ґ) зображення або позначка безпосередньо на об'єкті захисту. Голографічні елементи застосовуються для захисту документів і товарів, які підлягають обов'язковому захисту від підробки, а також інших документів і товарів, голографічний захист яких запроваджується за ініціативою їх власників.

Перелік документів, які підлягають захисту голографічними елементами, та перелік груп товарів, які рекомендується захищати такими елементами (ліки, засоби захисту рослин тощо), затверджені постановою КМУ. Порядок розроблен-

<sup>255</sup> Див. постанову КМУ від 16 грудня 2004 р. № 1675 «Про впорядкування обігу офтальмологічних виробів».

ня, виробництва, експертизи, реєстрації та обліку голографічних захисних елементів встановлює Мінфін, а порядок їх впровадження, ввезення та вивезення – СБУ<sup>256</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 216 КК, полягає у вчиненні однієї з таких дій: 1) незаконне виготовлення марок акцизного збору, контрольних марок для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних або голографічних захисних елементів; 2) їхнє підроблення; 3) використання незаконно виготовлених, незаконно одержаних або підроблених марок акцизного збору, контрольних марок чи голографічних захисних елементів; 4) їхній збут.

Незаконним виготовленням марок акцизного збору і контрольних марок буде у разі виготовлення їх: 1) без належним чином оформленої зведеної заявки-розрахунку ДПС або Державної служби інтелектуальної власності України, тобто їх виготовлення без дозволу; 2) у кількості, яка перевищує зазначену у зведеній заявці-розрахунку; 3) іншого виду, ніж зазначений у зведеній заявці-розрахунку; 4) за фальсифікованою (підробленою) зведеною заявкою-розрахунком; 5) не за зведеною заявкою-розрахунком, а на замовлення інших суб'єктів (місцевих податкових органів, безпосередньо підприємств – виробників товарів, що підлягають маркуванню, суб'єктів підприємництва – імпортерів алкогольних напоїв чи тютюнових виробів, імпортерів, експортерів та відтворювачів примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм чи баз даних, занесених до Єдиного реєстру одержувачів контрольних марок, суб'єктів підприємництва, не занесених до зазначеного реєстру, тощо).

Від незаконного виготовлення марок слід відрізнити їх неналежне виготовлення, тобто виготовлення з порушенням затверджених зразків та технічного опису, що за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 367 КК як службова

<sup>256</sup> Про це говориться у постанові КМУ від 3 липня 2006 р. № 895 «Питання голографічного захисту документів і товарів». Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з впровадження, ввезення, вивезення голографічних захисних елементів затверджені наказом СБУ від 12 жовтня 2010 р. № 524.

Водночас слід мати на увазі, що протягом лютого – березня 2011 р. низку нормативно-правових актів щодо використання голографічних захисних елементів визнано такими, що втратили чинність. Про можливі причини ухвалення такого рішення див., наприклад: Бутусов Ю. Кабмін скасовує голограми «СДАПС» – найбільшу корупційну схему // Дзеркало тижня. – 30 жовтня 2010 р. – № 40; Бутусов Ю. Скасування голограм – в руках Януковича // Дзеркало тижня. – 12 лютого 2011 р. – № 5.

У випадку виключення певних документів і товарів із числа тих, що підлягають голографічному захисту, має місце опосередкована декриміналізація (див. з цього приводу: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 265-274).

недбалість. Предметом аналізованого злочину у формі незаконного виготовлення є справжні марки акцизного збору та контрольні марки, тобто знаки, які за своїми характеристиками (якість паперу, колір, дизайн, способи захисту тощо) відповідають встановленим зразкам.

Господарська діяльність із розроблення, виробництва, проведення сертифікаційних випробувань голографічних захисних елементів здійснюється юридичними та фізичними особами – суб'єктами підприємницької діяльності за наявності у них ліцензії, виданої Мінфіном. Виготовлення голографічних захисних елементів, здійснюване без належної ліцензії, потребує кваліфікації за ст. 216 КК<sup>257</sup>.

*Підроблення* означає як повне виготовлення фальшивих марок акцизного збору, контрольних марок або захисних голографічних елементів будь-яким способом (друкарський, ксерокопіювання, малювання, фотографування, тиснення, наклеювання, комп'ютерна графіка тощо), так і часткове підроблення, тобто внесення у справжні марки чи елементи неправдивих відомостей (наприклад, зміна їх реквізитів). Поняттям підроблення охоплюється також виготовлення марок або голографічних елементів на підприємстві, яке не має права на їх виготовлення, тобто неналежним виробником<sup>258</sup>.

Склад злочину, передбаченого ст. 216 КК, наявний тоді, коли візуально виявити факт підроблення відповідного предмета складно або взагалі неможливо (зокрема, якщо для виявлення фальшивки потрібно провести техніко-криміналістичне дослідження). При очевидній невідповідності підробки встановленим зразкам (наприклад, виготовлення підробленої акцизної марки за допомогою ксерокса із відтворенням при цьому лише чорного та білого кольорів) необхідно констатувати відсутність складу розглядуваного злочину. У випадку підроблення справжні предмети відіграють роль своєрідних моделей, які намагається відтворити винний<sup>259</sup>.

*Використання незаконно виготовлених або*

<sup>257</sup> Разом з тим слід враховувати, що на момент підготовки цього підручника до друку Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з розроблення, виробництва та сертифікаційних випробувань голографічних захисних елементів визнані такими, що втратили чинність (наказ Мінфіну від 21 січня 2011 р. «Про визнання таким, що втратив чинність, наказу Міністерства фінансів України від 25.08.2010 № 909»).

<sup>258</sup> З цього приводу в літературі слушно зазначається, що незаконне виготовлення відповідних предметів може здійснюватись лише їх законним виробником. В іншому випадку має місце підроблення предметів (Крижанівська Т. Поняття підроблення марок акцизного збору, контрольних марок та голографічних захисних елементів (ст. 216 КК) // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 5. – С. 125).

<sup>259</sup> Зайда В.В. Вказана праця. – С. 239-240.



одержаних, а також підроблених марок означає маркування такими марками алкогольних напоїв та тютюнових виробів або примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних. Використання голографічних захисних елементів означає нанесення їх на документи і товари, захист яких запроваджений.

Під збутом незаконно виготовлених і одержаних чи підроблених марок акцизного збору, контрольних марок та голографічних захисних елементів слід розуміти будь-яку форму їх платного чи безоплатного відчуження (продаж, обмін, дарування, передача в борг, у рахунок погашення боргу тощо).

Незаконне одержання марок акцизного збору і контрольних марок, подальший збут і використання яких тягне відповідальність за ст. 216 КК, означає отримання їх з порушенням встановленого законодавством порядку. Марки можуть бути незаконно отримані в результаті подання особою сфальсифікованих документів (наприклад, документи містять неправдиві відомості про те, що контрольні марки нібито призначені для маркування примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, а насправді суб'єкт планує їх продати виробникам контрафактної продукції; у пакет документів, який подається до Державної служби інтелектуальної власності України, входять підроблені копії договору про передачу майнових прав автора та (або) державного посвідчення на право розповсюдження і демонстрування фільмів<sup>260</sup>). Законодавство забороняє будь-яку посередницьку діяльність з одержання та розповсюдження контрольних марок. Повторне використання на іншій продукції законно придбаних акцизних марок утворює склад розглядуваного злочину, оскільки такий спосіб одержання марок є підстави визнавати незаконним з точки зору застосування ст. 216 КК.

Незаконним одержанням марок слід визнавати і їх викрадення із спеціалізованих підприємств під час перевезення чи зберігання або в результаті зловживання службовою особою податкового органу чи Державної служби інтелектуальної власності України своїм службовим становищем, або в результаті її службової недбалості під час реалізації марок.

Злочин вважається закінченим з моменту вчинення будь-якої із перелічених дій.

<sup>260</sup> В Україні поширені незаконні схеми, за якими контрольні марки отримуються з використанням фіктивних ліцензійних угод (Чи бути Україні серед лідерів світового «інтелектуального піратства» // Юридичний вісник України. – 20–26 березня 2010 р. – № 12; Якель Р. Неконкурентноспроможність через безкарність // Дзеркало тижня. – 10 вересня 2011 р. – № 32).

**Суб'єктом** злочину у формі незаконного виготовлення марок акцизного збору, контрольних марок і голографічних захисних елементів є працівники спеціалізованих підприємств, які здійснюють їх виготовлення. Суб'єкт злочину в інших його формах – загальний.

Дії тих працівників податкових органів, які подали сфальсифіковані заявки на виготовлення марок акцизного збору, а також дії інших осіб, які подали заявки на виготовлення марок у супереччя встановленому законодавством порядку, повинні розцінюватись як співучасть у вчиненні злочину, передбаченого ст. 216 КК, і кваліфікуватись з посиланням на відповідну частину ст. 27, а за наявності до цього підстав – і за ст. 366 КК як службове підроблення. Такою самою має бути кримінально-правова оцінка аналогічних дій працівників Державної служби інтелектуальної власності України.

Із **суб'єктивної сторони** злочин характеризується прямим умислом.

Під час проведення операції «Акциз» працівники податкової міліції, перевіряючи магазин № 18, належний ТОВ «Маркомпрод» (м. Маріуполь), встановили факт реалізації горілки Маріупольського лікєро-горілчаного заводу. На 668 пляшках алкогольного напою були наклеєні марки акцизного збору, які Банкомотно-монетним двором НБУ не виготовлялись, а також справжні акцизні марки, які на адресу Маріупольського лікєро-горілчаного заводу не відпускались. Директор магазину Б. пояснила, що виявлена партія горілки була поставлена до магазину на підставі накладної з центральної бази ТОВ «Маркомпрод». Під час прийому товару Б. бачила, що алкогольні напої марковані належним чином і не здогадувалась про те, що марки акцизного збору одержані незаконним шляхом. Відділом податкової міліції ДПП у Жовтневому районі м. Маріуполя у порушенні щодо Б. кримінальної справи за використання незаконно одержаних і підроблених марок акцизного збору (ст. 153-1 КК 1960 р.) було відмовлено на підставі п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК за відсутністю складу злочину (постанова про відмову в порушенні кримінальної справи від 24 листопада 2000 р.). Б. було притягнуто до адміністративної відповідальності за ст. 156 КпАП («Порушення правил торгівлі алкогольними напоями і тютюновими виробами»).

Вчинення злочину, передбаченого ст. 216 КК, у частині незаконних дій з акцизними марками врештірешт призводить до реалізації алкогольних напоїв і тютюнових виробів без сплати акцизного податку на ці товари і в результаті – до ненадходження у бюджет належних грошових коштів. Треба однак зробити застереження: ст. 216 чинного КК (як і ст. 153-1 КК 1960 р.)

не містить вказівки на якісь конкретні мотиви, звідки випливає, що мотиви аналізованого злочину можуть бути різними<sup>261</sup>.

Н.О. Гуророва охарактеризувала таку позицію, раніше висловлену П.П. Андрушком стосовно ст. 153-1 попереднього КК, як непереконливу і назвала штучним розрив між незаконними діями з акцизними марками і ухиленням від сплати акцизного збору. Науковець поставила запитання: з якою ще метою можна умисно незаконно виготовляти, отримувати чи підробляти марки акцизного збору, якщо в подальшому винна особа не має наміру їх використовувати (самостійно або іншими особами) при ухиленні від сплати акцизного збору<sup>262</sup>?

Однак зовсім неважко уявити собі ситуації, коли особа, скоюючи перераховані у ст. 216 КК злочинні дії, керується зовсім не прагненням ухилитись від сплати акцизного податку. Наприклад, особа може переслідувати мету збагачення за рахунок збуту незаконно виготовлених чи підроблених акцизних марок або воліє отримати винагороду за незаконне виготовлення таких марок. Якщо виходити з положення про нерозривний взаємозв'язок ухилення від сплати акцизного податку і незаконних дій з акцизними марками, то при-тягнення такої особи до відповідальності за ст. 216 КК стає доволі проблематичним, але навряд чи можна вважати такий підхід виправданим. Разом з тим не буде зайвим законодавче уточнення суб'єктивної сторони цього злочину за рахунок вказівки у ч. 1 ст. 216 КК на те, що незаконне виготовлення або підроблення відповідних предметів вчинюється з метою їх збуту або використання за призначенням.

Якщо незаконне виготовлення, підроблення чи використання незаконно виготовлених, отриманих або підроблених акцизних марок вчинюється з метою ухилення від сплати акцизного податку<sup>263</sup>, дії винного повинні додатково кваліфікуватися за ст. 212 (за наявності ознак цього злочину) із посиленням у разі необхідності на ст. 14 або ст. 15 КК.

<sup>261</sup> Незаконне виготовлення чи підроблення акцизних і контрольних марок, голографічних захисних елементів без мети збуту чи незаконного використання може обумовлюватися некорисливими мотивами – задоволення від самого процесу діяльності, самоствердження, кар'єризм тощо (Крижанівська Т. Суб'єктивна сторона незаконного виготовлення, підроблення, використання або збуту марок акцизного збору, контрольних марок чи голографічних захисних елементів (ст. 216 КК) // Юридична Україна. – 2009. – № 10. – С. 116).

<sup>262</sup> Гуророва Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 162.

<sup>263</sup> Зрозуміло, що особи ухиляються від сплати тих грошових коштів, які є акцизним податком, а не оплатою собівартості акцизної марки.

Постає питання про кримінально-правову оцінку дій особи, яка, загубивши придбані акцизні марки, підробляє їх, щоб не купувати нові і не нести зайві витрати. Придбавши у встановленому порядку акцизні марки особа, як правило, вже виконала перед державою свої податкові зобов'язання, а тому використання нею підроблених акцизних марок не утворює складу злочину «ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)». Однак підроблення такою особою акцизних марок та їх наступне використання формально містить ознаки складу злочину, передбаченого ст. 216 КК, яку на сьогодні немає підстав розглядати як спеціальну норму щодо ст. 212 КК. Видається, що у розглядуваній ситуації може бути застосована ч. 2 ст. 11 КК – норма про малозначне діяння, що не становить суспільної небезпеки.

Незаконні дії з контрольними марками для маркування примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, які поєднуються з порушенням авторського права чи суміжних прав, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 216 і ст. 176 КК.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 216 КК) є вчинення його повторно і за попередньою змовою групою осіб.

*Так, зокрема, за ч. 2 ст. 216 КК засудив Дарницький районний суд м. Києва С. і К., визнавши їх винними у вчиненні за попередньою змовою групою осіб використанні підроблених марок акцизного збору. Діючи узгоджено з розподілом ролей, С. і К. обклеювали скляні пляшки з-під горілки, заповнені водно-спиртовою сумішшю, підробленими акцизними марками, надаючи у такий спосіб продукції стандартизованого вигляду<sup>264</sup>.*

Поняттям *повторності* (ч. 2 ст. 216 КК) охоплюється юридична (пов'язана із засудженням) і фактична (не пов'язана із засудженням) повторність як тотожних, так і од-норідних діянь, зазначених у ч. 1 ст. 216 КК. Наприклад, особа, яка спочатку підробила акцизні марки, згодом збуває незаконно одержані чи виготовлені контрольні марки. Повторність як різновид множинності злочинів передбачає наявність певного проміжку часу між діяннями, які її утворюють, у зв'язку з чим як повторні не повинні кваліфікуватися дії особи, яка одночасно підробляє декілька акцизних марок або одночасно збуває декілька фальшивок. Не утворює повторності підроблення марок чи голографічних захисних елементів та їх наступний збут особою, винною в їх підробленні.

<sup>264</sup> Архів Дарницького районного суду м. Києва. Справа № 1-433 за 2007 р

#### 9.4. Злочини проти бюджетної системи

**Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням (ст. 210 КК).** Суспільна небезпека злочину полягає у заподіянні економічних збитків державі, порушенні бюджетного законодавства, бюджетної дисципліни і принципу розподілу влад, створенні передумов для корупції, розкрадань бюджетних коштів і масового незадоволення у суспільстві, посяганні на конституційні права громадян.

Використання бюджетних коштів з порушенням встановленого законодавством порядку (не за цільовим призначенням, без відповідних бюджетних призначень або з їх перевищенням) «вимиває» ці кошти з державної скарбниці, і в разі неможливості їх повернення змушує вишукувати додаткові джерела надходжень, щоб забезпечити реалізацію запланованих заходів. Це, в свою чергу, зумовлює посилення податкового навантаження на платників податків<sup>265</sup>.

Значущість бюджетної системи як об'єкта кримінально-правової охорони зумовлена тим, що в сучасних умовах бюджет сприймається не просто як фінансовий план держави чи конкретної адміністративно-територіальної одиниці. Бюджет сьогодні – це основний інструмент, який найбільш повно характеризує параметри економіки (структуру доходів і витрат, динаміку макроекономічних показників тощо), визначає стан соціальної захищеності населення, дає змогу визначити концептуальні засади розвитку економіки. Відповідно до ст. 8 Закону «Про основи національної безпеки України» забезпечення збалансованого розвитку бюджетної сфери є одним з основних напрямів державної політики з питань національної безпеки України в економічній сфері.

Кожен платник податків вправі розраховувати на те, що сплачені ним внески використовуватимуться державою за належним призначенням, ефективно, раціонально, розумно, а випадки розтринькування бюджетних коштів будуть тягнути сувору відповідальність винних чиновників перед законом. На жаль, ці сподівання пересічного українця здебільшого не виправдовуються<sup>266</sup>. Суспільні потреби, для

<sup>265</sup> Гладун О.З. Злочини проти порядку виконання бюджету: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 20-21.

<sup>266</sup> Див., наприклад: Шалайський О., Трегубов В. Топ-7 схем полегшення бюджету. Рейтинг «ефективно освоєних коштів» у році, що минає // Дзеркало тижня. – 30 грудня 2011 р. – № 48.

задоволення яких у першу чергу за допомогою податкових механізмів формується скарбниця держави, здебільшого не сприймаються населенням, якщо в країні відсутній дієвий громадський контроль за витратами держави. Видається, що в Україні, за прикладом ФРН, можна було б започаткувати практику щорічного видання «Чорної книги» – збірки 100 найбільш одіозних випадків марнотратства при використанні бюджетних надходжень. У Німеччині громадськості регулярно повідомляється про те, яким чином використовуються бюджетні кошти, які зарплати мають члени уряду, скільки коштує функціонування державної адміністрації. Все це відбувається під девізом «ніщо не приховувати» від платників податків, грошима яких фінансуються вказані потреби<sup>267</sup>.

Про ефективність кримінально-правової охорони бюджетної системи України також говорити поки що не доводиться. З одного боку, динаміка фінансових порушень під час проведення операцій з бюджетними коштами свідчить про суттєве збільшення втрат держави від цих злочинних діянь. З іншого боку, кількість осіб, засуджених за ст. 210 і ст. 211 КК – спеціальними кримінально-правовими заборонами, розрахованими саме на зловживання з бюджетними коштами, і кількість відповідних кримінальних справ, направлених до суду, є незначною<sup>268</sup>. Переважна більшість осіб, які все ж притягуються до кримінальної відповідальності за бюджетні злочини і кримінальні справи щодо яких доходять до суду, звільняються або від кримінальної відповідальності, або від відбування покарання.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 210 КК, є бюджетна система України в частині встановленого порядку виконання державного і місцевих бюджетів за видатками і кредитування з бюджету. Вказаний порядок покликаний з фінансового боку забезпечити виконання державними органами, органами місцевого самоврядування, іншими бюджетними установами<sup>269</sup> та одержувачами

<sup>267</sup> Тупанчески Н.Р. Уклонение от уплаты налогов в сравнительном праве / Под ред. проф. В.С. Комиссарова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2001. – С. 93.

<sup>268</sup> Протягом 2004–2008 р. р. у кримінальних справах, порушених за ознаками злочинів, передбачених ст. 210 КК, було винесено всього 158 судових рішень (Тихонова О.В. Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 1). Кількість кримінальних справ, порушених за ст. 210 КК України і розглянутих судами, зменшується з кожним роком і становила: у 2007 р. – 30, у 2008 – 22, у 2009 р. – 8, а у 2010 р. – 4 (Волинець Р.А. Кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства (ст. 210 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 4).

<sup>269</sup> Бюджетні установи – це органи державної влади, органи місцевого самоврядування, а також організації, створені



бюджетних коштів покладених на них завдань і функцій, а також своєчасне повернення до бюджетів коштів, наданих як кредити. У порядку, визначеному бюджетним законодавством, здійснюються операції, пов'язані з наданням коштів з державного або місцевого бюджету на умовах повернення, платності та строковості, у результаті яких з'являються зобов'язання позичальника перед відповідним бюджетом (надання кредитів, бюджетних позичок і фінансової допомоги на поворотній основі).

Бюджетна система України становить собою сукупність державного бюджету та місцевих бюджетів (бюджету АРК, обласних і районних бюджетів, бюджетів місцевого самоврядування – територіальних громад сіл, їх об'єднань, селищ, міст), побудована з урахуванням економічних відносин, державного та адміністративно-територіального устроїв і врегульована нормами права. Основним нормативним актом, який визначає засади бюджетної системи України, її структуру, принципи, правові засади функціонування, основи бюджетного процесу і міжбюджетних відносин, є БК від 8 липня 2010 р.

При виконанні державного бюджету і місцевих бюджетів застосовується казначейське обслуговування бюджетних коштів. Державна казначейська служба України, діяльність якої спрямовується і координується через Міністра фінансів України<sup>270</sup>, забезпечує казначейське обслуговування бюджетних коштів на основі ведення єдиного казначейського рахунку, відкритого у НБУ (ч. 1 ст. 43 БК).

Додатковими об'єктами аналізованого злочину виступають, зокрема, конституційні права громадян, належне функціонування правосуддя, порядок здійснення службовими особами покладених на них службових повноважень.

Якщо виходити з існуючої на сьогодні нетотожності бюджетних коштів і коштів цільових страхових фондів, то з кола конституційних прав громадян як додаткового об'єкта злочину треба виключати закріплене у ст. 46 Основного Закону країни право на соціальний захист. Щоправда, ситуація із виключенням права на отримання пенсій із числа тих соціальних прав громадян, які варто визнавати додатковим об'єктом злочину, передбаченого ст. 210 КК, наразі позбавлена однозначності через те, що ПФ дотується за рахунок коштів Державного бюджету України. Наприклад, у ст. 9 Закону «Про Державний бюджет України на 2012 рік» йдеться у т.ч. про дотацію

ними у встановленому порядку, що повністю утримуються за рахунок, відповідно, державного бюджету чи місцевого бюджету.

<sup>270</sup> Положення про Державну казначейську службу України затверджене Указом Президента України від 13 квітня 2011 р. № 460/2011.

ПФ на виплату пенсій, надбавок та підвищень до пенсій, призначених за різними пенсійними програмами<sup>271</sup>.

*Предметом* злочину, передбаченого ст. 210 КК, є бюджетні кошти. Згідно з приміткою 1 до ст. 210 КК до *бюджетних коштів* належать кошти, що включаються до державного і місцевих бюджетів незалежно від джерела їх формування. Податки і збори, інші доходи державного (місцевого) бюджету зараховуються безпосередньо на єдиний казначейський рахунок і не можуть акумулюватися на рахунках органів, що контролюють справляння надходжень того чи іншого бюджету, за винятком установ України, які функціонують за кордоном (ст. 45, ст. 78 БК).

У літературі висувається пропозиція закріпити у примітці до ст. 210 КК таке визначення бюджетних коштів як предмета злочину, передбаченого ст. 210 і ст. 211 КК: «Під бюджетними коштами слід розуміти належні відповідно до законодавства надходження бюджету та витрати бюджету»<sup>272</sup>. Це запозичене з п. 11 ч. 1 ст. 2 БК визначення виходить з того, що бюджетними мають визнаватися не лише наявні (ті, які перебувають на єдиному казначейському рахунку) кошти, а й заплановані у бюджеті, але ще не одержані в бюджет кошти. Таке широке розуміння бюджетних коштів навряд чи годиться для кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 210 КК, однак є прийнятним для юридичного аналізу ст. 211 КК, яка визнає злочином видання нормативно-правових актів, що змінюють у т.ч. надходження бюджету у бік їх зниження або завищення. Крім того, дублювання у КК визначення бюджетних коштів, закріпленого у БК, є недоцільним.

Під бюджетними коштами як предметом злочину, передбаченого ст. 210 КК, слід розуміти кошти, які знаходяться на єдиному казначейському рахунку, на рахунках бюджетних установ в органах Державної казначейської служби України (чи на рахунках у банківських установах у випадках, передбачених законодавством) або в касах бюджетних установ<sup>273</sup>.

У літературі висловлено думку про те, що

<sup>271</sup> У постанові Верховної Ради України від 18 травня 2012 р. «Про звіт про виконання Закону України про Державний бюджет України на 2011 рік» зазначається, що ПФ було спрямовано видатки державного бюджету України у сумі 58,3 млрд. грн. Також у 2011 р. продовжувалась практика покриття тимчасових касових розривів ПФ за рахунок коштів єдиного казначейського рахунку.

<sup>272</sup> Волинець Р.А. Кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства (ст. 210 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 40, 178, 192.

<sup>273</sup> Тихонова О.В. Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 4-5, 9-10, 16-17.

кошти є бюджетними до тих пір, поки вони є у головних розпорядників, а після їх перерахування розпорядникам нижчого рівня або одержувачам вони вважаються використаними, тобто перестають бути бюджетними<sup>274</sup>. Спростовуючи правильність цієї позиції, О.З. Гладун доречно звертається до регламентованого БК порядку витрачання бюджетних коштів. Відповідно до ст. 22 БК для здійснення програм та заходів, які проводяться за рахунок коштів бюджету, бюджетні асигнування надаються розпорядникам бюджетних коштів. При цьому головні розпорядники бюджетних коштів безпосередньо їх не витрачають (крім коштів, виділених на їх утримання), а передають бюджетні асигнування нижчестоящим розпорядникам. Останні володіють ними на правах оперативного управління, а самі кошти не перестають бути бюджетними. Надалі в процесі виконання бюджету бюджетні кошти передаються їх одержувачам – юридичним особам, які залежно від свого правового статусу отримують їх або на праві господарського відання (особи публічного права), або на праві власності (особи приватного права)<sup>275</sup>.

Має рацію В.О. Навроцький, який не визнає предметом аналізованого злочину кошти, які лише підлягають передачі до бюджету, а також кошти, належні окремим юридичним особам на праві власності<sup>276</sup>.

*В цьому плані викликають інтерес матеріали кримінальної справи, порушеної за ч. 1 ст. 80-3 КК 1960 р. стосовно головного бухгалтера фермерського господарства «Геліоніта» Ш., яка під час хвороби свого чоловіка Ш. – голови цього фермерського господарства одноособово здійснювала від його імені всі фінансово-господарські операції. У постанові про відмову в порушенні кримінальної справи внаслідок акта амністії (п. 4 ч. 1 ст. 6 КПК 1961 р.), винесеній Першотравневим РВ УМВС у Донецькій області, зазначається, що Ш. умисно використала бюджетні кошти усупереч їх цільовому призначенню, витративши їх на придбання автомобіля «ГАЗ-53», повернення бюджетної позички та погашення заборгованості господарства за скраплений газ. При цьому кошти, нараховані сільськогосподарським підприємством як ПДВ і перераховані згідно з чинним законодавством*

<sup>274</sup> Попередження та розкриття злочинів, пов'язаних з порушенням бюджетного законодавства: навч. посібник / В.А. Ортинський, В.П. Захаров, В.А. Некрасов, А.В. Баб'як. – Львів: ВАТ «Львівська книжкова фабрика «Атлас», 2009. – С. 15.

<sup>275</sup> Гладун О.З. Злочини проти порядку виконання бюджету: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 18-19.

<sup>276</sup> Навроцький В.О. Кримінальне право. Особлива частина: Курс лекцій. – К.: Знання, 2000. – С. 127.

*на спеціальний рахунок, мали використовуватись лише на придбання матеріально-технічних ресурсів виробничого призначення.*

Дії Ш. кваліфіковані за ч. 1 ст. 80-3 попереднього КК помилково. Відповідно до ст. 11 Закону України «Про податок на додану вартість» сільськогосподарські товаровиробники не сплачували до бюджету ПДВ щодо операцій з продажу товарів (робіт, послуг) власного виробництва; зазначені кошти залишалися в їх розпорядженні, використовувались на придбання матеріально-технічних ресурсів виробничого призначення, а у разі нецільового використання стягувались до бюджету у безспірному порядку. Таким чином, Ш. вчинила нецільове використання коштів, належних фермерському господарству «Геліоніта» і поки що не зарахованих до державного бюджету, у зв'язку з чим обвинувачення цієї службової особи у нецільовому бюджетних коштів було безпідставним.

Принагідно зауважимо, що до злочинів, пов'язаних із незаконним витрачанням бюджетних коштів, інколи відносять і нецільове використання сум ПДВ, які знаходяться на спеціальних рахунках сільськогосподарських підприємств<sup>277</sup>. Правильність викладеної точки зору викликає сумнів, не дивлячись на те, що відповідно до п. 11 ч. 1 ст. 2 БК бюджетні кошти – це не лише витрати, а й надходження бюджету. У п. 209.2 ст. 209 ПК вказується, що сума ПДВ, нарахована сільськогосподарським підприємством – суб'єктом спеціального режиму оподаткування діяльності у сфері сільського та лісового господарства і рибальства на вартість поставлених ним сільськогосподарських товарів (послуг), не підлягає сплаті до бюджету і повністю залишається в розпорядженні такого підприємства для певних цілей. Зазначені суми ПДВ акумулюються на спеціальних рахунках, відкритих у банківських установах<sup>278</sup>. З огляду на сказане, неточно називати відповідні суми ПДВ бюджетними коштами, як цього вимагає ст. 210 КК.

БК забороняє створення позабюджетних фондів органами державної влади, органами влади АРК, органами місцевого самоврядування та іншими бюджетними установами, звідки, на перший погляд, випливає непотрібність розширення предмета досліджуваного злочину за рахунок коштів державних і місцевих поза-

<sup>277</sup> Руфанова В.М. Кримінологічна характеристика та запобігання органами внутрішніх справ злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2011. – С. 42, 246.

<sup>278</sup> Порядок акумулювання сільськогосподарськими підприємствами сум податку на додану вартість на спеціальних рахунках, відкритих у банках, затверджений постановою КМУ від 12 січня 2011 р. № 11.

бюджетних фондів. Таку пропозицію свого часу висувала Н.О. Гуторова, яка обґрунтовувала потрібність у цьому кроці суперечливістю законодавства, яке то відносить, то не відносить окремі державні фонди фінансових ресурсів до бюджетних фондів, а також тим, що державні позабюджетні фонди поряд із бюджетами є складовою частиною державних фінансів<sup>279</sup>. Р.А. Волинець констатує, що кошти державних цільових позабюджетних фондів, призначених для реалізації конституційних прав громадян (виплата пенсій, допомог тощо), не є бюджетними коштами, і такий стан речей негативно позначається на захисті державних фінансових ресурсів<sup>280</sup>.

Згідно зі ст. 14 Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14 січня 1998 р. кошти цільових страхових фондів (ПФ, Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності, Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття, Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України) не включаються до складу Державного бюджету України при тому, що кошти вказаних державних цільових фондів обслуговуються органами Державної казначейської служби України (ст. 15 Закону від 22 грудня 2011 р. «Про Державний бюджет України на 2012 рік»). На сьогодні порушення законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, яке може набувати вигляду, зокрема, порушення порядку використання відповідних коштів, розцінюється як той чи інший адміністративний проступок (ст. 165-1, ст. 165-3, ст. 165-4 або ст. 165-5 КпАП), якщо у вчиненому не вбачається ознак складу злочину у сфері службової діяльності.

Цікаво, що у КК РФ починаючи з грудня 2003 р. таким злочинам, як нецільове витрачання бюджетних коштів і нецільове витрачання коштів державних позабюджетних фондів, присвячено окремі норми – відповідно, ст. 285-1 і ст. 285-2. В юридичній літературі рішення законодавця сконструювати ці два самостійні склади злочинів характеризується як необґрунтоване. Вважається, що встановлення відповідальності за нецільове витрачання бюджетних коштів і коштів державних позабюджетних фондів (до них у РФ належать Пенсійний фонд, Фонд соціального страхування

і фонди обов'язкового медичного страхування) в межах одного складу злочину більшою мірою відповідає б правилам чіткості і стислості нормативних приписів<sup>281</sup>.

О.З. Гладун пропонує доповнити назви та диспозиції ст. ст. 210, 211 КК вказівкою на кошти фондів державного загальнообов'язкового соціального та пенсійного страхування, виходячи з того, що ці кошти, хоч і не включені до бюджету, використовуються для виконання функцій держави, а саме надання соціальних послуг та матеріального забезпечення непрацездатної частини населення (пенсіонери, безробітні) чи в зв'язку з настанням певних подій (смерть, народження дитини, нещасні випадки на виробництві та професійні захворювання). Таким чином, за своїм соціальним призначенням та порядком використання кошти фондів загальнообов'язкового державного соціального та пенсійного страхування практично не відрізняються від бюджетних<sup>282</sup>.

Предметом злочину, передбаченого ст. 210 КК, виступають бюджетні кошти лише у великих або особливо великих розмірах. Великим розміром визнається сума, яка в тисячу і більше разів перевищує НМДГ, а особливо великим розміром – яка у три тисячі і більше разів перевищує НМДГ. Нецільове використання бюджетних коштів або здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням, вчинене не у великих або особливо великих розмірах, тягне за собою адміністративну відповідальність (ч. 5 і ч. 6 ст. 164-12 КпАП).

У випадках, коли бюджетні кошти були предметом кількох різних за своїм змістом порушень бюджетного законодавства, а великий (особливо великий) розмір таких коштів утворюється лише як результат підсумовування відповідних показників цих порушень, розглядати останні як одне кримінально каране порушення бюджетного законодавства можна тільки за наявності ознак продовжаного злочину. Якщо умисел на вчинення того чи іншого порушення бюджетного законодавства щоразу виникає у винної особи заново, підстав для підсумовування показників незаконно використаних (наданих) бюджетних коштів не вбачається, у зв'язку з чим особа має притягуватись до адміністративної відповідальності.

Внаслідок зміни розміру податкової соціальної

<sup>279</sup> Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 105-106, 125, 181.

<sup>280</sup> Волинець Р.А. Вказана праця. – С. 38.

<sup>281</sup> Лапшин В.Ф. Злоупотребление должностными полномочиями и нецелевое расходование денежных средств: вопросы соотношения // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы Шестой Международной научно-практической конференции 29-30 января 2009 г. – М.: Проспект, 2009. – С. 438.

<sup>282</sup> Гладун О.З. Вказана праця. – С. 30, 71-72.



пільги розмір коштів, необхідний для кваліфікації вчиненого за ст. ст. 210, 211 КК, за останніх вісім років зріс майже у двадцять разів. У літературі висловлюється слушна думка про те, що законодавець закріпив завищені показники завданих збитків, за наявності яких діяння кваліфікуються за ст. 210 і ст. 211 КК. Стверджується також, що закріпленій законодавцем розмір шкоди практично унеможливає застосування ст. 210 КК як норми про спеціальний вид службового зловживання. Вирішувати проблему пропонується, знижуючи межі розміру коштів, які становлять предмети бюджетних злочинів, і диференціюючи кримінальну відповідальність за їх вчинення залежно від того, були предметом цих кримінально каранних діянь бюджетні кошти у значних, великих або особливо великих розмірах. Під останніми розуміються суми, які перевищують НМДГ, відповідно, у 100, 500 і одну тисячу разів<sup>283</sup>. Загалом сприймаючи такий підхід (тим більше, що він є результатом якісного кримінологічного дослідження, що ґрунтувалось на вивченні понад 200 кримінальних справ), слід водночас уточнити, що закріплені у примітках 2 і 3 до ст. 210 КК показники характеризують не збитки (чи шкоду або, інакше кажучи, суспільно небезпечні наслідки каранних за ст. 210 і ст. 211 КК злочинів, склади яких є формальними), а їх предмети.

Відповідно до ст. 13 БК власні надходження бюджетних установ поділяються на дві групи: 1) плата за послуги, що надаються бюджетними установами (плата за послуги бюджетних установ згідно з їх основною діяльністю; надходження бюджетних установ від додаткової (господарської) діяльності; плата за оренду майна бюджетних установ; надходження бюджетних установ від реалізації майна); 2) інші джерела власних надходжень бюджетних установ (благодійні внески, гранти, дарунки; кошти, які бюджетні установи отримують для виконання цільових заходів від підприємств, організацій, фізичних осіб та інших бюджетних установ, тощо). Власні надходження повинні використовуватись бюджетними установами за конкретними напрямками, визначеними БК<sup>284</sup>.

<sup>283</sup> Руфанова В.М. Кримінологічна характеристика та запобігання органами внутрішніх справ злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2011. – С. 38, 60, 196-197. На думку О.З. Гладуна, великий та особливий великий розмір бюджетних коштів у примітці до ст. 210 КК слід зменшити щонайменше вдвічі (Гладун О.З. Вказана праця. – С. 171-172).

<sup>284</sup> Якщо обсяги власних надходжень бюджетних установ перевищують відповідні витрати, затверджені законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет), розпорядник бюджетних коштів передбачає спрямування таких надпланових обсягів у першу чергу на погашення заборгованості з оплати праці, нарахувань на заробітну плату, стипендій, комунальних послуг та енергоносіїв. Якщо

У літературі висловлено точку зору, згідно з якою кошти, що отримані бюджетною установою і перебувають в її касі, не можуть вважатись бюджетними коштами. Аргументується це, зокрема, тим, що через свою однорідність (з точки зору цивілістики гроші є речами, визначеними родовими ознаками) гроші, утримувані в касі бюджетної установи, не можуть бути відділені від тих грошей, які бюджетна установа отримує як дохід від своєї діяльності<sup>285</sup>.

З урахуванням того, що згідно з БК власні надходження бюджетних установ включені до відповідних бюджетів (їх спеціальних фондів), плануються і затверджуються в їх складі, такі грошові кошти мають визнаватись бюджетними – предметом злочину, передбаченого ст. 210 КК. Тому згаданий аргумент на користь невизнання бюджетними коштів, що знаходяться у касах бюджетних установ, сприйнятий бути не може.

Разом з тим не ст. 210, а ст. 364 (365) КК має застосовуватись у разі передачі в оренду приміщень, які перебувають у державній або комунальній власності, без справляння орендної плати та покриття витрат, пов'язаних з одержанням комунальних послуг, а також у випадках інших зловживань з державним і комунальним майном, оскільки предметом розглядуваного злочину є не будь-яке майно, а саме грошові кошти, включені до складу бюджетів.

З **об'єктивної сторони** вчинення злочину, передбаченого ст. 210, можливе у трьох формах: 1) нецільове використання бюджетних коштів; 2) здійснення видатків бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч БК або закону про Державний бюджет України на відповідний рік; 3) надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч БК або закону про Державний бюджет України на відповідний рік.

Попередньою редакцією ст. 210 КК<sup>286</sup> встановлювалась відповідальність у т.ч. за недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету і за недотримання вимог щодо пропорційного фінансування видатків бюджетів усіх рівнів. Наведені формулювання

такої заборгованості немає, розпорядник бюджетних коштів спрямовує 50 відсотків коштів на заходи, що здійснюються за рахунок відповідних надходжень, і 50 відсотків коштів – на заходи, необхідні для виконання основних функцій, але не забезпечені коштами загального фонду бюджету за відповідною бюджетною програмою (ст. 51 БК)

<sup>285</sup> Волинець Р.А. Кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства (ст. 210 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 42.

<sup>286</sup> Ст. 210 і ст. 211 чинного КК викладені у редакції Закону від 8 липня 2010 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Бюджетного кодексу України».

кримінального закону не повністю узгоджувались з приписами регулятивного (бюджетного) законодавства. У відгуку М.І. Хавронюка як офіційного опонента на дисертацію О.В. Тихонової «Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України» висловлювався сумнів у тому, що вказані два різновиди протиправної поведінки є суспільно небезпечними діяннями і ставилось питання про переведення їх у розряд адміністративних проступків. Тим більше, що судової практики у справах, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему у формах недотримання вимог законодавства щодо пропорційного скорочення чи пропорційного фінансування видатків бюджетів, в Україні просто не існувало. З огляду на сказане, декриміналізацію недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету і щодо пропорційного фінансування видатків бюджетів слід визнати виправданою.

Одним із принципів бюджетної системи України проголошується принцип цільового використання коштів, відповідно до якого бюджетні кошти використовуються тільки на цілі, визначені бюджетними призначеннями та бюджетними асигнуваннями (ст. 7 БК). Бюджетне призначення – це повноваження головного розпорядника бюджетних коштів, надане БК, законом про Державний бюджет на відповідний рік або рішенням про місцевий бюджет, яке має кількісні, часові і цільові обмеження та дозволяє надавати бюджетні асигнування. Бюджетні призначення шляхом їх затвердження у законі про Державний бюджет (рішенні про місцевий бюджет) отримують тільки головні розпорядники бюджетних коштів (бюджетні установи в особі їх керівників), коло яких визначається БК. У свою чергу бюджетне асигнування – це повноваження розпорядника бюджетних коштів, надане відповідно до бюджетного призначення, на взяття бюджетного зобов'язання (розміщення замовлення, укладення договору, придбання товару, послуги тощо) та здійснення платежів, яке також має кількісні, часові і цільові обмеження.

Згідно зі ст. 119 БК під *нецільовим використанням бюджетних коштів* потрібно розуміти витрачання бюджетних коштів на цілі, що не відповідають: 1) бюджетним призначенням, встановленим законом про Державний бюджет України чи рішенням про місцевий бюджет; 2) напрямам використання бюджетних коштів, визначеним у паспорті бюджетної програми (у разі застосування програмно-цільового методу у бюджетному процесі<sup>287</sup>) або порядку використан-

ня бюджетних коштів<sup>288</sup>; 3) бюджетним асигнуванням (розпису бюджету<sup>289</sup>, кошторису<sup>290</sup>, плану використання бюджетних коштів<sup>291</sup>).

Каране за ст. 210 КК нецільове використання бюджетних коштів може набувати вигляду, зокрема: 1) фінансування за рахунок бюджетних коштів видатків, не передбачених видатковими статтями затвердженого бюджету (наприклад, спрямування бюджетних коштів на придбання різноманітних активів – валюти, цінностей, іншого майна з метою отримання прибутків та (або) наступного продажу, здійснення за рахунок бюджетних коштів внесків до статутних фондів господарських товариств<sup>292</sup> або надання благодійної допомоги); 2) використання бюд-

ту із застосуванням оцінки ефективності їх використання на всіх стадіях бюджетного процесу. Особливими складовими програмно-цільового методу у бюджетному процесі є бюджетні програми, відповідальні виконавці бюджетних програм, паспорти бюджетних програм, результативні показники бюджетних програм (ст. 20 БК).

<sup>288</sup> Порядок використання бюджетних коштів має містити: цілі та напрями використання бюджетних коштів; відповідального виконавця бюджетної програми, підстави та (або) критерії залучення одержувачів бюджетних коштів до виконання бюджетної програми; завдання головного розпорядника бюджетних коштів, розпорядників бюджетних коштів нижчого рівня (одержувачів бюджетних коштів), що забезпечують виконання бюджетної програми, з визначенням порядку звітування про її виконання (у т.ч. щодо результативних показників) та заходів впливу у разі її невиконання; порядок, терміни та підстави, а також критерії розподілу (перерозподілу) видатків між адміністративно-територіальними одиницями у розрізі розпорядників бюджетних коштів нижчого рівня та одержувачів бюджетних коштів з урахуванням відповідних нормативно-правових актів тощо.

<sup>289</sup> Розписом бюджету визнається документ, в якому встановлюється розподіл доходів, фінансування бюджету, повернення кредитів до бюджету, бюджетних асигнувань головним розпорядникам бюджетних коштів за певними періодами року відповідно до бюджетної класифікації. Так, Державний бюджет України виконується за розписом, який затверджується Міністром фінансів України відповідно до бюджетних призначень у місячний строк з дня прийняття закону про Державний бюджет України. Місцевий бюджет виконується за розписом, який затверджується керівником місцевого фінансового органу.

<sup>290</sup> Кошторис є основним плановим фінансовим документом бюджетної установи, яким на бюджетний період встановлюються повноваження щодо отримання надходжень і розподіл бюджетних асигнувань на взяття бюджетних зобов'язань та здійснення платежів для виконання бюджетною установою своїх функцій та досягнення результатів, визначених відповідно до бюджетних призначень. Порядок складання, розгляду, затвердження та основні вимоги до виконання кошторисів бюджетних установ затверджений постановою КМУ від 28 лютого 2002 р. № 228.

<sup>291</sup> План використання бюджетних коштів – це документ, на підставі якого одержувач бюджетних коштів (не має статусу бюджетної установи) використовує такі кошти та який містить розподіл бюджетних асигнувань, затверджених у кошторисі відповідного розпорядника бюджетних коштів.

<sup>292</sup> Ст. 86 ГК і ст. 13 Закону України «Про господарські товариства» забороняють використовувати бюджетні кошти для формування статутного (складеного капіталу) господарського товариства.

<sup>287</sup> Це – метод управління бюджетними коштами для досягнення конкретних результатів за рахунок коштів бюдже-

жетних коштів, що мали цільове спрямування, з іншою метою, тобто фінансування одних видатків за рахунок інших статей видатків (наприклад, фінансування виробництва за рахунок коштів, призначених для виплати заробітної плати; використання на утримання державних органів коштів, виділених на фінансування заходів у сфері освіти; витрачання бюджетних коштів, виділених для усунення аварії на шахті та надання допомоги сім'ям загиблих, на погашення банківських кредитів та заборгованості з виплати заробітної плати).

*Так, нецільове використання бюджетних коштів вбачається у діях посадових осіб управління сільського господарства та продовольства Андрушівської райдержадміністрації Житомирської області, які, отримавши коштів в сумі 1 млн. 853 тис. грн. на погашення заборгованості із заробітної плати збанкрутілих і ліквідованих підприємств АПК, незаконно включили до реєстру і виплатили 581000 грн. шести сільськогосподарським товаровиробникам, які не мали права на отримання зазначених бюджетних коштів<sup>293</sup>.*

С.Я. Лихова розглядає передбачену ч. 2 ст. 175 КК невиконання заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат, вчинену внаслідок нецільового використання відповідних коштів, як спеціальний різновид караного за ст. 210 КК нецільового використання службовою особою бюджетних коштів. Оскільки конкретний розмір нецільового використання бюджетних коштів у ч. 2 ст. 175 КК не вказаний, у випадку, коли їх сума перевищує вказані у ст. 210 КК показники, вчинене має додатково кваліфікуватись за ч. 1 або ч. 2 ст. 210 КК<sup>294</sup>. Так само вирішує цю проблему кваліфікації М.І. Мельник, на думку якого, якщо предметом нецільового використання були бюджетні кошти, вчинене утворює ідеальну сукупність злочинів, передбачених ч. 2 ст. 175 і відповідною частиною ст. 210 КК<sup>295</sup>.

<sup>293</sup> Кулаков В.В., Лень В.В., Мірошніченко С.С., Руфанова В.М., Титаренко О.О. Запобігання злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: науково-практичний посібник. – Запоріжжя: Дніпровський металург, 2011. – С. 102.

<sup>294</sup> Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 24.

<sup>295</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 477-478.

По-іншому пропонує кваліфікувати вказані дії П.П. Андрушко, який пише про конкуренцію загальної (ч. 1 ст. 210 КК) і спеціальної (ч. 2 ст. 175 КК) кримінально-правових норм, за якої перевага має надаватись спеціальній нормі. Водночас констатується наявність сукупності злочинів, передбачених

Згідно зі ст. 24 БК резервний фонд бюджету формується для здійснення видатків, що не мають постійного характеру і не могли бути передбачені під час складання проекту бюджету<sup>296</sup>. Ст. 116 БК розрізняє такі порушення бюджетного законодавства, як нецільове використання бюджетних коштів, з одного боку, і порушення вимог БК щодо виділення коштів з резервного фонду бюджету, з іншого. Фінансування заходів, які не дозволяється фінансувати за рахунок коштів резервного фонду (капітальний ремонт або реконструкція, крім випадків, пов'язаних з ліквідацією надзвичайних ситуацій та проведенням заходів, пов'язаних із запобіганням виникненню надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру; придбання житла, крім випадків відселення мешканців з аварійних будинків унаслідок надзвичайної ситуації; обслуговування та погашення державного боргу, боргу АРК чи боргу місцевого самоврядування тощо), з точки зору чинного БК немає підстав розцінювати як нецільове використання бюджетних коштів і, відповідно, кваліфікувати за ст. 210 КК. Порушення службовою особою встановленого законодавством порядку використання коштів резервного фонду державного або місцевого бюджету може утворювати склад того чи іншого злочину у сфері службової діяльності.

Такий саме висновок буде доречним і щодо здійснення видатків, кредитування місцевого бюджету, які відповідно до БК мають проводитись з іншого бюджету. Назване бюджетне правопорушення (п. 28 ч. 1 ст. 116 БК) також немає підстав розцінювати наразі як нецільове використання бюджетних коштів.

Одним із правових факторів, які обумовлюють вчинення злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів, В.М. Руфанова називає відсутність чіткого законодавчо визначеного переліку діянь, які слід вважати нецільовим використанням бюджетних коштів. Така конкретизація, на думку науковця,

ч. 2 ст. 175 і ч. 2 ст. 210 КК, якщо сума використаних не за цільовим призначенням бюджетних коштів, які мали бути використані на виплату вказаних у ст. 175 КК виплат, у три тисячі і більше перевищує НМДГ (Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., перероб. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – С. 321-322). Такі ж висновки щодо кваліфікації зазначених дій робить Р.А. Волинець, пропонуючи, щоправда, виходити з іншого виду конкуренції кримінально-правових норм – частини і цілого (Волинець Р.А. Вказана праця. – С. 132-134, 150-151). У літературі також обґрунтовується доцільність виключення зі ст. 175 КК частини 2 цієї статті (Топчій В.В. Кримінально-правова характеристика невиконання заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК України): Монографія. – Львів: ЛьвДУВС, 2010. – С. 140-142).

<sup>296</sup> Порядок використання коштів резервного фонду бюджету затверджений постановою КМУ від 29 березня 2002 р. № 415.



потрібна передусім для того, щоб «правильно надавати правову оцінку діям та уникнути помилок при кваліфікації діянь, пов'язаних з незаконним використанням бюджетних коштів»<sup>297</sup>.

Видається однак, що пов'язувати правильність кримінально-правової кваліфікації того чи іншого діяння як нецільового використання бюджетних коштів із прийняттям певного нормативно-правового акта (на кшталт затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 14 листопада 2000 р. № 275 Порядку забезпечення органами державної контрольно-ревізійної служби повернення коштів державного і місцевих бюджетів та державних цільових фондів, використаних підприємствами, установами й організаціями не за цільовим призначенням, та (або) не повернутих бюджетам чи фондам позик і кредитів<sup>298</sup> (далі – Порядок)) не варто.

По-перше, такого роду документи, хоч і дають певне уявлення про суть нецільового використання бюджетних коштів, можуть містити положення, які не узгоджуються з диспозиціями кримінально-правових норм і слідування яким спроможне викликати помилкову кваліфікацію. Так, у п. 3 Порядку як різновиди нецільового використання бюджетних коштів розглядалися витрачання таких коштів за відсутності первинних документів, які підтверджують здійснення господарських операцій, та використання бюджетних коштів понад установлені нормативи.

Однак непідтверджене документально витрачання бюджетних коштів саме по собі навряд чи може розцінюватися як нецільове використання таких коштів, чого вимагала як попередня, так і чинна редакція ст. 210 КК. Якщо не встановлено, що зазначені дії супроводжували та (або) приховували нецільове використання бюджетних коштів, вчинене ознак складу злочину, передбаченого ст. 210 КК, не містить і залежно від обставин справи має отримувати адміністративно-правову (ст. 164-12 КпАП) або кримінально-правову (ст. ст. 191, 364, 365, 367 КК) оцінку. Стосовно ж використання бюджетних коштів понад установлені нормативи, то з точки зору попередньої редакції ст. 210 КК таке правопорушення мало розцінюватися не як використання бюджетних коштів всупереч їх цільовому призначенню, а як використання цих коштів в обсягах, що перевищують затверджені межі видатків.

Тому слід критично поставитись до думки Р.А. Волинця про те, що зазначені у Порядку приклади нецільового використання бюджетних

коштів можуть бути використані і сьогодні<sup>299</sup>.

По-друге, кваліфікуючи діяння і закріплюючи у відповідному процесуальному документі результат свого тлумачення кримінального і бюджетного законодавства, слідчий або суддя не зобов'язаний керуватись підзаконним нормативно-правовим актом, який має відповідне фінансове призначення і з різних причин може й не містити вичерпного переліку різновидів нецільового використання бюджетних коштів. Крім цього, не виключені ситуації, коли слідчий або суддя, розкриваючи зміст бланкетної диспозиції ст. 210 КК і беручи до уваги законодавчо закріплене визначення нецільового використання бюджетних коштів (ст. 119 БК), збудити кримінально-правової доктрини, а також судові прецеденти, дає певному порушенню бюджетного законодавства іншу оцінку, ніж та, що пропонується у порядку відомчої правотворчості державним органом (наприклад, Міністерством фінансів або Державною фінансовою інспекцією України).

Отже, значення нормативно-правових актів, в яких наводяться переліки діянь, що визнаються нецільовим використанням бюджетних коштів, з точки зору забезпечення однаковості і точності кваліфікації бюджетних злочинів переоцінювати не варто.

*Здійснення видатків бюджету і надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч БК або закону про Державний бюджет України на відповідний рік означає фінансування видатків (витрачання бюджетних коштів) і надання кредитів з бюджету за відсутності належних повноважень або у сумах, які перевищують розміри, затверджені у відповідних бюджетах і кошторисах.*

Варто наголосити на тому, що, на відміну від надання кредитів із бюджету, здійснення видатків означає саме безповоротне витрачання бюджетних коштів.

Видатки бюджету – це кошти, спрямовані на здійснення програм та заходів, передбачених відповідним бюджетом. Видатки бюджету класифікуються за: 1) бюджетними програмами 2) ознакою головного розпорядника бюджетних коштів (відомча класифікація видатків); 3) функціями, з виконанням яких пов'язані видатки бюджету (функціональна класифікація видатків). За економічною класифікацією видатки бюджету поділяються на поточні та капітальні. Видатки бюджетів також поділяються на: 1) видатки на забезпечення конституційного ладу, державної цілісності та суверенітету, незалежного судочинства, а також інші передбачені БК видатки, які

<sup>297</sup> Руфанова В.М. Кримінологічна характеристика та запобігання органами внутрішніх справ злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2011. – С. 59.

<sup>298</sup> Втратив чинність у зв'язку з ухваленням у 2001 р. БК.

<sup>299</sup> Волинець Р.А. Вказана праця. – С. 55.

не можуть бути передані на виконання АРК та місцевому самоврядуванню; 2) видатки, які визначаються функціями держави і можуть бути передані на виконання АРК та місцевому самоврядуванню з метою забезпечення найбільш ефективного їх виконання на основі принципу субсидіарності; 3) видатки на реалізацію прав та обов'язків АРК і місцевого самоврядування, які мають місцевий характер і визначені законами України. До видатків бюджету не належать: погашення боргу; надання кредитів з бюджету; розміщення бюджетних коштів на депозитах; придбання цінних паперів; повернення надміру сплачених до бюджету сум податків і зборів та інших доходів бюджету, проведення їх бюджетного відшкодування.

Диспозицію ч. 1 ст. 210 КК варто доповнити вказівкою на рішення про місцевий бюджет; наразі тут фігурує лише закон про Державний бюджет України, і це – однозначно вада чинної редакції ст. 210 КК. Вказана неузгодженість між кримінальним і регулятивним законодавством підлягає усуненню у законодавчому порядку, оскільки може створити передумови для зловживань з коштами місцевих бюджетів<sup>300</sup>.

Особа, уповноважена розпоряджатись бюджетними коштами, може перевищувати або загальний обсяг затверджених видатків, або обсяг видатків на конкретні заходи, передбачені у встановленому порядку (наприклад, завищується вартість проведених робіт або придбаних товарно-матеріальних цінностей). Інкримінування ст. 210 КК не повинне виключатись і у випадку перевиконання доходної частини державного або місцевого бюджету – коли службова особа фінансує видатки того чи іншого бюджету, перевищуючи при цьому параметри, затверджені у встановленому порядку.

Якщо понаднормативне фінансування здійснюється за рахунок бюджетних коштів, призначених для фінансування інших видатків, у дія винного вбачається одночасно нецільове використання бюджетних коштів і здійснення видатків бюджету із перевищенням встановлених бюджетних призначень. Зазначена обставина, впливаючи не на кваліфікацію, а на обсяг обвинувачення, має бути відображена у процесуальних документах і підлягає врахуванню як показник ступеня тяжкості злочину при призначенні покарання.

У попередній редакції ст. 210 КК йшлося про використання бюджетних коштів із перевищенням затверджених меж видатків. У літературі

<sup>300</sup> Руфанова В.М. Шляхи вдосконалення ст. 210 КК України // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 447.

вказувалося, що вказане використання бюджетних коштів можливе лише за рахунок зменшення обсягу видатків за іншими статтями, тобто збільшення видатків за однією статтею автоматично призводить до їх зменшення за іншою, що є наслідком використання певного обсягу коштів на інші цілі, ніж це було передбачено. Таким чином, «використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню» та «використання бюджетних коштів в обсягах, що перевищують затверджені межі видатків» співвідносились між собою як ціле і частина. На підставі цього пропонувалось виключити з диспозиції ст. 210 КК вказівку на другу форму злочинного діяння як таку, що є складовою першої форми<sup>301</sup>. Видається, що викладені міркування продовжують зберігати актуальність – у частині співвідношення між собою нецільового використання бюджетних коштів і здійснення видатків бюджету з перевищенням бюджетних призначень всупереч закону. Про недостатню обґрунтованість виокремлення значною мірою дублюючих одна одну таких форм аналізованого злочину, як нецільове використання бюджетних коштів і здійснення видатків без бюджетних призначень або з їх перевищенням, пише і Р.А. Волинець<sup>302</sup>.

Ст. 41 і ст. 79 БК встановлюють особливості формування надходжень бюджетів і здійснення витрат бюджетів у разі несвоєчасного набрання чинності законом про Державний бюджет України і несвоєчасного прийняття рішення про місцевий бюджет. Здійснення у такій ситуації у встановленому порядку КМУ витрат Державного бюджету, а Радою міністрів АРК, місцевою державною адміністрацією або виконавчим органом місцевої ради – витрат місцевого бюджету є правомірною поведінкою, а тому не визнається кримінально караним здійснення видатків бюджету без встановлених бюджетних призначень. Разом з тим порушення вимог БК при здійсненні витрат державного бюджету (місцевого бюджету) у разі несвоєчасного набрання чинності законом про Державний бюджет України (несвоєчасного прийняття рішення про місцевий бюджет) за наявності підстав може утворювати склад розглядуваного злочину.

Дії, передбачені ст. 210 КК, однак вчинені службовою особою в стані крайньої необхідності, не визнаються злочинними.

Злочин вважається закінченим з моменту вчинення однієї з трьох дій, альтернативно вказаних у ст. 210 КК (формальний склад). Використання (витрачання) бюджетних коштів – це

<sup>301</sup> Тихонова О.В. Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 10.

<sup>302</sup> Волинець Р.А. Вказана праця. – С. 64–65, 93.

одночасно і характеристика діяння, і наслідок, який презюмується законодавцем, і полягає у дисбалансі доходів і видатків бюджету, а інших наслідків як обов'язкової ознаки складу злочину тут не встановлено<sup>303</sup>.

*Вироком Богунського районного суду м. Житомира директор і головний бухгалтер Житомирського колективного учбово-виробничого підприємства Українського товариства сліпих були засуджені у т.ч. за ч. 2 ст. 210 КК за те, що 130000 грн., отримані з Державного бюджету України як фінансова безповоротна допомога для створення чотирьох робочих місць і проведення технічного переоснащення підприємства, використали на інші потреби. В апеляційних скаргах засуджені, не визнаючи себе винуватими у нецільовому використанні бюджетних коштів, вказали на те, що врешті-решт на виконання договору, укладеного з Житомирським обласним відділенням Фонду соціального захисту інвалідів і в подальшому пролонгованого, бюджетні кошти у сумі 130000 грн. були використані очолюваним ними підприємством за цільовим призначенням. Спростовуючи аргументи засуджених та визнаючи обґрунтованим інкримінування їм ч. 2 ст. 210 КК, колегія суддів палати в кримінальних справах Апеляційного суду Житомирської області у своїй ухвалі зазначила, що з моменту перерахування бюджетних коштів, які мали відповідне цільове призначення, дочірньому підприємству НВП «МП-ЕКС» для придбання комп'ютерної техніки і проведення ремонту основного обладнання і допоміжного виробництва вчинений винними бюджетний злочин слід вважати закінченим. Всі інші дії, у т.ч. неодноразова пролонгація договору і часткове повернення коштів з рахунку дочірнього підприємства на рахунок Житомирського колективного учбово-виробничого підприємства Українського товариства сліпих нібито як попередня оплата за постачання прес-форм, були спрямовані на приховування від Житомирського обласного відділення Фонду соціального захисту інвалідів обставин нецільового використання бюджетних коштів<sup>304</sup>.*

Позиція Апеляційного суду Житомирської області видається обґрунтованою, оскільки аналізований злочин визнається закінченим з моменту, коли орган державного казначейства, перевібивши платіжне доручення і підтвердні документи, оплатив рахунок розпорядника або одержувача бюджетних коштів.

Розпорядник бюджетних коштів після отримання товарів, робіт і послуг відповідно до

умов взятого бюджетного зобов'язання приймає рішення про їх оплату та надає доручення на здійснення платежу органу Державної казначейської служби України, якщо інше не передбачено бюджетним законодавством. Державна казначейська служба України здійснює платежі за дорученнями розпорядників бюджетних коштів у разі: 1) наявності відповідного бюджетного зобов'язання для платежу у бухгалтерському обліку виконання бюджету; 2) наявності затвердженого в установленому порядку паспорта бюджетної програми (у разі застосування програмно-цільового методу у бюджетному процесі); 3) наявності у розпорядників бюджетних коштів відповідних бюджетних асигнувань (ст. 43 і ст. 49 БК). Органи Державної казначейської служби України, виконуючи роль своєрідних касирів бюджетних установ, попередньо (на підставі наданих їм підтвердних документів) контролюють у т.ч. цільове спрямування бюджетних коштів.

З урахуванням того, що платіжні доручення, котрі подаються до органів Державної казначейської служби України та які є підстави визнати засобом вчинення розглядуваного злочину, не є розрахунковими документами як засобами доступу до банківських рахунків, їх підроблення за ст. 200 КК кваліфікуватись не повинне. Водночас поєднане із службовим підробленням нецільове використання бюджетних коштів або здійснення видатків бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч закону треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 210 і ст. 366 КК. До документів, які підтверджують належне спрямування коштів, відносяться, наприклад, рахунки, товарно-транспортні накладні, трудові угоди, договори на виконання робіт, акти виконання робіт, звіти про результати здійснення процедур закупівель товарів, робіт, послуг за державні кошти.

Якщо службовій особі не вдалося використати бюджетні кошти усупереч їх цільовому призначенню або здійснити видатки бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч закону через те, що орган Державної казначейської служби України, перевібивши платіжне доручення і підтвердні документи, відмовився оплатити рахунок розпорядника (одержувача) бюджетних коштів, вчинене за спрямованістю умислу треба кваліфікувати за відповідними частинами ст. 15 і ст. 210 КК як замах на розглядуваний злочин.

Видання керівником бюджетної установи наказу про нецільове використання бюджетних коштів або здійснення видатків бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх

<sup>303</sup> Кочерга В., Фесенко Є. Законопроект, який став законом // Право України. – 1998. – № 7. – С. 93.

<sup>304</sup> Архів Апеляційного суду Житомирської області. Справ № 11-26 за 2007 р.



перевищенням всупереч закону не виходить за межі умисного створення умов для вчинення злочину, а тому має розглядатись не як замах, а як готування до злочину, передбаченого ч. 2 ст. 210 КК. Це саме стосується і таких дій, як оформлення необхідних документів – платіжного доручення і підтвердних документів. За готування до злочину, передбаченого ч. 1 ст. 210 КК, кримінальна відповідальність не настає.

Суспільно небезпечні наслідки, не впливаючи на кваліфікацію за ст. 210 КК, можуть бути враховані при призначенні покарання. За наявності до цього підстав спричинення внаслідок порушення бюджетного законодавства суспільно небезпечних наслідків має отримувати самостійну кримінально-правову оцінку (наприклад, за ст. 191 КК). Правий П.П. Андрушко, який зазначає, що нецільове використання бюджетних коштів може бути способом вчинення інших, більш тяжких злочинів. Наприклад, розкрадання майна має місце у разі використання службовими особами бюджетних коштів на будівництво чи ремонт належного їм на праві приватної власності житла, благоустрій земельних ділянок, оплату навчання їхніх дітей тощо<sup>305</sup>. При цьому слід враховувати, що утому разі, коли службова особа заздалегідь планує привласнити бюджетні кошти, але цьому передують їх нецільове використання, то все вчинене охоплюється диспозицією ст. 191 КК і додатковою кваліфікацією за ст. 210 КК не потребує. Враховується як спрямованість умислу, так і кінцева мета усього вчиненого службовою особою<sup>306</sup>.

Недотримання порядку проведення операцій з бюджетними коштами, здійснене у формах, які у статтях 210, 211 КК прямо не передбачені, має розцінюватись як адміністративний проступок (ст. ст. 164-12, 164-14 КпАП) або як злочин у сфері службової діяльності (наприклад, ст. ст. 364, 366 або 367 КК). Зокрема, це стосується: неефективного використання державних капіталовкладень; закупівлі товарів (робіт, послуг) за державні кошти без застосування процедур, визначених Законом України від 1 червня 2010 р. «Про здійснення державних закупівель», або з порушенням по-

рядку їх проведення<sup>307</sup>; порушення вимог законодавства при здійсненні попередньої оплати за товари, роботи та послуги за рахунок бюджетних коштів, а також порушення порядку і термінів здійснення такої оплати<sup>308</sup>. Разом з тим, якщо внаслідок закупівлі товарів (робіт, послуг) через порушення встановленого законодавством порядку допущено невідповідність використання бюджетних коштів бюджетним призначенням або використання бюджетних коштів з перевищенням бюджетних призначень, вчинене за наявності підстав має кваліфікуватись за ст. 210 КК.

Якщо на сьогодні ст. 210 КК визнає бюджетним злочином всього два (названі, відповідно, у п. 24 і п. 29 ч. 1 ст. 116 БК) порушення бюджетного законодавства, то Р.А. Волинець висуває конструктивну ідею охопити аналізованою кримінально-правовою заборонаю і інші, близькі за суспільною небезпекою до безпосередньо названих у ст. 210 КК бюджетні правопорушення. Подолати вибірковість законодавця щодо криміналізації порушень бюджетного законодавства пропонується шляхом, по-перше, використання у тексті кримінального закону узагальнюючого формулювання «здійснення витрат бюджету всупереч встановленому бюджетним законодавством України порядку»<sup>309</sup> і, по-друге,

<sup>307</sup> В адресованому секретареві РНБО листі Генерального прокурора України від 1 листопада 2007 р., присвяченому стану додержання законодавства у сфері державних закупівель, наводилися приклади відповідних порушень. Це – факти оплати за державні кошти вартості товарів, послуг взагалі без застосування процедур закупівлі, здійснення процедур закупівлі без оприлюднення інформації у мережі Інтернет, допуск до участі у тендері суб'єктів господарювання без ліцензій на здійснення певного виду діяльності, неправильне визначення предмета закупівлі, неналежний стан зберігання документації із проведення тендерів тощо (Урядовий кур'єр. – 26 березня 2008 р. – № 56).

Порушення бюджетного законодавства, які мають місце у сфері державних закупівель, докладно висвітлюються у літературі (Руфанова В.М. Кримінологічна характеристика та запобігання органами внутрішніх справ злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2011. – С. 165-170; Самко Р. Недоліки бюджетного законодавства // Вісник прокуратури. – 2012. – № 6. – С. 50-57). Разом з тим слід враховувати, що Закон України від 24 травня 2012 р. «Про особливості здійснення закупівель в окремих сферах господарської діяльності» передбачає здійснення закупівель без застосування процедур, регламентованих Законом «Про здійснення державних закупівель».

<sup>308</sup> Див. з цього приводу постанову КМУ від 9 жовтня 2006 р. № 1404 «Питання попередньої оплати товарів, робіт і послуг, які закуповуються за бюджетні кошти».

<sup>309</sup> Ураховуючи, що склад бюджетного законодавства визначений у ст. 4 БК, О.З. Гладун також вважає, що в диспозиціях ст. 210 і ст. 211 КК незаконність дій слід визначити через словосполучення «всупереч бюджетному законодавству» (Гладун О.З. Злочини проти порядку виконання бюджету: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 92).

Постає, щоправда, питання, чи не означатиме таке формулювання часткову декриміналізацію нецільового викори-

<sup>305</sup> Андрушко П.П. Коментар до статті 210 Кримінального кодексу України // Юридичний вісник України. – 12-18 січня 2002 р. – № 2. Див. з цього приводу також: Камішанський О.Ю. Класифікація способів вчинення розкрадань бюджетних коштів на підприємствах вугільної промисловості (за матеріалами Луганської та Донецької областей) // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2011. – № 4. – С. 158-165.

<sup>306</sup> Кулаков В.В., Лень В.В., Мірошніченко С.С., Руфанова В.М., Титаренко О.О. Запобігання злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: науково-практичний посібник. – Запоріжжя: Дніпровський металург, 2011. – С. 103.

виокремлення такої відмінної від незаконного здійснення витрат бюджету форми злочинної поведінки, як порушення порядку здійснення міжбюджетних трансфертів.

Щодо міжбюджетних трансфертів, то порушення порядку їх здійснення вважається за доцільне передбачити в диспозиції ч. 1 ст. 210 КК, оскільки таке діяння не охоплюється поняттям «здійснення витрат бюджету» тоді, як дії у формі погашення боргу та придбання цінних паперів, повністю охоплюються нормативним змістом поняття «витрати бюджету». Виходячи з того, що назва вдосконаленої ст. 210 КК має предметно і лаконічно позначати зміст криміналізованих нею діянь, Р.А. Волинець пропонує таку назву цієї статті КК – «Порушення бюджетного законодавства України в процесі виконання державного бюджету України»<sup>310</sup>. Оскільки назва норми КК, виконуючи інформативну функцію, повинна співвідноситись зі змістом відповідної кримінально-правової заборони, запропонована Р.А. Волинцем назва ст. 210 КК потребує уточнення.

По-перше, ця назва, не враховуючи того, що бюджетна система України є сукупністю державного і місцевих бюджетів, не виправдано не згадує місцеві бюджети, до яких, як вже зазначалось, належать бюджет АРК, обласні, районні бюджети і бюджети місцевого самоврядування.

По-друге, як Державний бюджет України, так і місцеві бюджети виконуються не лише за витратами, про незаконне здійснення яких йдеться у сформульованій Р.А. Волинцем редакції ст. 210 КК, а й за надходженнями. Так, ст. 45 БК присвячена виконанню Державного бюджету України за доходами. «Виконати бюджет – означає забезпечити повне та своєчасне надходження всіх передбачених бюджетом доходів і профінансувати всі заплановані видатки. На стадії виконання бюджету здійснюється, з одного боку, збір до бюджету запланованих на відповідний фінансовий рік податкових і неподаткових доходів, а з іншого – розподіл зібраних (наявних) бюджетних коштів між їх одержувачами, внаслідок чого і здійснюється заплановане фінансування діяльності держави та органів місцевого самоврядування»<sup>311</sup>.

По-третє, формулювання «порушення бюджетного законодавства України в процесі виконання державного бюджету України» дозволяє

стання бюджетних коштів, адже його законодавче визначення вказує у т.ч. на кошторис і план використання бюджетних коштів, які не можуть бути визнані складовою бюджетного законодавства.

<sup>310</sup> Волинець Р.А. Вказана праця. – С. 8-9, 68-70, 78, 97, 180-182, 191-193.

<sup>311</sup> Чернадчук В. Концептуальні засади виконання бюджету // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 2. – С. 103.

охопити і деякі інші порушення бюджетного законодавства, які вказані у ст. 116 БК, але які немає підстав визнавати здійсненням витрат бюджету або міжбюджетного трансферту всупереч бюджетному законодавству. Йдеться, наприклад, про зарахування доходів бюджету на будь-які рахунки, крім єдиного казначейського рахунка, зарахування доходів до неналежного бюджету, створення позабюджетних фондів, порушення порядку відкриття і закриття рахунків в органах Державної казначейської служби України, порушення порядку реєстрації та обліку бюджетних зобов'язань.

З огляду на сказане, більш вдалою та (головне) узгодженою зі змістом запропонованої диспозиції ч. 1 ст. 210 КК видається така назва цієї статті – «Незаконне здійснення витрат бюджету або міжбюджетного трансферту».

**Суб'єкт** злочину є спеціальним. Передусім це службові особи – керівники і головні бухгалтери (керівники фінансових підрозділів) організацій, які є розпорядниками бюджету. За обсягом наданих прав розпорядники відповідно до ст. 22 БК поділяються на головних розпорядників коштів бюджету і розпорядників коштів бюджету нижчого рівня.

Головними розпорядниками бюджетних коштів можуть бути виключно: 1) за бюджетними призначеннями, визначеними законом про Державний бюджет України, – установи, уповноважені забезпечувати діяльність Верховної Ради України, Президента України, КМУ в особі їх керівників; міністерства, КСУ, ВСУ, вищі спеціалізовані суди та інші органи, безпосередньо визначені Конституцією України, в особі їх керівників, а також Національна академія наук України, Національна академія аграрних наук України, Національна академія медичних наук України, Національна академія педагогічних наук України, Національна академія правових наук України, Національна академія мистецтв України, інші установи, уповноважені законом або КМУ на реалізацію державної політики у відповідній сфері, в особі їх керівників; 2) за бюджетними призначеннями, визначеними рішенням про бюджет АРК, – уповноважені юридичні особи (бюджетні установи), що забезпечують діяльність Верховної Ради АРК та Ради міністрів АРК, а також міністерства та інші органи влади АРК в особі їх керівників; 3) за бюджетними призначеннями, визначеними іншими рішеннями про місцеві бюджети, – місцеві державні адміністрації, виконавчі органи та апарати місцевих рад (секретаріат Київської міської ради), головні управління, управління, відділи та інші самостійні структурні підрозділи місцевих державних адміністрацій, виконавчих органів

місцевих рад в особі їх керівників. Якщо згідно із законом місцевою радою не створено виконавчий орган, функції головного розпорядника коштів відповідного місцевого бюджету виконує голова такої місцевої ради. Головні розпорядники коштів місцевих бюджетів визначаються рішенням про місцевий бюджет.

*Березнівський районний суд Рівненської області виправдав за відсутністю складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 210 КК, начальника фінансового відділу – головного бухгалтера Березнівської міської ради М. на тій підставі, що згідно з посадовою інструкцією на цю службову особу покладалася контроль за веденням бухгалтерського обліку міської ради, веденням обліку видатків, балансу установи, підготовкою звітно-облікової документації тощо. Тобто повноваженнями в частині розпорядження бюджетними коштами підсудна наділена не була, а, отже, суб'єктом розгляданого злочину вона бути не може. Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 22 БК розпорядниками коштів місцевих бюджетів є, зокрема, керівники виконавчих органів рад та їх секретаріатів<sup>312</sup>.*

Правильність рішення суду викликає сумнів. Так, згідно з п. 37 Порядку складання, розгляду, затвердження та основних вимог до виконання кошторисів бюджетних установ, затверджених постановою КМУ від 28 лютого 2002 р. № 228 із змінами, кошториси, плани асигнувань загального фонду бюджету, плани надання кредитів із загального фонду бюджету, плани спеціального фонду, плани використання бюджетних коштів, помісячні плани використання бюджетних коштів, а також розрахунки, які обґрунтовують показники видатків бюджету та надання кредитів з бюджету, що включаються до проекту кошторису, підписуються керівником бюджетної установи та керівником її фінансового підрозділу або головним (старшим) бухгалтером. Аналогічні положення знаходимо у наказі Міністерства фінансів України від 28 січня 2002 р. № 57 «Про затвердження документів, що застосовуються в процесі виконання бюджету» і в Порядку обслуговування державного бюджету за видатками та операціями з надання та повернення кредитів, наданих за рахунок коштів державного бюджету, затвердженому наказом Міністерства фінансів України від 30 вересня 2011 р. № 1233. Згідно з п. 13 Типового положення про бухгалтерську службу бюджетної установи, затвердженого постановою КМУ від 26 січня 2011 р. № 59, головний бухгалтер бюджетної установи, зокрема, підписує звітність та документи, які є підставою для проведення розрахунків відповідно до укладених

договорів, приймання і видачі грошових коштів, проведення інших господарських операцій, а також здійснює контроль за відповідністю взятих бюджетних зобов'язань відповідним бюджетним асигнуванням, паспорту бюджетної програми та відповідністю платежів взятим бюджетним зобов'язанням та бюджетним асигнуванням. Саме головний бухгалтер, як правило, уповноважується установчими документами юридичної особи на підписання у т.ч. розпорядчих і розрахункових документів.

З огляду на сказане, визнавати суб'єктом злочину, передбаченого ст. 210 КК, лише керівника головного розпорядника або розпорядника бюджетних коштів і виключати з кола виконавців головного бухгалтера відповідної установи, фактично спроможного виконати дії, що утворюють об'єктивну сторону бюджетного злочину, неправильно.

Розпорядник бюджетних коштів може уповноважити одержувача бюджетних коштів на виконання заходів, передбачених бюджетною програмою, та надати йому кошти бюджету (на безповоротній чи поворотній основі) в межах відповідних бюджетних асигнувань. Відповідно, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 210 КК, визнаються також службові особи одержувачів бюджетних коштів – суб'єктів господарювання, громадських чи інших організацій, які не мають статусу бюджетної установи, але які уповноважені розпорядником бюджетних коштів на здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою, та отримують на їх виконання кошти бюджету.

З цього приводу у літературі зазначається, що у тому разі, коли юридична особа приватного права отримала бюджетні кошти в рахунок виконання договору поставки, підяду, надання певних послуг, вона наділяється правом власності на ці кошти, що включає можливість розпоряджатися ними на власний розсуд. Якщо ж та сама юридична особа одержує у власність бюджетні кошти для виконання певних державних чи регіональних програм, а також у вигляді фінансової допомоги (дотацій, субвенцій, субсидій), за цим коштами зберігається цільове призначення, і вона зобов'язана використовувати їх виключно на передбачені відповідними нормативно-правовими актами чи рішеннями цілі. Нецільове використання отриманих таким чином бюджетних коштів утворює склад злочину, передбаченого ст. 210 КК<sup>313</sup>.

Вказівка на спеціального суб'єкта злочину у ч. 1 ст. 210 КК є невдалою з редакційної точки зору, оскільки міститься після позначення першої форми об'єктивної сторони аналізованого злочину: «Нецільове використання бюджетних коштів

<sup>312</sup> Архів Березнівського районного суду Рівненської області. Кримінальна справа №1-63 за 2009 р.

<sup>313</sup> Гладун О.З. Вказана праця. – С. 19.



службовою особою...». Тобто при буквальному тлумаченні цієї норми КК можна зробити висновок про те, що спеціальний суб'єкт (службова особа) притаманний не всім проявам злочину, передбаченого ст. 210 КК. Однак із приписів бюджетного законодавства випливає інше, про що йшла мова вище. Більше того: навіть якби ст. 210 КК і не містила вказівки на ознаки спеціального суб'єкта злочину, з урахуванням положень регулятивного законодавства це не вплинуло б на висновок про те, що суб'єкт розглядуваного бюджетного злочину є спеціальним.

Якщо зловживання бюджетними коштами вчинено службовою особою установи (організації), яка не є розпорядником або одержувачем бюджетних коштів, дії винного мають розцінюватись як той чи інший злочин у сфері службової діяльності. Така сама кримінально-правова оцінка має даватись, як вже зазначалось, діям службових осіб тих підприємств, установ, організацій, які відповідно до укладених договорів виконують роботи (надають послуги тощо) для бюджетних установ або одержувачів бюджетних коштів. Зокрема, вказане стосується виконавців державного замовлення – суб'єктів господарювання усіх форм власності, які у порядку, визначеному Законом України від 15 грудня 2005 р. «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб», виготовляють чи поставляють товари (роботи, послуги) для задоволення пріоритетних державних потреб.

З урахуванням соціально-рольової компетенції осіб, які вчиняють злочини, пов'язані з незаконним використанням бюджетних коштів, у літературі пропонується виділяти три групи таких осіб: 1) особи, які, будучи представниками держави, наділені повноваженнями щодо ефективного управління бюджетними коштами; 2) особи, які незаконно отримали бюджетні кошти і, відповідно, порушили порядок отримання та використання бюджетних коштів; 3) особи, які законно отримали бюджетні кошти, однак використали їх не за призначенням, усупереч бюджетному законодавству<sup>314</sup>.

Службові особи органів Державної казначейської служби України, а також місцевих фінансових органів, які сприяли вчиненню розглядуваного злочину, мають притягуватись до кримінальної відповідальності як пособники за ч. 5 ст. 27, ст. 210 КК, а за наявності підстав – і за вчинення злочину у сфері службової діяльності (наприклад, за одержання хабара).

<sup>314</sup> Руфанова В.М. Кримінологічна характеристика та запобігання органами внутрішніх справ злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2011. – С. 9-10.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом.

*Виправдовуючи за відсутністю складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 210 КК, начальника відділу освіти Новокаховської міської ради, яка обвинувачувалась у нецільовому використанні бюджетних коштів на загальну суму 226 675 грн., Новокаховський міський суд Херсонської області виходив із відсутності у діяч підсудної умислу на порушення бюджетного законодавства. Органом досудового слідства вказаний службовій особі інкримінувалось те, що вона, знаючи про фактичне виконання підрядними організаціями робіт не з реконструкції стель і дахів закладів освіти, а з їх поточного ремонту, за рахунок бюджетних коштів, виділених саме на реконструкцію об'єктів, здійснила оплату підрядних робіт з поточного ремонту підзвітних відділу освіти навчальних закладів. У виправдовальному вироку суду зазначається, що підсудна, будучи за фахом вчителем, не розрізняла поняття реконструкції, капітального і поточного ремонту; кошти виділялись навчальним закладам на підставі переліків об'єктів і робіт, які обговорювались на депутатських комісіях і досліджувались спеціалістами, а тому вона вважала, що кошти спрямовувались на фінансування реконструкції шкіл. Допитані у справі як свідки керівники підрядних організацій, які мають будівельну освіту, повідомили, що виконані роботи у приміщеннях навчальних закладів є реконструкцією, оскільки у процесі виконання робіт використовувався новий технологічний матеріал, який має кращі експлуатаційні показники, повністю змінювались конструкції стель, в результаті чого зменшувалось навантаження на несучі конструкції приміщень. Провідний інженер міського відділу освіти пояснив, що всі передбачені договорами підряду роботи були виконані; не було сумнівів у тому, що вказані роботи були реконструкцією, оскільки обсяг виконаних робіт був великий і в їх результаті суттєво змінилися експлуатаційні показники приміщень навчальних закладів. За таких обставин висновок суду про відсутність у діяч начальника міського відділу освіти умислу як обов'язкової суб'єктивної ознаки розглядуваного злочину виглядає переконливим<sup>315</sup>.*

Варто конкретизувати форму вини безпосередньо у тексті аналізованої кримінально-правової норми й особливо з урахуванням того, що окремі вітчизняні дослідники допускають можливість вчинення кримінально каранних порушень бюджетного законодавства з необережності<sup>316</sup>.

<sup>315</sup> Архів Новокаховського міського суду Херсонської області. Справа № 1-481 за 2008 р.

<sup>316</sup> Львов Б., Бенедесюк І. Уголовная ответственность за нарушение бюджетного законодательства // Бизнес. – 12 января 1998 г. – № 1; Мельник Н., Хавронюк Н. Уголовная от-

Р.А. Волинець не погоджується з такою позицією, оскільки умисний характер розгляданого злочину є очевидним в силу специфіки дій, які охоплюються його об'єктивною стороною. До того ж, злочини із формальним складом, за домінуючою в кримінально-правовій літературі думкою, можуть вчинятися виключно з прямим умислом<sup>317</sup>.

Видається, що науковець суперечить сам собі, коли пише, що порушення вимог бюджетного законодавства через необережність за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 367 КК як службова недбалість. Виходить, що бюджетні правопорушення все ж можуть бути вчинені з необережності.

Крім цього, та обставина, що законодавець у ст. 25 КК сформулював необережність як форму вини через ставлення особи до суспільно небезпечних наслідків свого діяння, також навряд чи може слугувати беззаперечним контраргументом стосовно вказаної вище пропозиції, спрямованої на вдосконалення ст. 210 КК. По-перше, у доктрині існує відмінна від пануючої позиція, згідно з якою окремі статті Особливої частини КК передбачають відповідальність за дії (бездіяльність) у вигляді порушення правил, вчинені у т.ч. через необережність<sup>318</sup>. Якщо ми «приспосовуємо» закріплене у ст. 24 КК визначення умислу до злочинів із формальним складом, то чому це саме ми не можемо зробити із законодавчим визначенням необережності? По-друге, Р.А. Волинець пропонує доповнити ст. 210 КК частинами 3 і 4, що передбачатимуть посилену кримінальну відповідальність за кваліфіковані різновиди злочину з матеріальним складом, стосовно яких легальна дефініція необережності «спрацьовуватиме» без будь-якого пристосування.

*Колишню начальницю головного управління сільського господарства і продовольства Івано-Франківської обласної державної адміністрації С. було засуджено за використання коштів державного бюджету в сумі 5,5 млн. грн. всупереч їх цільовому призначенню. Бюджетні кошти були витрачені на компенсацію 174 приватним сільськогосподарським підприємствам збитків, понесених ними від стихійного лиха – градобою. При цьому встановлено відсутність у С. особистої зацікавленості щодо нецільового використання бюджетних коштів; вчинене нею діяння мало на меті допомогти господарствам*

ветствених за порушення бюджетного законодавства // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1997. – № 11. – С. 30.

<sup>317</sup> Волинець Р.А. Вказана праця. – С. 120-121, 127.

<sup>318</sup> Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 163.

*подолати наслідки негоди та відновити свою нормальну роботу, спрямовану на виробництво продовольчої продукції для потреб населення*<sup>319</sup>.

У літературі виокремлюють три групи мотивів, що спонукали осіб до вчинення злочинів проти порядку виконання бюджету, – соціально-корисні, соціально-нейтральні та соціально-шкідливі. В основі такого розподілу покладено спрямованість злочинця на задоволення потреб трудового колективу або певної частини населення (соціально корисні мотиви), корпоративних потреб підприємства, установи, організації (соціально-нейтральні), особистих потреб чи потреб близьких осіб (соціально-шкідливі)<sup>320</sup>.

Заслугує на підтримку думка визнати кваліфікованим різновидом нецільового використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч закону вчинення цього злочину з корисливих мотивів<sup>321</sup>. Пропозиція у такий спосіб диференціювати кримінальну відповідальність, крім всього іншого, враховує позицію судової практики, в межах якої фактична караність злочину, передбаченого ст. 210 КК, залежить у т.ч. від мотивації дій винної особи.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 210 КК) є вчинення його: 1) в особливо великих розмірах; 2) повторно; 3) за попередньою змовою групою осіб.

**Видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету всупереч закону** (ст. 211 КК). **Основний безпосередній об'єкт** злочину – бюджетна система України. При цьому якщо злочин, передбачений ст. 210 КК, порушує порядок виконання бюджетів саме за видатками і порядок кредитування з бюджетів, то ст. 211 КК встановлює караність неправомірної зміни не тільки видаткової (а точніше витратної), а й доходної частини державного і місцевого бюджетів<sup>322</sup>. **Додатковим об'єктом** злочину слід визнавати, зокрема, систему оподаткування в частині встановленого порядку запровадження і справляння податків і зборів<sup>323</sup>.

<sup>319</sup> Архів Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області. Кримінальна справа № 1-517 за 2009 р.

<sup>320</sup> Гладун О.З. Злочини проти порядку виконання бюджету: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 106-118.

<sup>321</sup> Руфанова В.М. Вказана праця. – С. 196; Гладун О.З. Вказана праця. – С. 112.

<sup>322</sup> За останні 4 роки зареєстровано лише 9 злочинів, передбачених ст. 211 КК, однак жодної особи за цією статтею не було засуджено.

<sup>323</sup> Обґрунтовуючи віднесення розгляданого злочину до

Кримінальне законодавство деяких зарубіжних країн містить подібні до ст. 211 КК приписи, призначення яких полягає і в тому, щоб завдяки захисту належного порядку введення та адміністрування податків і зборів попередити заподіяння шкоди праву власності фізичних та юридичних осіб – платників обов'язкових внесків державі. Наприклад, § 353 КК ФРН передбачає караність дій посадової особи, яка завищує розмір податків, зборів або інших виплат для громадської каси, знаючи при цьому про те, що боржник повинен сплачувати значно меншу суму або взагалі нічого не повинен сплачувати. Ст. 437 КК Іспанії встановлює відповідальність для тих посадових осіб і державних службовців, які прямо або опосередковано стягують податки чи тарифи за неналежними преїскурантами і переліками або у більшому розмірі, ніж це вказано у законі. Вимога незаконного податку або збору є злочином у Норвегії. Ст. 432-10 КК Франції передбачає покарання для осіб, які мають публічну владу або є державними службовцями і які вимагають чи стягують як державні збори, внески, податки чи мита кошти, що не підлягають сплаті у такій якості або мають сплачуватись у меншому розмірі. Злочином визнається і незаконне надання з будь-яких мотивів звільнень від сплати вказаних внесків.

*Предмет* злочину, передбаченого ст. 211 КК, – бюджетні кошти у великих розмірах. *Великим розміром* визнається сума, яка в тисячу і більше разів перевищує НМДГ (примітка до ст. 210 КК).

Вказівка у ст. 211 КК на бюджетні кошти ставить питання про можливість кваліфікації за цією статтею тих випадків видання нормативно-правових актів, коли змінюються лише надходження бюджету у бік їх заниження або завищення. Вказані дії стосуються коштів, які на момент видання того чи іншого акта ще не зараховані до бюджету (не перебувають на єдиному казначейському рахунку) та які у зв'язку з цим можуть визнаватись хіба що запланованими бюджетними коштами. Так, А.Ф. Волобуєв і Р.А. Степанюк поділяють бюджетні кошти на: 1) кошти, заплановані у бюджеті, але ще не одержані (планові кошти); 2) кошти, які вже надійшли до

бюджету (наявні кошти)<sup>324</sup>. На користь наведеного розуміння вказують, по-перше, примітка 1 до ст. 210 КК, яка визначає бюджетні кошти як кошти, що включаються (а не включені) до державного і місцевих бюджетів, і, по-друге, п. 11 ч. 1 ст. 2 БК, яка визначає бюджетні кошти як належні відповідно до законодавства надходження бюджету і витрати бюджету. О.З. Гладун визнає планові кошти предметом злочину, передбаченого ст. 211 КК, яка охоплює злочинні діяння щодо майбутніх (запланованих) надходжень чи витрат бюджету<sup>325</sup>.

Разом з тим, щоб усунути ґрунт для суперечливого тлумачення КК і подолати ставлення до ст. 211 КК як до норми, що передбачає караність лише протиправного розподілу бюджетних коштів, у цій кримінально-правовій нормі слід уточнити, що предметом описаних у ній дій є кошти (а не бюджетні кошти) у великих чи особливо великих розмірах.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у виданні службовою особою нормативно-правового акта, що зменшує надходження бюджету або збільшує витрати бюджету всупереч закону.

Для *нормативно-правових актів*, про які йдеться у ст. 211 КК, характерним є те, що вони мають формально визначений характер і містять приписи, обов'язкові для виконання необмеженим і персонально невизначеним колом юридичних та фізичних осіб. Це діючі постійно або протягом певного проміжку часу різноманітні постанови, правила, положення, накази, порядки, роз'яснення, інструкції, інструктивні листи тощо. На кваліфікацію за ст. 211 КК не впливає те, яку сферу застосування має той чи інший нормативно-правовий акт – загальнодержавну, місцеву, міжвідомчу або відомчу. Прикладом нормативно-правового акта у бюджетній сфері є рішення про місцевий бюджет. Згідно зі ст. 2 БК – це нормативно-правовий акт Верховної Ради АРК чи відповідної місцевої ради, виданий у встановленому порядку, що затверджує місцевий бюджет та визначає повноваження Ради міністрів АРК, місцевої державної адміністрації або виконавчого органу місцевого самоврядування здійснювати виконання місцевого бюджету протягом бюджетного періоду<sup>326</sup>.

Від нормативно-правових актів треба відрізнити розпорядчі акти: останні поширюють свою дію на

<sup>324</sup> Волобуєв А., Степанюк Р. Особливості механізму злочинних порушень бюджетного законодавства // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 4. – С. 200-201.

<sup>325</sup> Гладун О.З. Злочини проти порядку виконання бюджету: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 19.

<sup>326</sup> Бюджетний період для всіх бюджетів, що складають бюджетну систему України, становить один календарний рік, який починається 1 січня кожного року і закінчується 31 грудня того ж року.

посягань на систему оподаткування, Р.Ю. Гревцова слушно зазначає, що за ст. 211 КК «за наявності підстав може наставати кримінальна відповідальність за незаконне встановлення обов'язкових внесків державі, незаконне стягнення цих внесків та незаконне звільнення платників від їхньої сплати» (Гревцова Р.Ю. Кримінальна відповідальність за податкові злочини в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 139). На думку С.Г. Пепеляєва, вказані неправомірні діяння, будучи спрямованими проти законного встановлення, введення і справляння податків, утворюють одну з груп податкових правопорушень, а саме правопорушення проти системи податків (Пепеляєв С.Г. Налоги: реформи и практика. – М.: Статут, 2005. – С. 193).



конкретно визначених у них суб'єктів і мають одноразове застосування. Видання розпорядчого акта, який неправомірно зменшує надходження бюджету або збільшує витрати бюджету (наприклад, прийняття головою райдержадміністрації одноособово розпорядження про виділення юридичній особі – суб'єкту підприємницької діяльності безпроцентного кредиту за рахунок перевищення доходної частини районного бюджету), не утворює складу розглядуваного злочину, однак за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 210 КК. У зв'язку з цим неточним є твердження про те, що виключення розпорядчих актів з диспозиції ст. 211 КК унеможливає притягнення до відповідальності службових осіб, котрі прийняли акти, дія яких розповсюджується на визначене коло осіб, які мають разове застосування та зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету всупереч закону<sup>327</sup>.

За своїм змістом нормативно-правові акти, вказані у ст. 211 КК, характеризуються тим, що вони всупереч закону зменшують надходження бюджету<sup>328</sup> або збільшують витрати бюджету<sup>329</sup>. До таких нормативно-правових актів можуть бути віднесені, наприклад, акти, які: змінюють об'єкти, ставки або строки сплати до бюджетів податків і зборів; передбачають списання заборгованості зі сплати обов'язкових платежів, у т.ч. неподаткового характеру; запроваджують нові види податків і зборів, не передбачені ПК; надають пільги щодо податків і зборів або позбавляють таких пільг; передбачають використання коштів одних статей видатків бюджету на фінансування інших або використання коштів одних бюджетів на фінансування видатків інших бюджетів; передбачають скорочення захищених видатків бюджету<sup>330</sup>; змінюють склад доходів, що закріплюються за доходами місцевих бюджетів і враховуються при визначенні обсягів міжбюджетних

<sup>327</sup> Гладун О.З. Вказана праця. – С. 91.

<sup>328</sup> Надходження бюджету – це доходи бюджету, повернення кредитів до бюджету, кошти від державних (місцевих) запозичень, кошти від приватизації державного майна (щодо державного бюджету), повернення бюджетних коштів з депозитів, надходження внаслідок продажу (пред'явлення) цінних паперів.

Доходи бюджету класифікуються таким чином: 1) податкові надходження – передбачені законами України про оподаткування загальнодержавні і місцеві податки і збори; 2) неподаткові надходження – доходи від власності та підприємницької діяльності, адміністративні збори та платежі, доходи від некомерційної господарської діяльності тощо; 3) доходи від операцій з капіталом; 4) трансферти – кошти, одержані від інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування, інших держав або міжнародних організацій на безоплатній та безпово-ротній основі.

<sup>329</sup> Витрати бюджету – це видатки бюджету, надання кредитів з бюджету, погашення боргу та розміщення бюджетних коштів на депозитах, придбання цінних паперів.

<sup>330</sup> Захищеними видатками Державного бюджету України є видатки, перераховані у ст. 55 БК.

трансфертів<sup>331</sup>; змінюють встановлені БК і законом про Державний бюджет України на відповідний рік нормативи відрахувань податкових платежів (наприклад, нормативи відрахувань податку на доходи фізичних осіб до бюджетів місцевого самоврядування); устанавлюють неперахування або неповне перерахування до бюджету коштів, отриманих бюджетною установою від надання послуг, виконання робіт, інших дій на платній основі, тощо.

П. 11 ст. 23 БК забороняє без внесення змін до закону про Державний бюджет України (рішення про місцевий бюджет) збільшувати бюджетні призначення за загальним та спеціальним фондами державного бюджету (місцевого бюджету) на: 1) оплату праці працівників бюджетних установ за рахунок зменшення інших видатків; 2) видатки за бюджетними програмами, пов'язаними з функціонуванням органів державної влади (органів влади АРК та органів місцевого самоврядування), за рахунок зменшення видатків за іншими бюджетними програмами. Порушення цієї заборони шляхом видання відповідного нормативно-правового акта може утворювати склад аналізованого злочину. Сказане стосується також порушення: 1) закріпленої у ч. 6 ст. 45 БК, за загальним правилом, заборони на проведення розрахунків з бюджетом у негрошовій формі, у т.ч. шляхом взаємозаліку, застосування векселів, бартерних операцій та зарахування зустрічних платіжних вимог у фінансових установах; 2) передбаченої ч. 10 ст. 79 БК і адресованої органам державної влади та їх посадовим особам заборони приймати після набрання чинності законом про Державний бюджет України рішення, що призводять до виникнення додаткових витрат місцевих бюджетів, без визначення джерел коштів, виділених державою для забезпечення цих витрат.

Вказівка у ст. 211 КК на те, що нормативно-правовий акт видається всупереч закону, означає видання його з порушенням вимог БК. Визначення структури, обсягу надходжень і витрат державного і місцевого бюджетів є виключною прерогативою, відповідно, Верховної Ради України, Верховної Ради АРК та органів місцевого самоврядування. Внесення змін, уточнень і доповнень до бюджетів протягом бюджетного періоду здійснюється в порядку, встановленому для затвердження відповідних бюджетів.

Під виданням *нормативно-правового акта слід розуміти* як одноособове прийнят-

<sup>331</sup> Міжбюджетні трансферти – це кошти, які безоплатно і безповоротно передаються з одного бюджету до іншого. Міжбюджетні трансферти поділяються на: 1) дотацію вирівнювання; 2) субвенції; 3) кошти, що передаються до державного бюджету та місцевих бюджетів з інших місцевих бюджетів; 4) додаткові дотації.

тя і підписання такого документа службовою особою, так і затвердження нею акта, прийнятого (схваленого) певним колегіальним органом. В останньому випадку не має значення, чи збігається з позицією самої службової особи рішення колегіального органу, яке може носити як обов'язковий, так і дорадчий характер. Крім цього, якщо видання відповідного нормативно-правового акта стає результатом виконання рішення колегіального органу, яке є остаточним і обов'язковим, кожний учасник такого органу, котрий голосуванням чи в інший спосіб сприяв його прийняттю, має нести кримінальну відповідальність як виконавець злочину<sup>332</sup> (за умови, звичайно, що цей учасник визнається службовою особою).

Злочин вважається закінченим з моменту видання службовою особою відповідного акта. Та обставина, чи набрав цей акт законної сили, не впливає на визнання злочину закінченим. Заподіяння в результаті видання нормативно-правового акта суспільно небезпечних наслідків перебуває за межами складу розглядуваного злочину і потребує самостійної кримінально-правової оцінки.

Якщо видання нормативно-правового акта, що незаконно збільшує витрати бюджету, поєднується із нецільовим використанням бюджетних коштів або здійсненням видатків бюджету, або надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч закону, вчинене потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 210 і ст. 211 КК.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого ст. 211 КК, – спеціальний. Це особа, уповноважена видавати акти, пов'язані із впорядкуванням надходжень і витрат бюджетів<sup>333</sup>. У тому разі, коли відповідний нормативно-правовий видається іншою службовою особою, її дії за наявності підстав можуть кваліфікуватися за ст. 365 КК як перевищення влади.

**Суб'єктивна сторона** аналізованого злочину характеризується прямим умислом. Якщо відповідний акт видано службовою особою через необережність (наприклад, внаслідок неправильного тлумачення положень бюджетного законодавства), вчинене за наявності ознак

<sup>332</sup> Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 287.

<sup>333</sup> На думку В.М. Киричка та О.І. Перепелиці, суб'єктом розглядуваного злочину може визнаватися будь-яка службова особа, а не лише та службова особа, яка є головним розпорядником або розпорядником бюджетних коштів (Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 152-153).

складу злочину, передбаченого ст. 367 КК, може розцінюватися як службова недбалість.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 211 КК) є вчинення його в особливо великих розмірах (згідно з приміткою до ст. 210 КК це сума, яка у три тисячі і більше разів перевищує НМДГ) або повторно.

## 9.5. Злочини проти встановленого порядку переміщення предметів через митний кордон України

**Контрабанда** (ст. 201 КК). **Основним безпосереднім об'єктом** злочину є встановлений порядок переміщення відповідних предметів через митний кордон України, який забезпечує здійснення митного контролю і митного оформлення предметів, а також стягнення передбачених законодавством обов'язкових платежів.

Нагадаємо, що у радянській кримінально-правовій доктрині родовим об'єктом контрабанди визнавалися засади господарської могутності держави, інтереси останньої в сфері соціалістичного господарювання, а безпосереднім об'єктом – монополія держави на зовнішньоторговельну діяльність. В юридичній літературі стверджувалось, що особа, яка займається контрабандою, у такий спосіб привласнює собі функції Радянської держави в галузі зовнішньої торгівлі і порушує її монополію на імпорт та експорт будь-якої продукції, промислових товарів і цінностей<sup>334</sup>.

Залежно від того, що конкретно незаконно переміщується через митний кордон і яким саме відносинам при цьому заподіюється шкода, здоров'я населення, громадська безпека або порядок охорони культурної спадщини може розглядатись як *додатковий об'єкт* контрабанди.

До моменту набрання чинності Законом України від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності», на підставі якого ст. 201 КК було викладено у новій редакції, одним із додаткових об'єктів контрабанди вважалась фінансова діяльність держави, а точніше – система оподаткування. Позиція, згідно з якою кримінально-правова норма про контрабанду захищала систему оподаткування країни, а ухилення від сплати податкових платежів у більшості випадків (але не завжди) було іманентно притаманне так званій господарській контрабанді, підтверджується зверненням до історії кримінального права<sup>335</sup>.

<sup>334</sup> Сучков Ю.И. Контрабанда и ответственность. – Калининград, 1976. – С. 4.

<sup>335</sup> Так, дореволюційний вчений С.В. Познишев нази-

Систему оподаткування і сьогодні, на нашу думку, є підстави визнавати додатковим об'єктом контрабанди. Так, зі ст. 210 ПК («Спеціальний режим оподаткування діяльності щодо виробів мистецтва, предметів колекціонування або антикваріату») впливає, що операції з вивезення культурних цінностей у митному режимі експорту підлягають оподаткуванню ПДВ.

Вирішуючи проблему часткової декриміналізації контрабанди, вітчизняний законодавець під час ухвалення 5 квітня 2001 р. чинного КК не наважився вилучити звичайні товари з кола предметів аналізованого господарського злочину. Вочевидь, були взяті до уваги міркування про те, що нелегальний імпорт в Україну високооподатковуваних товарів (передусім алкогольних напоїв, тютюнових виробів, побутової радіоелектроніки, продуктів харчування, нафтопродуктів) завдає істотної шкоди системі оподаткування, а нелегальний експорт товарів може слугувати істотним фактором дестабілізації внутрішнього ринку споживчих товарів. Не викликає сумнівів, що соціальна обумовленість кримінально-правової заборони контрабанди товарів значною мірою (однак не повністю) визначалась тим, що це діяння характеризується приховуванням або заниженням об'єкта митного оподаткування і, внаслідок цього, несплатою (неповною сплатою) обов'язкових внесків державі – митних платежів.

З приводу того, що виключення вказівки на товари із диспозиції ст. 201 КК, здійснене відповідно до Закону від 15 листопада 2011 р., було явно не на часі, що країна економічно навряд чи була готова до такого кроку, наведемо всього один, але вельми красномовний факт. На одному із нещодавніх засідань РНБО України у контексті подолання контрабандних схем ввезення у нашу країну м'яса та м'ясопродуктів висувалась ідея внесення до КК таких змін, які б дозволяли притягувати до кримінальної відповідальності за контрабанду невеликих партій вказаних товарів<sup>336</sup>.

вав контрабанду різновидом несплати податків і мита, яка в свою чергу визнавалась посяганням на фінансову сферу, фінансове благополуччя держави (Тюнин В.И. Экономические преступления в системе дореволюционного уголовного права (эволюция научных представлений) // Государство и право. – 2000. – № 11. – С. 79-80). Один з основоположників соціологічної школи кримінального права Е. Феррі, який розробив власну систему заходів, здатних ефективно протидіяти злочинності, до таких заходів відносив зменшення митних тарифів для попередження контрабанди (Малиновский А.А. Уголовное право зарубежных государств. – М.: Новый Юрист, 1998. – С. 11). Ч. Беккарія писав, що контрабанда породжується самим законом, оскільки із збільшенням мита зростає і прибуток від цього злочину, а, отже, спокуса його вчинити (Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / Сост. и предисл. В.С. Овчинского. – М.: ИНФРА-М, 2008. – С. 140-141).

<sup>336</sup> По корупції вдарять комплексно // Голос України. – 3 березня 2005 р. – № 41.

Тобто економічна ситуація змушувала державних діячів задумуватись не про декриміналізацію контрабанди товарів, а, навпаки, про часткову криміналізацію поведінки у сфері ЗЕД. На те, що для сьогоднішньої України характерною є саме економічна контрабанда – контрабанда товарів народного споживання, вказують і практичні працівники митних органів<sup>337</sup>. Захист інтересів держав, економіка яких ґрунтується на вивезенні сировини і напівфабрикатів, а продовольча безпека забезпечується в основному за рахунок імпорту, має здійснюватись за допомогою кримінально-правових заходів. Крім цього, декриміналізація торговельної контрабанди означає, що викриття осіб, винних в її вчиненні, повинне здійснюватись у межах адміністративного провадження без застосування оперативно-розшукових заходів, а тому у багатьох випадках не може розраховувати на успіх<sup>338</sup>. Тим більше, що у літературі відзначають високу латентність контрабанди, зумовлену характером і особливостями цього злочину – відсутністю потерпілого та, як наслідок, інформації про злочин, глибокою конспірацією, ретельно спланованою підготовкою, відсутністю свідків і видимих слідів злочину<sup>339</sup>. Не варто було відкидати і психологічну неготовність до здійсненої декриміналізації, обумовлену традиційним особливим ставленням населення до кордону державного і, під його впливом, до кордону митного.

З іншого боку, викладення ст. 201 КК у новій редакції певною мірою узгоджується зі ст. 278 Модельного КК для держав-учасниць СНД, яка до предметів економічної контрабанди відносить лише речі і цінності, заборонені або обмежені до переміщення через митний кордон держави, а також інші товари і предмети, стосовно яких встановлені спеціальні правила переміщення через митний кордон.

Звернемо увагу і на умовність словосполучення «декриміналізація товарної (торговельної) контрабанди»<sup>340</sup>. Декриміналізація – це, як

<sup>337</sup> Салагор М. Щодо проблемних питань митних органів Західного регіону // Митна газета. – Квітень 2005 р. – № 8.

<sup>338</sup> Остапенко В. Реформирование таможенного законодательства и уголовная ответственность за контрабанду // Уголовное право. – 2010. – № 3. – С. 117. Про аргументи на користь протилежної позиції, яка врешті-решт взяла гору під час ухвалення Закону від 15 листопада 2011 р. див., наприклад: Галочка Г.В. Декриміналізація «товарної» контрабанди – одне з основних завдань реформування діяльності митної служби України // Митна безпека. – 2010. – № 2. – С. 51-55. Фактично позначену проблему було вирішено вирішувати лише під кутом економічної рентабельності розкриття і розслідування відповідних порушень митного законодавства.

<sup>339</sup> Омельчук О.М. Контрабанда за кримінальним правом України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2002. – С. 28, 34.

<sup>340</sup> Так, Є.Л. Стрельцов та А.А. Притула ведуть мову про усунення злочинності контрабанди товарів у великих розмірах (Стрельцов Є.Л., Притула А.М. Контрабанда: склад злочину:



відомо, виключення злочину з кола кримінально каранних діянь, скасування кримінальної відповідальності за його вчинення. Але якщо незаконне переміщення товарів через митний кордон України поєднується з ухиленням від сплати обов'язкових платежів, які стягуються митницею, входять у систему оподаткування і безпосередньо пов'язані з переміщенням товарів через митний кордон (конкретно йдеться про мито, ПДВ і акцизний податок), вчинене за наявності підстав має кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 212 КК як ухилення від сплати податків і зборів. Пропонована кримінально-правова оцінка ґрунтується, зокрема, на тому, що ст. 212 КК не конкретизує спосіб ухилення від сплати податкових платежів, а, отже, таким способом може бути і недотримання митних процедур.

Тут вважаємо за доречне нагадати, що за попередньої редакції ст. 201 КК Пленум ВСУ послідовно обстоював позицію, відповідно до якої контрабанда, якщо метою незаконного переміщення товарів через митний кордон було ухилення від сплати належних обов'язкових платежів, мала кваліфікуватись за наявності до цього підстав за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 201, 212 КК. Так, про кваліфікацію за вказаною сукупністю злочинів говорилось у п. 17 постанови від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» і п. 11 постанови від 3 червня 2005 р. № 8 «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил».

Декларування товарів під іншим кодом УКТ ЗЕД, умисне заниження митної вартості, повідомлення інших завідомо недостовірних відомостей під час митного оформлення товарів (зокрема, про країну походження, митний режим, належність і мету їх використання) за наявності ознак складу злочину, передбаченого ст. 222 КК, має розцінюватись як шахрайство з фінансовими ресурсами (надання завідомо неправдивої інформації з метою отримання пільг щодо податків) або кваліфікуватись за ст. 212 КК<sup>341</sup>.

Цікаво, що у деяких зарубіжних країнах законодавець рухається шляхом створення спеціальних складів злочинів, ознаки яких враховують специфіку порушень у митній сфері. Науково-практичний коментар. – Одеса: Фенікс, 2012. – С. 4).

<sup>341</sup> Більш детально про спрямованість господарської контрабанди проти системи оподаткування див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 415-418, 774-788.

За відсутності ознак складу злочину ухилення від сплати митних платежів має кваліфікуватись за ст. 485 МК.

приклад, згідно зі ст. 242 а КК Болгарії злочин проти митного режиму скоює той, хто переміщує через державний кордон товар з документами для транзитного переміщення і в порушення встановленого порядку розвантажує товар на території країни. Відсутність подібного припису у КК РФ вважається прогалиною, яка не дозволяє давати поведінці порушників митного законодавства юридичну оцінку, адекватну її суспільній небезпеці<sup>342</sup>. У КК Литви поряд із нормою про контрабанду (ст. 199) міститься норма, що передбачає відповідальність того, хто протиправно не вивіз з Литовської республіки товари чи продукцію певної вартості, які за документами транзиту або експорту мали бути вивезені.

Окремим предметом контрабанди згідно з попередньою редакцією ст. 201 КК визнавались стратегічно важливі сировинні товари, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України. До таких товарів доктрина у порядку тлумачення кримінального закону відносила передусім ті сировинні товари, на які поширюється режим ліцензування і квотування зовнішньоекономічних операцій (ст. 381 ГК, ст. 16 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність»), а так само товари, дозвіл на вивезення яких видається спеціально уповноваженим органом – Державною службою експортного контролю України. Відзначалось, що обмеження стосовно вивезення з України деяких сировинних товарів можуть встановлюватись окремими законами. Так, стратегічно важливим сировинним товаром як предметом контрабанди визнавались лісоматеріали та пиломатеріали цінних і рідкісних порід дерев, вивезення яких за межі митної території України заборонено законом (Закон «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язаної з реалізацією та експортом лісоматеріалів»).

Основна проблема, пов'язана із згадуванням у попередній редакції ст. 201 КК стратегічно важливих сировинних товарів, полягала у некритичному (механічному) запозиченні досвіду російського законодавця, який у цьому разі був, до того ж, морально застарілим<sup>343</sup>. Щодо змісту

<sup>342</sup> Душкин С., Русов С. Уголовное законодательство стран дальнего зарубежья о преступлениях в сфере таможенного дела // Уголовное право. – 2002. – № 2. – С. 18.

<sup>343</sup> Постанови уряду РФ, які раніше містили нормативне визначення і конкретні переліки стратегічно важливих сировинних товарів (пшениця, природний газ, нафта і нафтопродукти, електроенергія, рибна ікра, ділова деревина тощо) і закріплювали спеціальний порядок їх експорту, свою чинність втратили, а питання про те, що зараз потрібно розуміти під такими товарами з погляду кримінальної відповідальності за контрабанду в російській юридичній літературі належить до числа спірних (Волженкин Б.В. Преступления в сфере экономической деятельности (экономические преступления). –

розглядуваного оціночного поняття фахівці висловлювали різні точки зору, а Пленум ВСУ у постанові від 3 червня 2005 р. № 8 «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил» не давав з цього приводу жодних роз'яснень. Якщо виходити з необхідності окремої вказівки у нормі КК про контрабанду на стратегічно важливі сировинні товари, то відповідний перелік варто було визначити у нормативному порядку; це дозволило б формалізувати вимоги кримінального закону. Український законодавець вирішив проблему більш радикально, взагалі виключивши зі ст. 201 КК вказівку на стратегічно важливі сировинні товари, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України.

Оскільки законодавець вирішив позбутись господарської контрабанди, традиційне розміщення аналізованої кримінально-правової заборони у розділі VII Особливої частини КК не може бути визнане виправданим. У цьому плані показовою є позиція Н.О. Гуторової, яка, запропонувавши декриміналізувати контрабанду предметів, не вилучених з вільного цивільного обігу, водночас висунула ідею розглядати протиправне переміщення предметів, вилучених з вільного обігу, а також культурних цінностей як злочини проти громадської безпеки і громадського порядку<sup>344</sup>. «...переміщення отруйних, сильнодіючих, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів, зброї та боєприпасів (крім гладко ствольної мисливської зброї та бойових припасів до неї), спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації не може утворювати контрабанду як злочин у сфері господарської діяльності. Переміщення цих предметів має визнаватись суспільно небезпеч-

СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 402–403; Пикуров Н.И. Комментарий к судебной практике квалификации преступлений на примере норм с бланкетными диспозициями. – М.: Изд-во Юрайт, 2009. – С. 486–487).

З урахуванням того, що законодавство України не містило переліку стратегічно важливих сировинних товарів, щодо яких встановлено відповідні правила вивезення за межі України, Н.О. Гуторова взагалі висловила думку про неможливість застосування ст. 201 КК у частині встановлення відповідальності за контрабанду зазначених товарів (Гуторова Н.О. Механізм кримінально-правового впливу на суспільні відносини у сфері господарської діяльності // Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. – Вип. 54. – Одеса: Юрид. літ., 2010. – С. 250–251). Про неможливість скомпонувати у розглядуваній ситуації з чинного нормативного матеріалу логічну правову норму, що є свідченням неповноцінності правового регулювання і прорахунком законодавця, писала і Г.З. Яремко (Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – С. 25–26).

<sup>344</sup> Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С.111, 168–169, 201.

ним вже саме по собі (це впливає з їх основного призначення – ураження живої цілі, знищення чи пошкодження оточуючого середовища, підрив авторитету органів державної влади тощо), отже, відповідальність за такі дії слід передбачити в межах злочинів проти громадської безпеки та авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян»<sup>345</sup>. Не виключається і варіант, за якого норма про контрабанду взагалі може зникнути з розділу VII Особливої частини КК, – якщо відповідальність за незаконне переміщення через митний кордон культурних цінностей буде передбачена як за злочин проти моральності (розділ XII Особливої частини КК)<sup>346</sup>.

Цікаво, що на підставі Федерального закону РФ від 7 грудня 2011 р. ст. 226.1, яка передбачає відповідальність за контрабанду сильнодіючих, отруйних, отруйних, вибухових, радіоактивних речовин, радіаційних джерел, ядерних матеріалів, вогнепальної зброї або її основних частин, вибухових пристроїв, боєприпасів, зброї масового ураження, засобів її доставки, іншого озброєння, іншої військової техніки, а також матеріалів та обладнання, які можуть бути використані при створенні зброї масового ураження, засобів її доставки, іншого озброєння, іншої військової техніки, а також стратегічно важливих товарів та ресурсів або культурних цінностей», розміщено у главі 24 «Злочини проти громадської безпеки».

В законодавстві України усі предмети контрабанди поділяються на дві групи.

По-перше, це предмети, переміщення яких через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контро-

<sup>345</sup> Музика А.А., Савченко А.В., Процюк О.В., Сіленко В.В., Горох О.П. Кримінальна відповідальність за контрабанду: національний та міжнародний досвід. – К.: ПАЛІВОДА А.В., 2011. – С. 263–264. Пропозиція виділити в окремий склад злочину проти громадської безпеки, відмінний від «звичайної» (господарської) контрабанди (ст. 201 КК), контрабанду предметів, обіг яких обмежено або які вилучено з вільного цивільно-правового обігу, висувалась у доктрині і раніше (Процюк О. В. Кримінальна відповідальність за контрабанду: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 61–62, 85–90, 122–123, 191, 204, 208, 255).

<sup>346</sup> Савченко А.В. Кримінальна відповідальність за контрабанду: наскільки вдалим є нові зміни до ст. 201 КК України? // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: Матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 457–458. А.А. Притула висуває пропозицію включити статтю про контрабанду до розділу IX Особливої частини КК («Злочини проти громадської безпеки»), виключивши її з розділу VII (Притула А.А. Контрабанда: родовий об'єкт злочину // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: Матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 434).

лю утворює склад злочину, передбаченого ст. 201 КК: а) культурні цінності; б) отруйні, сильнодіючі, вибухові речовини та радіоактивні матеріали; в) зброя та боєприпаси (крім гладкоствольної мисливської зброї та бойових припасів до неї); г) спеціальні технічні засоби негласного отримання інформації.

По-друге, це предмети, переміщення яких через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю утворює склад злочину, передбаченого ст. 305 КК: а) наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги, прекурсори; б) фальсифіковані лікарські засоби.

Виокремлення ст. 305 КК як спеціальної кримінально-правової норми є недоцільним. Караність за дії, вказані у цій статті, має передбачатись у межах ст. 201 КК<sup>347</sup>.

Вільний обіг предметів двох вказаних груп згідно з чинним законодавством може істотно обмежуватись, і для переміщення їх через митний кордон, як правило, потрібен спеціальний дозвіл. Специфіка предмета злочину у таких ситуаціях зумовлює необхідність кваліфікації за сукупністю злочинів (застосуванню, крім ст. 201 і ст. 305 КК, підлягають, зокрема, статті 263, 265, 267, 307, 309, 321 КК).

У п. 57 ч. 1 ст. 1 МК від 13 березня 2012 р. міститься визначення поняття «товари» – це будь-які рухомі речі, у т.ч. ті, на які законом поширено режим нерухокої речі (крім транспортних засобів комерційного призначення), валютні цінності<sup>348</sup>, культурні цінності, а також електроенергія, що переміщується лініями електропередачі.

Переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю предметів за винятком тих, які безпосередньо названі в диспозиціях ст. 201 і ст. 305 КК, є адміністративним правопорушенням і кваліфікується, за загальним правилом, відповідно, за ст. 482 або ст. 483 МК. Порушення порядку здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю, тягне за собою кримінальну

<sup>347</sup> Музика А.А., Савченко А.В., Процюк О.В., Сіленко В.В., Горох О.П. Кримінальна відповідальність за контрабанду: національний та міжнародний досвід. – К.: ПАЛІВОДА А.В., 2011. – С. 272-273.

<sup>348</sup> Оскільки відповідно до п. 39 ч. 1 ст. 1 МК, який набрав чинності з 1 січня 2004 р., поняттям «товари» охоплювались і валютні цінності, то починаючи зі вказаної дати переміщення через митний кордон України валюти та інших валютних цінностей, вчинене у великих розмірах, за наявності всіх інших ознак складу злочину, могло кваліфікуватися за ст. 201 КК. Фактично український законодавець, ухвалюючи у 2002 р. МК із закріпленням у ньому широким і, вочевидь, економічно некоректним визначенням поняття «товари», відновив кримінальну відповідальність за контрабанду валюти, декриміналізовану у зв'язку з ухваленням і набранням чинності КК 2001 р.

відповідальність за ст. 333 КК.

Не є предметами контрабанди:

1) особисті речі – це товари, нові і такі, що були у вжитку, призначені для задоволення звичайних повсякденних потреб фізичної особи, які відповідають меті перебування зазначеної особи в Україні або за кордоном, переміщуються через митний кордон України і не призначені для підприємницької діяльності, відчуження або передачі іншим особам (п. 36 ч. 1 ст. 4 МК)<sup>349</sup>; твори, що пропагують культ насильства і жорстокості, а також порнографічні предмети, що ввозяться в Україну з метою їх збуту чи розповсюдження. Таке їх ввезення має кваліфікуватися за ст. 300 або ст. 301 КК;

2) продукція, що містить заклики до насильницького повалення чи зміни конституційного ладу, порушення територіальної цілісності і недоторканності України, заклики до агресивної війни або геноциду. За умови доведеності відповідного умислу її ввезення в Україну може розглядатись як готування до злочинів, передбачених, відповідно, ст. ст. 109, 110, 436, 442 КК;

3) підроблена національна валюта України, іноземна валюта, державні цінні папери, білети державної лотереї. Їх переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, здійснюване з метою збуту, треба кваліфікувати як готування до їх збуту (ст. ст. 14, 199 КК);

4) об'єкти тваринного і рослинного світу (зоологічні і ботанічні колекції, тварини і рослини, занесені до Червоної книги України тощо). Їх незаконне вивезення з України або ввезення на її територію тягне за собою адміністративну відповідальність за ст. 88 КпАП

*Культурними цінностями* як предметом злочину, передбаченого ст. 201 КК, визнаються об'єкти матеріальної та духовної культури, що мають художнє, історичне, етнографічне та наукове значення і підлягають збереженню, відтворенню та охороні відповідно до законодавства України (ст. 1 Закону «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей», п. 18 ч. 1 ст. 4 МК). Вживання у попередній редакції ст. 201 КК між словами «історичні» і «культурні» сполучника «та» було помилковим, викликало суперечливі тлумачення кримінального закону, а тому виключення з аналізованої кримінально-правової норми окремої вказівки на історичні цінності є правильним.

До культурних цінностей належать, наприклад, оригінальні художні твори живопису, графіки та скульптури, предмети, пов'язані з історичними подіями, розвитком суспільства

<sup>349</sup> Перелік речей, які можуть бути віднесені до особистих речей громадян, наведений у ст. 370 МК.



та держави, історією науки і культури, предмети музейного значення, знайдені під час археологічних розкопок, старовинні книги та інші видання, що становлять історичну, художню, наукову та літературну цінність, окремо чи в колекції. Вивезення культурних цінностей з України здійснюється за наявності спеціального дозволу (свідоцтва), який видається власнику культурних цінностей або уповноваженій ним особі в установленому законом порядку<sup>350</sup>. Предметом злочину визнаються і ті культурні цінності, які не підлягають вивезенню з України. Це: а) культурні цінності, занесені до Державного реєстру національного культурного надбання; б) культурні цінності, включені до Національного архівного фонду; в) культурні цінності, включені до Музейного фонду України.

Сувенірні вироби, предмети культурного та ужиткового призначення серійного і масового виробництва, на вивезення (тимчасове вивезення) яких дозвіл Державної служби контролю за переміщенням культурних цінностей не потрібен, не є культурними цінностями, але їх незаконне переміщення через митний кордон може розцінюватися як те чи інше митне правопорушення (наприклад, передбачене ст. 482 або ст. 483 МК).

До зброї як предмета контрабанди потрібно відносити: 1) вогнепальну зброю; 2) ядерну, хімічну, біологічну та інші види зброї масового знищення; 3) холодну зброю<sup>351</sup>; 4) пневматичну зброю калібру понад 4,5 мм і швидкістю польоту кулі понад 100 метрів за секунду; 5) комбіновану зброю; 6) вибухову зброю.

Згідно з чинним законодавством України не визнаються зброєю: електрошокові пристрої; спеціальні засоби, що застосовуються правоохоронними органами; спеціальні засоби самооборони тощо. Але переміщення через митний кордон патронів до газових пістолетів і револьверів, заряджених, наприклад, речовинами нервово-

<sup>350</sup> Положення про Державну службу контролю за переміщенням культурних цінностей через державний кордон України затверджене постановою КМУ від 20 червня 2000 р. № 983, Інструкція про порядок оформлення права на вивезення, тимчасове вивезення культурних цінностей та контролю за їх переміщенням через державний кордон України – наказом Міністерства культури і мистецтв України від 22 квітня 2002 р. № 258, а Перелік культурних цінностей, на які встановлено обмеження щодо переміщення через митний кордон України, – постановою КМУ від 21 травня 2012 р. № 436.

<sup>351</sup> Заслугує на увагу думка про те, що незаконне переміщення фізичними особами через митний кордон одичаних екземплярів окремих видів холодної зброї, наприклад, для поповнення колекції, може визнаватися малозначним діянням (ч.2 ст. 11 КК), за вчинення якого доцільно запровадити адміністративну відповідальність (Омельчук О.М. Контрабанда за кримінальним правом України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2002. – С. 78).

паралітичної дії, за наявності до цього підстав може кваліфікуватися за ст. 201 КК як контрабанда отруйних або сильнодіючих речовин.

Аналізована стаття КК не містить окремої вказівки на основні частини зброї. За ст. 201 КК як контрабанда зброї має кваліфікуватись незаконне переміщення через митний кордон України складових частин, деталей і вузлів зброї, комплект яких дозволяє виготовити придатну для використання зброю, за умови, що умисел винної особи був направлений на вчинення контрабанди зброї в цілому, а не її частин. Як слушно зазначається в літературі, розбирання при цьому зброї на складові частини може бути здійснене для її більш надійного приховування від митного контролю, у т.ч. для розміщення у тайниках<sup>352</sup>.

Для вирішення питання про те, чи є предмет культурною цінністю, отруйною, сильнодіючою, вибуховою речовиною, радіоактивним матеріалом, зброєю або боєприпасами, а також спеціальним технічним засобом негласного отримання інформації<sup>353</sup> можуть бути потрібні спеціальні знання фахівців, які мають залучатися для проведення мистецтвознавчої, фізико-хімічної, криміналістичної або інших експертиз.

**Об'єктивна сторона** контрабанди виражається у діях, які полягають у переміщенні певним способом відповідних предметів через митний кордон України. Під переміщенням через митний кордон треба розуміти ввезення на митну територію України, вивезення з цієї території або транзит через територію України предметів у будь-який спосіб. Предмети контрабанди можуть бути переміщені через сухопутний, морський або повітряний кордон як разом з особами, які його перетинають, так і окремо від них, наприклад, у разі відправлення предметів у несупроводжуваному багажі, вантажних відправленнях або міжнародних поштових відправленнях.

*Переїжджаючи із США в Україну на постійне місце проживання, Т. доручив СП «Міст» перемістити на територію України у міжнародному поштовому відправленні належне йому майно. При цьому Т. у супровідному описі умисно не повідомив про те, що у поштовому відправленні знаходяться заборонені для переміщення предмети – револьвер 38-го*

<sup>352</sup> Михайлов В.И., Федоров А.В. Таможенные преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 1999. – С. 32-33.

<sup>353</sup> Про поняття отруйних і сильнодіючих речовин, радіоактивних матеріалів, вибухових речовин, бойових припасів, зброї, спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації див., наприклад: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 577-578, 803, 1029-1030; Стрельцов Є.Л., Притула А.М. Контрабанда: склад злочину: науково-практичний коментар. – Одеса: Фенікс, 2012. – С. 11-22. Див. також глави 11, 15 і 17 підручника.

калібру, дрібнокаліберна гвинтівка, боеприпаси до вогнепальної зброї загальною кількістю 1036 штук, а також три ножі, які є холодною зброєю. Під час митного контролю поштового відправлення на митному складі у м. Львові працівники митниці виявили і вилучили вказані заборонені предмети. Галицький районний суд м. Львова кваліфікував дії Т. за ст. 70 КК 1960 р. як контрабанду зброї та боеприпасів<sup>354</sup>.

Обов'язковою ознакою аналізованого злочину є місце його вчинення – це митний кордон. Межі митної території України, визначення якої наводиться у ст. 9 МК, є митним кордоном України. Митний кордон України збігається з державним кордоном України, крім меж штучних островів, установок і споруд, створених у виключній (морській) економічній зоні, на які поширюється виключна юрисдикція України. Межі території зазначених островів, установок і споруд також становлять митний кордон України (ст. 10 МК).

У чинній редакції ст. 201 КК визначено два способи контрабанди – переміщення предметів через митний кордон: а) поза митним контролем; б) з приховуванням від митного контролю. У попередній редакції досліджуваної статті КК такі способи контрабанди, як переміщення через митний кордон поза митним контролем та з приховуванням від митного контролю, поширювались лише на товари. Переміщення через митний кордон інших предметів контрабанди визнавалось контрабандою у разі, коли таке переміщення здійснюється будь-яким незаконним способом.

Згідно зі ст. 482 МК переміщення предметів через митний кордон України *поза митним контролем* означає їх переміщення: 1) поза місцем розташування митного органу; 2) поза робочим часом, установленим для митного органу, і без виконання митних формальностей; 3) із незаконним звільненням від митного контролю внаслідок використання службового становища посадовими особами митного органу.

Предмети контрабанди можуть переміщуватись поза митним контролем шляхом об'їзду митних постів легковими та вантажними автомобілями, обходу місць митного контролю пішоходами, використання спеціально виготовлених літаючих пристроїв, торпед, спеціально тренуваних тварин тощо.

Якщо особа домовляється із службовою особою митного органу про переміщення через митний кордон певних предметів за хабар, без надання будь-яких документів чи іншого приховування їх від митного контролю, дії винного мають бути кваліфіковані як контрабанда та як давання хабара (ст. 369 КК).

Переміщення предметів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю (ст. 483 МК) – це їх переміщення: 1) з використанням спеціально виготовлених сховищ (тайників)<sup>355</sup>; 2) з використанням інших засобів або способів, що утруднюють виявлення предметів (з приховуванням предметів в організмі людини або тварини, багажі, продуктах харчування, речах особистого користування тощо); 3) шляхом надання одним предметам вигляду інших, яке означає істотну заміну зовнішніх характерних ознак предметів, а також їх тари, упаковки, ярликів, етикеток тощо, що дозволяє віднести предмети контрабанди до предметів іншого виду (наприклад, поміщення отруйних речовин у пляшки з-під звичайних ліків; надання антикварній чаші, яка є культурною цінністю, вигляду звичайного посуду шляхом обмазування її глиною і нанесення на неї звичайного малюнку чи орнаменту); 4) з поданням митному органу України як підстави для переміщення предметів через митний кордон певних документів: а) підроблених (документи з підробленими підписами, відбитками печаток і штампів, документи із внесеними до них відомостями, що перекручують зміст інформації, тощо); б) одержаних незаконним шляхом, тобто одержаних за відсутності законних підстав або з порушенням встановленого порядку (наприклад, у результаті надання уповноваженій особі як підстави для видачі документів завідомо неправдивих відомостей, шляхом застосування фізичного або психічного насильства або внаслідок зловживання службовою особою своїм службовим становищем чи службовою недбалості); в) що містять неправдиві дані (щодо ваги, кількості асортименту, найменування, вартості предметів, їх інших характеристик, щодо суті угоди, відправника або одержувача предметів, щодо держави, з якої вони вивезені або в яку переміщуються).

До засобів і способів, що утруднюють виявлення предметів, у митній практиці зазвичай відносять: 1) засоби і способи, використання яких не дозволяє виявити предмети, що незаконно переміщуються через митний кордон, шляхом звичайного візуального огляду та (або) без звернення до спеціальних технічних засобів контролю; 2) такі варіанти переміщення через митний кордон, коли характеристики предмета не передбачають його розміщення у тому місці, в якому він був виявлений. Наприклад, навряд чи можна визнати гаманець звичайним місцем зберігання отруйних речовин, а футляр для музичного інструменту –

<sup>355</sup> Спеціально виготовлене сховище (тайник) – це сховище, виготовлене з метою незаконного переміщення товарів через митний кордон України, а також обладнані і пристосовані з цією метою конструктивності ємності чи предмети, які попередньо піддавалися розбиранню, монтажу тощо (п. 53 ч. 1 ст. 4 МК).

<sup>354</sup> Архів місцевого суду Галицького району м. Львова. Справа № 1-413 за 1998 р.

звичайним місцем зберігання зброї. Якщо особа, розраховуючи лише на неухважність митних працівників або на вибірковість митного контролю, переміщує через митний кордон предмети, які знаходяться у звичайних місцях їх зберігання і носіння, приховування від митного контролю як спосіб вчинення контрабанди відсутній.

Підставою для переміщення предметів через митний кордон є визначені нормативними актами документи, без яких неможливо одержати дозвіл митниці на пропуск предметів через митний кордон. Зокрема, це можуть бути митна декларація, товарно-транспортні документи (коносамент, накладна тощо), дозвіл відповідних державних органів (наприклад, свідоцтво, видане Державною службою контролю за переміщенням культурних цінностей через державний кордон України)<sup>356</sup>.

Питання, чи можна було без того чи іншого документа отримати дозвіл на переміщення предметів через митний кордон, перешкоджала чи ні його відсутність винесенню митним органом рішення про пропуск через митний кордон, а, отже, чи були підстави визнавати відповідний документ підставою для переміщення предметів через митний кордон, потрібно вирішувати у кожному конкретному випадку і залежно від цього давати кримінально-правову оцінку вчиненому. Використання підроблених документів, які не є підставою для переміщення предметів через митний кордон, не утворює складу аналізованого злочину і за наявності для цього підстав може кваліфікуватись за ст. 358 КК<sup>357</sup>.

З погляду вдосконалення кримінального законодавства загалом слушною видається висловлена в літературі ідея виокремити у нормі КК про контрабанду як самостійний спосіб вчинення цього злочину використання завідомо неправдивих документів<sup>358</sup>. На користь безпосереднього

<sup>356</sup> Див., наприклад: лист ДМСУ від 7 березня 2007 р. № 10/1-4/314-ЕП «Про надіслання інформації щодо дозвільних документів, що надаються державними органами України для здійснення митного контролю та митного оформлення окремих предметів у разі їх переміщення через митний кордон України громадянами».

<sup>357</sup> М.О. Бурговай спочатку зазначає, що митна декларація та інші документи, які необхідні для проходження митного контролю та які використовуються для введення в оману працівників митних органів, є предметом караної за ст. 201 КК контрабанди. А далі митна декларація, товарно-супровідні документи, дозволи відповідних державних органів, деякі інші документи називаються вже засобами вчинення контрабанди (Бурговай М.О. Документ як предмет злочинів у сфері господарської діяльності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2010. – С. 122-123, 163, 171, 179-180, 182). Якщо взяти до уваги вироблені кримінально-правовою доктриною правила відмежування знарядь і засобів вчинення злочину від предмета злочину, то не викликає сумнівів правильність другої з наведених позицій.

<sup>358</sup> Процюк О.В. Кримінальна відповідальність за контрабанду: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С.145-146, 254-255.

закріплення у тексті КК ознак «документальної» контрабанди можна навести такі аргументи: 1) у випадках її вчинення має місце інтелектуальне маскування та, як наслідок, відсутнє фізичне приховування предметів, незаконно переміщуваних через митний кордон; 2) у ст. 483 МК не згадуються документи, які є підставою для переміщення інших предметів, а так само недійсні документи, що можна вважати прогалиною у кримінально-правовому регулюванні відповідних відносин<sup>359</sup>; 3) на практиці досить гостро стоїть питання про розмежування документів, які є підставою для переміщення предметів через митний кордон і дії з якими можуть утворювати склад злочину «контрабанда», з одного боку, і тих документів, які необхідні для митного оформлення, але які не є власне підставою для переміщення предметів через митний кордон, з іншого; 4) саме так вирішується питання у кримінальних законах деяких зарубіжних держав. Наприклад, у ст. 188 КК РФ, ст. 228 КК Білорусі, ст. 209 КК Казахстану обманне використання документів або засобів митної ідентифікації поряд із приховуванням від митного контролю, переміщенням поза митним контролем, недекларуванням і недостовірним декларуванням розглядається як самостійний спосіб вчинення контрабанди. При цьому слід враховувати, що частина «документальної» контрабанди вже охоплюється таким способом її вчинення, як приховування від митного контролю, у зв'язку з чим у ст. 201 КК варто вказати на «інше обманне використання документів або засобів митного забезпечення»<sup>360</sup>.

Під згаданим у попередній редакції ст. 201 КК незаконним переміщенням предметів контрабанди через митний кордон розумілось їх переміщення не лише поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, а й поєднане з недекларуванням та вчинене за відсутності належного дозволу. Отже, не було особливої потреби у поширювальному тлумаченні закону у тих випадках, коли особи під час проходження митного контролю не приховували, наприклад, зброю, боєприпаси, культурні цінності

<sup>359</sup> У листі ДМСУ від 28 лютого 2005 р. «Про окремі питання кваліфікації порушень митних правил при переміщенні громадянами транспортних засобів» обґрунтовано зазначено, що документи, термін дії яких закінчився, не є підробленими, отриманими незаконним шляхом, не містять неправдивих відомостей, а тому не відносяться до категорії документів, подання яких митному органу як підстави для переміщення товарів чи транспортних засобів тягне за собою відповідальність, передбачену ст. 352 попереднього МК (ст. 483 чинного МК).

<sup>360</sup> Митне забезпечення – це одноразові номерні запірнопломбові пристрої, печатки, штампи, печатки, голографічні мітки, засоби електронного цифрового підпису та інші засоби ідентифікації, що використовуються митними органами для відображення та закріплення результатів митного контролю та митного оформлення (п. 22 ч. 1 ст. 4 МК).



і відповідні речовини (матеріали), однак і не декларували їх. З огляду на пряму вказівку законодавця, будь-яке незаконне (у т.ч. поєднане із недекларуванням або здійснене без спеціального дозволу) переміщення вказаних предметів через митний кордон визнавалось злочином – контрабандою. Тому викликала заперечення висловлена у літературі думка про відсутність складу злочину, передбаченого ст. 201 КК, у діях особи, яка переміщує культурні цінності через митний кордон без відповідного дозволу (свідоцтва), але і без приховування їх від митного контролю і не поза таким контролем<sup>361</sup>.

Чинна редакція ст. 201 КК вказаний нюанс загалом не враховує. Наразі переміщення вказаних у ст. 201 КК предметів через митний кордон, здійснюване за відсутності потрібного у конкретному випадку дозволу, якщо таке переміщення не здійснюється поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, на перший погляд, складу розглядуваного злочину не утворює. Разом з тим слід брати до уваги, що митна декларація для письмового декларування товарів, які переміщуються через митний кордон України громадянами для особистих, сімейних та інших потреб, не пов'язаних з провадженням підприємницької діяльності (форма такої митної декларації затверджена постановою КМУ від 21 травня 2012 р. № 431), включає в себе відомості у т.ч. про товари, що підлягають обов'язковому письмовому декларуванню, товари, переміщення яких через держаний кордон України заборонено або здійснюється за дозвільними документами, що видаються органами виконавчої влади<sup>362</sup>.

<sup>361</sup> Фурман Я. Деякі аспекти розслідування контрабанди культурних цінностей // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 2. – С. 150.

У літературі стосовно попередньої редакції ст. 201 КК висувалась пропозиція відмовитись у нормі КК про контрабанду від вказівки на незаконність переміщення і водночас вжити у ній зворот «або шляхом недекларування чи недостовірного декларування» (Процок О.В. Вказана праця. – С. 254, 255). З приводу цієї пропозиції можна було висловити щонайменше такі зауваження: 1) формулювання норми КК про відповідальність за контрабанду має враховувати передбачений чинним законодавством дозвільний порядок переміщення певних предметів (наприклад, культурних цінностей) через митний кордон, коли сама по собі відсутність належного дозволу повинна розглядатись як підстава для кримінально-правового реагування; 2) універсальність звороту, використаного у попередній редакції ст. 201 КК, вбачалась у тому, що вона дозволяла кваліфікувати як контрабанду випадки «прориву» митного кордону, здійсненого у місці і під час проведення митного контролю.

<sup>362</sup> Чинний раніше Перелік відомостей, що оголошуються громадянами у разі переміщення ними через митний кордон України предметів, також включав в себе відомості про наявність предметів, які потребують обов'язкового декларування і переміщення яких через митний кордон здійснюється за дозвільними документами компетентних органів, – зброї, боєприпасів і вибухових речовин, наркотиків і психотропних речовин, культурних цінностей, отруйних і сильнотоксичних речовин та ліків тощо (постанова КМУ від 15 липня 1997 р. №

Недостовірне письмове декларування, коли особа у митній декларації не згадує, наприклад, про наявні у неї предмети, переміщення яких через державний кордон заборонено або здійснюється за дозвільними документами, вочевидь<sup>363</sup>, може розцінюватись як різновид приховування від митного контролю (а саме подання митному органу документів, які містять неправдиві дані), а, отже, за наявності інших ознак складу досліджуваного злочину має кваліфікуватись за ст. 201 КК. Разом з тим нам імпонує висловлювання М.І. Пікурова про неприпустимість такого стану речей, коли за допомогою нормативних актів іншої галузевої належності «підправляється» зміст кримінального закону у бік розширення сфери кримінально-правового регулювання<sup>364</sup>.

Контрабанда є злочином з формальним складом і визнається *закінченою* з моменту фактичного перетину предметом злочину митного кордону. До визначення моменту закінчення контрабанди потрібно підходити диференційовано і враховувати те, відбувається ввезення чи вивезення предметів злочину. Дії, пов'язані зі спробою вивезення предметів з митної території і не доведені до кінця з причин, що не залежали від волі винного (наприклад, предмети контрабанди виявлено під час огляду речей або особистого огляду), мають розцінюватись як замах на вчинення злочину (ст. 15, ст. 201 КК). Якщо предмети ввозяться на митну територію України, факт закінченої контрабанди встановлюється під час проходження митного контролю, який здійснюється вже після того, як предмети злочину перетнули митний кордон.

«Прив'язування» моменту закінчення контрабанди до фактичного перетину кордону у разі вивезення предметів за межі України призводить до того, що факт закінченої контрабанди встановлюється лише тоді, коли предмети вже потрапили на територію іншої держави, а це, поза всяким сумнівом, ускладнює протидію контрабанді. Ще на початку 70-х років минулого століття в юридичній літературі зауважувалось, що про

748 «Про перелік відомостей, що оголошуються громадянами за встановленою формою у разі переміщення ними через митний кордон України предметів»; ця постанова втратила чинність на підставі постанови КМУ від 21 травня 2012 р. № 431).

<sup>363</sup> Певний сумнів у правильності зробленого висновку зумовлений тим, що МК поряд із таким правопорушенням, як переміщення товарів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю, передбачає самостійну відповідальність за недекларування товарів і транспортних засобів комерційного призначення, тобто за незаявлення за встановленою формою точних і достовірних відомостей (наявність, найменування або назва, кількість тощо) про предмети, які підлягають обов'язковому декларуванню у разі їх переміщення через митний кордон України (ст. 472 МК).

<sup>364</sup> Пікуров Н.І. Коментарий к судебной практике квалификации преступлений на примере норм с бланкетными диспозициями. – М.: Изд-во Юрайт, 2009. – С. 484-485.

кримінальну відповідальність за контрабанду можна говорити лише у тому разі, коли дії, спрямовані на незаконне переміщення предметів через кордон, вчинені на території країни, а не за її межами<sup>365</sup>. Перенесення моменту закінчення контрабанди на більш ранню стадію (порівняно з фактичним перетином відповідними предметами митного кордону) можливе лише після внесення змін до ст. 201 КК. Саме такі законодавчі зміни (визнання моментом закінчення контрабанди замаху на цей злочин) ініціюють А.А. Музика та О.П. Горох, переконані у тому, що з урахуванням високого ступеня суспільної небезпеки контрабанди треба уникати заздалегідь вимушеної кваліфікації контрабанди із посиланням на ст. 15 КК та, як наслідок, призначення винуватому більш м'якого покарання<sup>366</sup>.

Створення умов для контрабанди (придбання предметів для подальшого незаконного переміщення їх через кордон, підшукування клієнтів, визначення шляхів переміщення предметів, надання їм іншого вигляду тощо) треба розглядати як готування до цього злочину (ст. ст. 14, 201 КК).

Добровільна відмова від вчинення контрабанди можлива на стадії готування до незаконного переміщення предметів через митний кордон або замаху на його вчинення, коли особа усвідомлює можливість доведення злочину до кінця, але з власної ініціативи відмовляється від цього. Наприклад, добровільною відмовою слід вважати випадки, коли після заповнення декларації та опитування громадян стосовно наявності незадекларованих предметів особи зізнаються про їхню наявність (незакінчений замах). Добровільна відмова можлива і на стадії закінченого замаху – після вдалого проходження особою митного контролю, але до фактичного переміщення предмета контрабанди через державний (митний) кордон України. Відсутня добровільна відмова у тому разі, коли особа видає предмети контрабанди у зв'язку з оголошенням їй рішення про проведення особистого огляду, огляду або переогляду транспортних засобів, інших предметів<sup>367</sup>: у такому випадку порушник митного законодавства розуміє об'єктивну неможливість доведення злочинного наміру до кінця через наявність нездоланої перешкоди.

<sup>365</sup> Крупкин М.Б. Уголовная ответственность за посягательства на монополию внешней торговли СССР: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1971. – С. 12.

<sup>366</sup> Музика А.А., Савченко А.В., Процюк О.В., Сіленко В.В., Горох О.П. Кримінальна відповідальність за контрабанду: національний та міжнародний досвід. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – С. 273-274.

<sup>367</sup> Процедури огляду, переогляду товарів, транспортних засобів, ручної поклажі, багажу та особистого огляду регламентовані ст. ст. 338-340 МК.

**Суб'єкт** контрабанди – загальний. «Суб'єкт контрабанди може виступати у митних право-відносинах як декларант, перевізник, експрес-перевізник тощо»<sup>368</sup>.

Особа, яка для незаконного переміщення предметів через митний кордон використовує тих, хто не розуміє характеру і значення вчинюваних ними дій (так звані невинуваті агенти), є «опосередкованим» виконавцем контрабанди і повинна притягуватись до відповідальності за ст. 201 КК.

Пособником контрабанди слід визнавати, зокрема, експерта, який дає завідомо неправдивий висновок, усвідомлюючи, що це потрібно для наступного незаконного переміщення культурної цінності через митний кордон України. Дії такої особи мають кваліфікуватись за ч. 5 ст. 27, ст. 201, а за наявності підстав – і за ст. 365-2 (ст. 368-4) КК.

**Суб'єктивна сторона** контрабанди характеризується прямим умислом. Не може бути притягнена до кримінальної відповідальності за контрабанду особа, яка добросовісно помиляється щодо особливих властивостей переміщуваних через митний кордон предметів – зокрема, щодо того, чи є той або інший предмет культурною цінністю чи отруйною речовиною (наприклад, якщо ця культурна цінність тривалий час зберігалась у родині особи і вважалась сімейною реліквією або якщо ця речовина була вільно придбана особою в крамниці іншої країни).

Не можна розглядати як контрабанду дії особи, яка, здійснюючи транзитне перевезення предметів через територію України, надала митним органам супровідні документи з відомостями, що не відповідають дійсності, без умислу порушити митні правила, передбачені чинним законодавством України (п. 6 постанови Пленуму ВСУ від 3 червня 2005 р. № 8 «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил»).

**Кваліфікуючими ознаками** контрабанди (ч. 2 ст. 201 КК) є вчинення цього злочину: 1) за попередньою змовою групою осіб; 2) особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею; 3) службовою особою з використанням службового становища. Якщо контрабандою займається службова особа з використанням свого службового становища (наприклад, це може бути працівник митниці, військовослужбовець – прикордонник, капітан судна, дипломатичний працівник), дії винного кваліфікуються тільки за ч. 2 ст. 201 і не потребують додаткової кваліфікації за статтями КК про відповідальність за службові злочини.

У літературі висловлюється слушна пропозиція

<sup>368</sup> Кравченко О.О. Суб'єкт злочину та суб'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 201 КК // Держава і право. – 2009. – Вип. 46. – С. 512.

передбачити таку особливо кваліфікуючу ознаку контрабанди, як вчинення її шляхом «прориву» митного кордону. Пояснюється це підвищеною суспільною небезпекою контрабанди, вчиненої у вказаний спосіб (не виключається наявність людських жертв, заподіяння тілесних ушкоджень, знищення майна тощо), і непоодинокими випадками вчинення такого роду проривів, зумовлених, зокрема, людським фактором, слабкістю матеріально-технічної бази контролюючих органів, можливістю застосування винним зброї, географічними особливостями місцевості, де розташований кордон<sup>369</sup>.

### 9.6. Злочини проти встановленого порядку зайняття господарською діяльністю

**Незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва** (ст. 203-1 КК). **Суспільна небезпека** злочину полягає у порушенні встановленого порядку державного регулювання відповідної господарської діяльності, посяганні на авторське і суміжні права, підриві інтелектуального потенціалу держави, сприянні розвитку тіньової економіки, ускладненні зовнішньополітичних і зовнішньоекономічних відносин України.

Варто нагадати, що статтею 203-1 чинний КК доповнено на підставі Закону України від 17 січня 2002 р. «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування». Верховна Рада була вимушена прийняти цей Закон значною мірою внаслідок потужного тиску на Україну з боку США, які у разі його неприйняття загрожували застосуванням щодо України серйозних економічних санкцій у сфері ЗЕД. Офіційна позиція США полягала в тому, що Україна, будучи одним з найбільших виробників й експортерів контрафактної продукції в Європі, протягом тривалого періоду не спромоглася вжити дієвих заходів для боротьби з піратським виробництвом дисків. Стверджувалось, що український експорт дисків підриває ринок легальних продаж у Європі, завдає американським власникам інтелектуальних розробок збитків у сотні мільйонів доларів<sup>370</sup>. І на сьогодні, на думку американських експертів, Україна належить до країн із високим

рівнем виробництва контрафактної продукції, з якими Європейський Союз працює в преференційних режимах, включно із зобов'язанням прийняття найвищих стандартів із захисту прав інтелектуальної власності<sup>371</sup>.

Разом з тим слід мати на увазі, що впродовж останніх років у зв'язку з розвитком технологій, поширенням використання флеш-накопичувачів і розповсюдженням доступу до мережі Інтернет обіг дисків для лазерних систем поступово скорочується.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 203-1 КК, є регламентований законодавством порядок здійснення такої господарської діяльності, як виробництво, експорт та імпорт дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання і сировини для їх виробництва<sup>372</sup>, **додатковими** – авторське право і суміжні права, встановлений законодавством порядок оподаткування юридичних і фізичних осіб, а також моральні засади суспільства в частині розповсюдження інформації про прийнятні способи поведінки людей, засоби вирішення конфліктів<sup>373</sup>.

У висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України щодо відповідних законопроектів вказувалось на те, що вони спрямовані на обмеження легальної діяльності, пов'язаної з дисками для лазерних систем зчитування, шляхом надмірного держав-

<sup>371</sup> Співробітництво з метою підвищення конкурентоспроможності економіки України / Річний звіт Американської торгівельної палати в Україні за 2009 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.chamber.ua>.

<sup>372</sup> Основними нормативно-правовими актами, що визначають вказаний порядок, крім названого Закону України від 17 січня 2002 р., є: Закон України від 20 жовтня 1999 р. «Про транзит вантажів»; Порядок надання, зберігання та видачі примірників дисків для лазерних систем зчитування, затверджений постановою КМУ від 4 липня 2002 р. № 925; Порядок присвоєння і нанесення на диски та/або матриці для лазерних систем зчитування спеціального ідентифікаційного коду та визнання спеціальних ідентифікаційних кодів, нанесених на диски та/або матриці, що експортуються, або матриці, що імпортуються, затверджений постановою КМУ від 26 квітня 2003 р. № 623; Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з виробництва дисків для лазерних систем зчитування, матриць, затверджені наказом Держкомпідприємництва і МОН від 3 липня 2002 р. № 71/382; Порядок видачі ліцензій на вид господарської діяльності – експорт, імпорт дисків для лазерних систем зчитування, матриць, затверджений наказом Міністерства економіки України від 8 серпня 2002 р. № 244; Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з експорту, імпорту обладнання та дисків для лазерних систем зчитування, затверджені наказом Держкомпідприємництва та Міністерства економіки України від 14 серпня 2002 р. № 84/247.

<sup>373</sup> Філіпс А.В. Кримінальна відповідальність за незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виготовлення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2011. – С. 67-70, 184.

<sup>369</sup> Музика А.А., Савченко А.В., Процюк О.В., Сіленко В.В., Горох О.П. Вказана праця. – С. 212.

<sup>370</sup> Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 569.



ного регулювання у сфері їх виробництва, експорту та імпорту. Якщо виходити з того, що ліцензування діяльності з потенційними матеріальними носіями авторських і суміжних прав здатне суттєво вплинути на захист цих прав, то у такому разі потрібно запровадити жорстке ліцензування виробництва будь-яких матеріальних носіїв авторських і суміжних прав, наприклад, паперу, оскільки і він може використовуватись для порушення цих прав.

*Предметом злочину є:* 1) диски для лазерних систем зчитування; 2) матриці для таких дисків; 3) обладнання для виробництва дисків для лазерних систем зчитування; 4) сировина для такого виробництва.

*Диск для лазерних систем зчитування* – це будь-який оптичний диск для лазерних систем зчитування із записом або з можливістю запису на ньому інформації, що відображає об'єкти авторського права чи суміжних прав<sup>374</sup>, або без запису такої інформації. Лазерною системою зчитування є система, яка дає змогу відтворити інформацію, записану на оптичних носіях у цифровій формі, за допомогою лазерних технологій.

*Матриця* – це матеріальний носій у виді штампа або іншого аналогічного чи еквівалентного пристрою, який містить інформацію у цифровій формі і використовується для безпосереднього перенесення цієї інформації на диск для лазерних систем зчитування під час його виробництва.

*Сировиною* для виробництва дисків для лазерних систем зчитування є оптичний полікарбонат.

До основних вузлів відповідного обладнання належать прес-форма для термопластавтоматів інжекційного штампування дисків та матриці і штампи, які містять дані, необхідні для штампування дисків. Про це говориться у постанові КМУ від 17 травня 2002 р. № 672 «Про основні вузли для спеціалізованого обладнання з виробництва дисків для лазерних систем зчитування, експорт та імпорт яких підлягає ліцензуванню».

«... матриця виділена окремо від іншого обладнання через те, що вона є найважливішим та найбільш цінним вузлом обладнання, необхідного для виробництва дисків... Процес виробництва матриці є набагато складнішим, ніж партії дисків, адже виробництво останніх є штампуванням інформації з матриці»<sup>375</sup>.

З **об'єктивної сторони** злочин полягає у вчиненні однієї з вказаних альтернативно дій із відповідними предметами: 1) виробництво; 2) експорт; 3) імпорт; 4) зберігання; 5) реалізація; 6) переміщення. Вказані дії можуть тягну-

ти відповідальність за ст. 203-1 КК, якщо вони вчинені незаконно, тобто з порушенням вимог законодавства, що регулює виробництво, експорт та імпорт дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для виробництва дисків.

Г.З. Яремко справедливо звертає увагу на те, що ст. 203-1 КК називається «Незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва». А ч. 1 цієї статті вказує на *незаконне* виробництво, експорт, імпорт, зберігання, реалізація та переміщення дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва. Якщо буквально тлумачити диспозицію норми, то виходить, що бланкетна вказівка на незаконність відноситься лише до виробництва, оскільки вжита в однині. Однак назва статті дає підстави стверджувати, що незаконність стосується усіх вказаних у диспозиції ч. 1 ст. 203-1 КК дій, оскільки в назві статті вжито збірне поняття – обіг. З метою уникнення термінологічної неточності доцільно у диспозиції ч. 1 ст. 203-1 КК слово «незаконне» замінити на термін «незаконні»<sup>376</sup>.

*Виробництво дисків* – це діяльність, пов'язана із застосуванням технологічного процесу з переробки сировини в оптичні носії інформації у формі диску для лазерних систем зчитування, матриць, під час якого одночасно з виготовленням диску здійснюється запис на нього інформації, яка є об'єктом авторського права та (або) суміжних прав, або без запису. На практиці у термін «виробництво» інколи вкладається дещо інший зміст, ніж це передбачено законодавцем.

*Так, згідно з вироком Терновського районного суду м. Кривого Рогу Н., будучи суб'єктом підприємницької діяльності, але не маючи ліцензії на виробництво дисків для лазерних систем зчитування у період з січня 2008 р. до березня 2009 р. незаконно виготовив диски для лазерних систем зчитування шляхом запису на них аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм у значних розмірах, які незаконно зберігав, а також незаконно перемістив до місця їх подальшої реалізації на території м. Кривого Рогу»<sup>377</sup>.*

Суд визнав Н. винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203-1 КК, за ознаками незаконного виробництва, зберігання, переміщення та реалізації дисків для лазерних систем зчитування, обладнання для їх виробництва. Як бачи-

<sup>374</sup> Про поняття об'єктів авторського права і суміжних прав див. § 7.7 підручника.

<sup>375</sup> Філіпп А.В. Вказана праця. – С. 74-75.

<sup>376</sup> Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – С. 187.

<sup>377</sup> Архів Терновського районного суду м. Кривого Рогу. Кримінальна справа № 1-352 за 2010 р.

мо, суд тлумачить термін «виробництво» як виготовлення дисків шляхом запису фонограм, з чим погодитись важко. Обладнанням з точки зору відповідальності за аналізований злочин визнано комп'ютерну техніку Н., що також є помилковим розумінням положень кримінального закону<sup>378</sup>.

З цього приводу В.М. Киричко та О.І. Перепелиця слушно зауважують, що на практиці мають місце труднощі, пов'язані з кримінально-правовою оцінкою випадків незаконного запису на диски для лазерних систем зчитування певної інформації, яка є об'єктом права інтелектуальної власності, та реалізації дисків із такою інформацією з порушенням встановленого порядку. Оскільки в цих випадках не йдеться про запис інформації на диски як складову процесу їх виготовлення чи про реалізацію дисків власного виробництва як завершальний етап самого виробництва, то на ці відносини Закон «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування» не поширюється, а тому ст. 203-1 КК не може бути застосована для кваліфікації вказаних дій<sup>379</sup>.

Виробництво дисків для лазерних систем зчитування, матриць здійснюється суб'єктами господарювання лише за наявності у них ліцензії на провадження такої діяльності та за умови дотримання ліцензійних умов. Відповідно до ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» виробництво, експорт та імпорт дисків для лазерних систем зчитування, матриць підлягають ліцензуванню. Разом з тим виробництво обладнання і сировини для виробництва дисків для лазерних систем зчитування згідно з чинним законодавством ліцензуванню не підлягає, у зв'язку з чим відповідальності за ст. 203-1 КК за їх виробництво бути не може<sup>380</sup>.

Ліцензія строком на три роки видається суб'єкту господарської діяльності, який виконав законодавчі вимоги і подав органу ліцензування документально підтверджені дані про: 1) власне або орендоване виробниче обладнання (найменування та кількість ліній); 2) власні або орендовані виробничі та складські приміщення. Ліцензія на господарську діяльність з виробництва дисків для лазерних систем зчитування, матриць видається із зазначенням окремих робіт, що можуть виконуватися в межах виду господарської діяльності,

<sup>378</sup> Філіпп А.В. Вказана праця. – С. 82-83.

<sup>379</sup> Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 76-77.

<sup>380</sup> Андрушко П.П. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення господарської діяльності. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 33.

а саме: 1) виробництво дисків для лазерних систем зчитування, матриць; 2) виробництво дисків для лазерних систем зчитування; 3) виробництво матриць на диски для лазерних систем зчитування. Орган ліцензування (наразі – це Державна служба інтелектуальної власності України) присвоює заявнику (виробнику) спеціальний ідентифікаційний код і зазначає його у ліцензії. Вказаний код надається виробнику дисків з метою визначення (ідентифікації) цього виробника та вироблених ним дисків.

Під *незаконним* виробництвом дисків для лазерних систем зчитування, матриць, що відповідно до ст. 203-1 КК визнається злочином, треба розуміти виробництво взагалі без отримання належної ліцензії, з використанням анульованої ліцензії або з порушенням ліцензійних умов (наприклад, не на ліцензованому обладнанні, не у ліцензованих приміщеннях, без нанесення на диски із записом інформації спеціального ідентифікаційного коду, без дозволу осіб, яким належить авторське право та (або) суміжні права, невиконання вимог щодо технологічного забезпечення виробником нанесення на диски спеціальних ідентифікаційних кодів ліцензованим обладнанням).

Відповідно до ст. 1 Закону України від 16 квітня 1991 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність» *експорт* – це продаж товарів українськими суб'єктами ЗЕД іноземним суб'єктам господарської діяльності з вивезенням або без вивезення цих товарів через митний кордон України. *Імпорт* – це купівля українськими суб'єктами ЗЕД в іноземних суб'єктів господарської діяльності товарів із ввезенням або без ввезення цих товарів на територію України, включаючи купівлю товарів, призначених для власного споживання (використання) за межами України.

Законодавство, присвячене особливостям державного регулювання розглядуваної господарської діяльності, забороняє експорт та імпорт дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для виробництва дисків без ліцензії. Ліцензія на експорт, імпорт дисків і матриць видається строком на три роки. Ліцензія на експорт, імпорт обладнання та сировини для виробництва дисків і матриць видається суб'єкту господарської діяльності за наявності зовнішньоекономічного договору.

Звідси випливає, що під *незаконним* експортом та імпортом дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання і сировини для їх виробництва треба розуміти експорт або імпорт вказаних предметів без наявності ліцензії на цей вид господарської діяльності або з порушенням ліцензійних умов провадження такої діяльності

(наприклад, без наявності на експортованих або імпортованих дисках і матрицях спеціальних ідентифікаційних кодів, експорт чи імпорт дисків для лазерних систем зчитування без додержання прав інтелектуальної власності).

Якщо здійснюваний з порушенням законодавства експорт або імпорт дисків для лазерних систем зчитування і матриць, обладнання та сировини для їх виробництва набуває вигляду переміщення таких товарів через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, вчинене також є підстави кваліфікувати за ст. 203-1 КК. До набрання чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» зазначені дії могли кваліфікуватись за ст. 201 КК як контрабанда.

Дія Закону «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування» не поширюється на диски для лазерних систем зчитування, які не є об'єктами експорту, імпорту, що: 1) ввозяться або вивозяться, пересилаються в міжнародних поштових та експрес-відправленнях фізичними особами в кількості, яка не перевищує двадцяти примірників; 2) ввозяться або вивозяться, пересилаються в міжнародних поштових та експрес-відправленнях юридичними особами для забезпечення господарської діяльності без права або не з метою подальшого продажу або розповсюдження; 3) ввозяться або вивозяться з технічною документацією у складі обладнання. Порушення порядку переміщення відповідних предметів через митний кордон у вказаних випадках складу злочину, передбаченого ст. 203-1, не утворює і за наявності підстав може розцінюватись як адміністративно каране порушення митних правил (ст. 482, ст. 483 МК).

Водночас транзит (переміщення територією України) дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання і сировини для їх виробництва, здійснюваний з порушенням вимог законодавства, з точки зору кваліфікації за ст. 203-1 КК має визнаватись незаконним переміщенням зазначених предметів.

Зберігання вироблених дисків, обладнання, матриць, сировини повинно здійснюватись тільки в ліцензованих приміщеннях з обов'язковим веденням обліку. «Зберігання вироблених дисків для лазерних систем зчитування, а також матриць, сировини та обладнання для виробництва дисків для лазерних систем зчитування, матриць, не відображених у обліку, а також зберігання їх в обсягах, що перевищують обсяги, відображені в

обліку, а так само зберігання списаних по обліку основних вузлів спеціалізованого обладнання для виробництва дисків для лазерних систем зчитування, матриць, є незаконним зберіганням зазначених предметів»<sup>381</sup>. Зберігання має визнаватись незаконним і в тому випадку, коли воно здійснюється у місцях, що не є ліцензованими приміщеннями.

Закон «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування» не регулює господарську діяльність, яка полягає у реалізації дисків для лазерних систем зчитування і матриць тими суб'єктами, які не є їх виробниками. Реалізація дисків або матриць розглядається у ньому як кінцевий етап їх виробництва. Незаконна реалізація дисків для лазерних систем зчитування і матриць може бути визначена як введення в обіг незаконно вироблених дисків для лазерних систем зчитування, а також матриць через їх продаж чи іншу передачу права власності з подальшим отриманням прибутку<sup>382</sup>.

Незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва визнається злочином, якщо зазначені вище дії вчинено у значних розмірах. Під *значним розміром* слід розуміти вартість дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання чи сировини для їх виробництва, що у двадцять разів і більше перевищує НМДГ (примітка до ст. 203-1 КК). Якщо порушення законодавства про виробництво, експорт та імпорт дисків для лазерних систем зчитування скоєне не у значних розмірах, такі дії тягнуть адміністративну відповідальність (ст. 164-13 КпАП). При цьому матриця не є предметом вказаного адміністративного правопорушення.

Відповідно до ч. 1 ст. 27 КПК 1961 р. справи про злочини, передбачені ст. 203-1 КК, щодо дій, якими заподіяно шкоду правам та інтересам окремих громадян порушуються не інакше як за скаргою потерпілого, якому і належить у такому разі право підтримувати обвинувачення. Якщо злочином, передбаченим ст. 203-1 КК, завдано шкоди виключно інтересам юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми, порушення кримінальної справи здійснюється за заявою власника (співвласника) цієї юридичної особи чи за його згодою (ст. 27-2 КПК 1961 р.). Наведені положення кримінально-процесуального законодавства видаються некоректними, оскільки не враховують того, що за конструкцією склад злочину, передбаченого ст. 203-1 КК, є формальним. Кримінальна

<sup>381</sup> Там само. – С. 37.

<sup>382</sup> Філіпп А.В. Вказана праця. – С. 92, 185.



відповідальність за цей злочин диференціюється залежно від розмірів вартості його предмета.

До того ж, як слушно зазначається у висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності)», виявлення незаконних дій з дисками для лазерних систем зчитування, матрицями, сировиною та обладнанням для їх виробництва в основному здійснюється не потерпілими, а правоохоронними органами. У зв'язку з цим зміни, внесені до ч. 1 ст. 27 КПК на підставі Закону України від 15 листопада 2011р., суттєво ускладнили застосування ст. 203-1 КК. Сказане повною мірою стосується і віднесення злочину, передбаченого ст. 203-1 КК, до кримінальних правопорушень, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення (ст. 477 КПК 2012 р.).

**Суб'єктом** злочину може бути службова особа суб'єкта господарювання – юридичної особи, яка є виробником, експортером або імпортером дисків для лазерних систем зчитування, матриць, сировини та обладнання для їх виробництва, а так само фізична особа – підприємець, яка здійснює таку господарську діяльність.

Закон від 17 січня 2002 р. «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування», до положень якого передусім відсилає бланкетна диспозиція ст. 203-1 КК, поширює свою дію лише на відповідних суб'єктів господарювання. До законодавства, яке регулює виробництво дисків для лазерних систем зчитування, у широкому розумінні можна відносити і те законодавство, що регулює підприємницьку діяльність взагалі і процедуру державної реєстрації суб'єктів підприємництва зокрема. З огляду на сказане, один з авторів цих рядків раніше писав, що суб'єкт розглядуваного злочину є не спеціальним, а загальним<sup>383</sup>. Видається однак, що, встановлюючи зміст ознак складу досліджуваного злочину, перевагу слід віддавати спеціальним законодавчим актам, які регулюють певний різновид господарської діяльності.

До моменту виключення ст. 202 із КК в юридичній літературі з цього приводу давалось також таке роз'яснення: «Якщо виробництвом дисків для лазерних систем зчитування і матриць фактично займається особа, яка у встановленому порядку не зареєстрована як суб'єкт

підприємництва, вона може притягуватись до відповідальності за ч.1 ст. 202 за здійснення без державної реєстрації як суб'єкта підприємництва діяльності, що містить ознаки підприємницької і підлягає ліцензуванню»<sup>384</sup>. Наразі така особа може нести хіба що адміністративну відповідальність (ст. 164 КпАП). Парадокси законодавчого регулювання зберігаються: виходить, що легальний суб'єкт господарювання (його службова особа) за незаконне виробництво дисків для лазерних систем зчитування за певних умов може понести кримінальну відповідальність у той час, як тому, хто займається такою діяльністю, не будучи зареєстрованим як підприємець, це не загрожує.

З урахуванням того, що для здійснення дій, пов'язаних із переміщенням, зберіганням та реалізацією предметів досліджуваного злочину, отримання ліцензії регулятивним законодавством не вимагається, у літературі висловлюється слушна думка про те, що суб'єкт злочину, передбаченого ст. 203-1 КК, може бути і загальним. Йдеться про те, що суб'єкт незаконних виробництва, експорту, імпорту дисків для лазерних систем зчитування, матриць, а також незаконного експорту чи імпорту обладнання та сировини для їх виробництва може бути тільки спеціальним. А суб'єкт незаконних зберігання, реалізації та переміщення відповідних предметів може бути як спеціальним, так і загальним<sup>385</sup>. Також у юридичній літературі висувається пропозиція у межах ст. 203-1 КК диференціювати кримінальну відповідальність за незаконні дії з дисками для лазерних систем зчитування, матрицями, сировиною та обладнанням для їх виробництва залежно від того, вчинені ці дії зареєстрованим суб'єктом господарювання, який однак діє без ліцензії або з порушенням умов ліцензування, або особою, взагалі не зареєстрованою у встановленому порядку як суб'єкт господарювання<sup>386</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Мотиви не впливають на кваліфікацію за ст. 203-1 КК і можуть враховуватись при призначенні покарання.

<sup>384</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 589. Так само вважали В.М. Киричко та О.І. Перепелиця (Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 75).

<sup>385</sup> Філіпп А.В. Вказана праця. – С. 111-112, 119-120, 155.

<sup>386</sup> Полаулях П.В. Щодо необхідності законодавчого формулювання ознак спеціального суб'єкту злочину, передбаченого статтею 203-1 КК України // Проблеми вдосконалення законодавства про протидію відмиванню злочинних доходів і корупції (Донбаські правові читання) / Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2010. – Спеціальний випуск № 8. – У трьох частинах. Ч. 2. – С. 129.

<sup>383</sup> Научно-практический комментарий Уголовного кодекса Украины от 5 апреля 2001 г. / Под ред. Н.И. Мельника, Н.И. Хавронюка. – К.: Кантон, А.С.К., 2002. – С. 1188.

В історичному аспекті варто нагадати, що у проекті Закону «Про особливості підприємницької діяльності у сфері виробництва, експорту, імпорту дисків для лазерних систем зчитування», свого часу внесеному до Верховної Ради України, пропонувалось встановити кримінальну відповідальність за виробництво та (або) експорт дисків для лазерних систем зчитування, експорт та (або) імпорт матриць, обладнання і сировини для виготовлення дисків з порушенням встановленого законом порядку з метою збуту чи розповсюдження. А.В. Філіпп висловлюється за закріплення у ч. 1 ст. 203-1 КК такої суб'єктивної ознаки, як мета реалізації<sup>387</sup>.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 203-1 КК) є повторність, вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб і великий розмір. Під останнім слід розуміти вартість дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання чи сировини для їх виробництва, що у сто разів і більше перевищує НМДГ (примітка до ст. 203-1 КК).

У літературі висувається пропозиція доповнити ч. 2 ст. 203-1 КК такою кваліфікуючою ознакою, як незаконне виробництво дисків для лазерних систем зчитування та матриць шляхом відкриття підпільних цехів. Під підпільним цехом пропонується розуміти певне приміщення або його частину, обладнану або пристосовану для нелегального виробництва дисків для лазерних систем зчитування та матриць<sup>388</sup>. Однак при незаконному виробництві дисків та матриць винна особа завжди використовує відповідне приміщення або його частину, обладнану чи пристосовану для цього. Інакше кажучи, реалізація згаданої пропозиції може перетворити на «мертву» ч. 1 ст. 203-1 КК у частині встановлення відповідальності за незаконне виробництво дисків і матриць.

Якщо незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування супроводжується незаконним виготовленням, підробленням або використанням незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених контрольних марок для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів та фонограм чи голографічних захисних елементів, вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 203-1 і ст. 216 КК. Досліджуваний злочин може утворювати сукупність і з діяннями, передбаченими ст. ст. 205, 212, 300 і 301 КК.

Кримінально карані дії з дисками для лазерних систем зчитування, які поєднуються із незаконним відтворенням та (або) розповсюдженням комп'ютерних програм і баз даних, фонограм, відеограм, інших об'єктів авторського і суміжних

прав, треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 203-1 і ст. 176 КК, – за наявності всіх ознак цих складів злочинів.

*Так, за ч. 2 ст. 176 і ч. 2 ст. 203-1 КК кваліфікував слідчий дії К., який, використовуючи придбаний інтернет-ресурс з доменним ім'ям «www.video-mir.net» і записуючи кінофільми, безкоштовно отримані з інших інтернет-ресурсів, на диски для лазерних систем зчитування, незаконно відтворював і розповсюджував кінофільми як об'єкти авторського і суміжних прав<sup>389</sup>.*

Унаправленому до ВСУ науково-аналітичному огляді «Практика судового розгляду кримінальних справ про злочини, пов'язані з незаконним тиражуванням та розповсюдженням аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм на дисках для лазерних систем зчитування» (огляд підготовлено авторським колективом у складі співробітників ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка В.В. Бірюкова, М.В. Карчевського та В.І. Тарабановської), висловлюється думка про те, що зазначені дії повністю охоплюються диспозицією відповідної частини ст. 176 КК і додаткової кваліфікації за ст. 203-1 КК не потребують. Однак та обставина, що дія Закону України «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування» поширюється лише на специфічних суб'єктів господарювання, не може виключити як таку кваліфікацію за пропонованою у підручнику сукупністю злочинів. Сприймається такий підхід і правозастосовною практикою<sup>390</sup>.

**Зайняття гральним бізнесом** (ст. 203-2 КК). Як вид життєдіяльності людини азартні ігри є предметом дослідження різних суспільних наук, зокрема, філософії, психології, психіатрії. У цивілістиці традиційно виділяються зобов'язання з гри та парі, однією з визначальних ознак яких вважається наявність особливого (алеаторного) ризику. Перші обмеження на азартні ігри були встановлені у стародавніх Єгипті та Греції ще понад 4 тис. років тому.

За весь період існування незалежної Української держави в сфері азартних ігор була відсутня чітка система правових норм. Більше того: всі нормативні акти, що регулювали цю сфе-

<sup>389</sup> Матеріали слідчого відділу Луганського міського управління ГУ МВС у Луганській області. Справа № 01/0514 за 2011 р.

Ще раз звернемо увагу на те, що незаконний запис на вже існуючі диски для лазерних систем зчитування певної інформації немає підстав визнавати незаконним виробництвом вказаних дисків, за що у ст. 203-1 КК встановлено відповідальність.

<sup>390</sup> Філіпп А.В. Вказана праця. – С. 67-69, 91-93, 140-141, 176.

<sup>387</sup> Філіпп А.В. Вказана праця. – С. 182-183, 187.

<sup>388</sup> Там само. – С. 187-188.

ру, суперечили один одному, і це при тому, що вона пов'язана з отриманням надприбутків. Безконтрольність азартних ігор впливає на формування тіньового сектора економіки, створює необмежені можливості для вчинення шахрайств, легалізації «брудних» коштів, ухилення від сплати податків, хабарництва, підриває моральні засади суспільства, сприяє поширенню небезпечних психічних хвороб. За оцінками фахівців, станом на 2008 р. постійними клієнтами грального бізнесу було близько 20 % українського населення, які щорічно витрачали на ігри мільярди доларів<sup>391</sup>.

Можна по-різному ставитись до мотивів, які спонукали ухвалити Закон від 15 травня 2009 р. «Про заборону грального бізнесу в Україні», але очевидним є те, що цей Закон, нагадуючи за своїми наслідками сумнозвісний американський «сухий закон», став потужним криміногенним чинником. Вказаному Закону, як відомо, підкорились далеко не всі суб'єкти грального бізнесу, частина з яких продовжила свою діяльність у завуальованих формах (віртуальні казино, інтернет-кафе, покерні клуби, зали електронних розваг та атракціонів тощо). Фактично внаслідок непрофесійних дій державної влади цілий сектор економіки опинився у тіні. «За півтора року дії заборони прямі втрати державного бюджету від недоотриманих платежів, включаючи податки і плату за патенти, склали майже 3 млрд. грн.»<sup>392</sup>. На сьогодні Україна гостро потребує сучасного законодавства, покликаного врегулювати сферу азартних ігор, виконання положень якого мають забезпечувати відповідні кримінально-правові заборони.

У світовій практиці наявні три моделі законодавчого регулювання азартних ігор залежно від ставлення до них з боку того чи іншого суспільства: 1) цілковита заборона азартних ігор – характерна для країн із високим рівнем впливу релігії на життя суспільства (зокрема, Іран, Ізраїль, Індонезія); 2) часткова легалізація грального ринку, коли держава дозволяє лише деякі види азартних ігор, і територіально гральний бізнес може бути зосереджений у спеціальних гральних зонах (наприклад, РФ і Казахстан); 3) повна легалізація грального бізнесу в рамках державного контролю азартних ігор (зокрема, країни Європи)<sup>393</sup>. Завданням державного регу-

лювання грального бізнесу, на відміну від інших сфер економіки, є не стимулювання його розвитку, а задоволення мінімального попиту громадян на гру шляхом дозволу ігор на гроші в обмеженому і суворо контрольованому державою обсязі. Показово, що Європейський Суд з прав людини у низці своїх рішень визнав обґрунтованим широким коло обмежень, запроваджуваних державами на свободу здійснення азартного бізнесу, для забезпечення громадського прядку, безпеки і здоров'я населення<sup>394</sup>.

До набрання чинності Законом «Про заборону грального бізнесу в Україні» гральний бізнес належав до дозволених (ліцензованих) видів господарської діяльності, а особи, винні у порушенні встановленого законодавством порядку організації та проведення азартних ігор, могли притягуватись до відповідальності за ст. 202 КК («Порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг»)<sup>395</sup>. Після вступу Закону від 15 травня 2009 р. у законну силу і до набрання чинності Законом від 22 грудня 2010 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення законодавства про заборону грального бізнесу в Україні», на підставі якого КК доповнено статтею 203-2, особи, які займались гральним бізнесом, повинні були нести відповідальність за ст. 203 КК («Зайняття забороненими видами господарської діяльності»). Таким чином, на момент включення до КК ст. 203-2 як спеціальної (щодо ст. 203 КК) норми у кримінальному законодавстві не спостерігалось відповідної прогалини, про яку однак були б підстави вести мову у випадку відсутності досліджуваної статті після виключення ст. 203 із КК відповідно до Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності».

Зрозуміло і те, що передбачене Законом «Про заборону грального бізнесу в Україні» прийняття законодавства про право на здійснення грального бізнесу у спеціально створених гральних зонах призведе і до зміни аналізованої кримінально-правової заборони.

Так, законопроектом «Про гральний бізнес в

<sup>394</sup> Гетьманцев Д. Легалізація азартного бізнесу? // Дзеркало тижня. – 25 лютого 2012 р. – № 7.

<sup>395</sup> За даними ДПА України, до набрання чинності Законом «Про заборону грального бізнесу в Україні» у нашій країні діяло близько 10 200 гральних закладів. Із них переважну більшість (97,7 %) становили зали гральних автоматів, на букмекерські контори припадало 1,6 %, а на казино – 0,7 %. Від 60 до 70 % гральних закладів працювали в «тіні», і доступ до них був відкритий усім бажаючим. Ні вік гравців, ні походження грошей нікого не цікавили (Дацюк А. З тіні на світло // Урядовий кур'єр. – 27 липня 2010 р. – № 136).

<sup>391</sup> Петричко Н.О. Незаконні азартні ігри: кримінально-правове та кримінологічне дослідження: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 204.

<sup>392</sup> Кириченко В. Гральний бізнес – розмінна карта? // Урядовий кур'єр. – 21 січня 2011 р. – № 11.

<sup>393</sup> Бурковський І, Науменко Д. Гральний бізнес в Україні: потрібна ефективна система регулювання // Дзеркало тижня. – 27 вересня – 3 жовтня 2008 р. – № 36.



Україні» (реєстр. № 9098 від 5 вересня 2011 р.) ст. 203-2 КК пропонується викласти у новій редакції, відповідно до якої кримінально караним визнаватиметься зайняття гральним бізнесом без відповідної ліцензії. Подібні пропозиції можуть бути сприйняті лише після повернення грального бізнесу у коло тих видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню. Крім цього, у випадку часткової легалізації грального бізнесу відповідна кримінально-правова норма повинна передбачати відповідальність за здійснення господарської діяльності з організації та (або) проведення азартних ігор не лише без належної ліцензії, а й з порушенням ліцензійних умов.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 203-2 КК, є встановлений порядок зайняття господарською діяльністю у частині законодавчої заборони на здійснення грального бізнесу. *Додатковими об'єктами* злочину можуть бути визнані, зокрема, власність, моральність (залежність від азартних ігор призводить до складнощів у міжособистісних стосунках, виникнення думок про суїцид, зловживань алкоголем, розлучень, вчинення правопорушень тощо), громадська безпека (організація азартних ігор нерідко перебуває у сфері впливу організованої злочинності), здоров'я населення (необхідність постійно відчувати азарт призводить до психічного захворювання під назвою «ігроманія»), нормальний розвиток неповнолітніх<sup>396</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину виражається у зайнятті гральним бізнесом.

У різних джерелах під гральним бізнесом розуміють, зокрема: розвинену гральну індустрію, бізнес, спрямований на отримання прибутку від організації азартних ігор; підприємницьку діяльність, основною метою здійснення якої виступає отримання прибутку від гри; бізнес, який засновується на утриманні та розвитку казино, іподромів, інших місць для гри з прийняттям ставок і грошовими виграшами.

Диспозиція ч. 1 ст. 203-2 КК чітко не визначає ознак передбаченого цією нормою складу злочину, носить бланкетний характер, що для з'ясування змісту досліджуваної кримінально-правової заборони робить необхідним звернення до Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні».

Відповідно до ст. 1 названого Закону *граль-*

*ним бізнесом* визнається діяльність, пов'язана з організацією, проведенням та наданням можливості доступу до азартних ігор у казино, на гральних автоматах, комп'ютерних симуляторах, у букмекерських конторах, в інтерактивних закладах або в електронному (віртуальному) казино незалежно від місця розташування сервера.

Казино – це окреме приміщення (будівля), в якому (якій) можуть проводитися циліндричні ігри (у т.ч. рулетка), ігри в карти, ігри в кості, ігри на гральних автоматах та інші азартні ігри. Циліндричною вважається азартна гра, яка передбачає визначення комбінації чисел, символів, інших знаків за допомогою пристрою, що обертається і приводиться в дію особою, яка не є гравцем, а розмір призу (виграшу) залежить від внесеної ставки та певного коефіцієнта. Гра в карти – це азартна гра, результат якої визначається залежно від відповідної комбінації гральних карт згідно з правилами гри; результат гри в кості визначається залежно від відповідної комбінації викиданих чисел у кості згідно з правилами гри. «При грі в кості результат попередньої серії кидків не дає абсолютно ніякої інформації про те, що принесе наступний кидок. Карти, монети, кості і рулетка не мають пам'яті»<sup>397</sup>. До інших азартних ігор може бути віднесене, зокрема, бінго – азартна гра, в якій учасники, користуючись цифровою картою або електронним столом, виграють залежно від суми зроблених ставок і вгаданої цифрової комбінації.

Гральним автоматом визнається механічне, електричне або електронне обладнання (пристрій), що використовується для проведення азартних ігор, результат яких визначається без участі особи програмою роботи цього обладнання (пристрою) з використанням генератора випадкових чисел, який міститься всередині корпусу такого обладнання (пристрою), а сума виграшу нараховується обладнанням (пристроєм) автоматично.

Букмекерською вважається діяльність з проведення парі та ігор у тоталізатор (у т.ч. із застосуванням засобів телекомунікаційних мереж, зокрема, мережі Інтернет), спрямована на формування переліку подій, які мають відбутися в майбутньому, прийняття ставок на ці події, зберігання ставок, відстеження результатів подій, визначення та видачі призів (виграшів). Парі – це азартна гра, яка полягає в тому, що її учасники роблять ставки через букмекерські контори на попередньо невідомий результат події, яка повинна відбутися у майбутньому, та одержують приз (виграш) залежно від результату її завер-

<sup>396</sup> У тих країнах, у яких діяння, пов'язані з азартними іграми, криміналізовано, ці діяння на законодавчому рівні визнаються посяганнями на власність, економічний порядок, громадський порядок або моральність (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 241).

<sup>397</sup> Аномалії в цивільному праві України: Навч.-практ. посібник / Відп. ред. Р.А. Майданик. – К.: Юстініан, 2007. – С. 509.

шення, розмір якого обчислюється, виходячи з внесеної ставки та визначеного до початку події коефіцієнта. Гра в тоталізатор – азартна гра, в якій гравці роблять ставки на події з наперед невідомим результатом (наприклад, результат спортивного змагання), а той, хто проводить цю гру, за комісійну винагороду приймає і зберігає ставки, а також розподіляє і виплачує суму призу (виграшу) одразу після закінчення події безпосередньо в місці її проведення.

Електронне (віртуальне) казино надає гравцю можливість через засоби телекомунікаційних мереж в режимі реального часу (он-лайн) здійснювати обмін даними з електронним сервером (спеціальним програмно-технічним електронним комплексом) щодо участі в азартній грі, внесення ставок, обмін даними стосовно стану ігрового рахунку та його поповнення, а також отримувати дані про результат азартної гри, в якій взяв участь гравець. При цьому може використовуватись електронна картка як ігровий заміник гривні<sup>398</sup>. «...як засіб платежу під час надання послуг з азартних ігор через мережу використовуються електронні гроші, які перед цим приймаються касиром у вигляді готівкової гривні. Потім створюється такий собі електронний гаманець, клієнту надається логін з паролем, аби він міг робити ставки в on-line казино, а в разі виграшу отримувати готівку в касі... так звані Інтернет-салони електронні гроші отримують через ланцюг постачальників від певної комерційної структури, яка на підставі агентської угоди купує їх у закордонної фінансової установи»<sup>399</sup>.

Поняттям грального бізнесу охоплюється діяльність інтернет-казино (це сайти в Інтернеті або програми, що дають можливість грати в азартні ігри через Інтернет). Інтернет-казино надають переваги гравцям, зокрема, через такі характеристики, як: мобільність (гравцям не потрібно кудись їхати); доступність (гра здійснюється у будь-який час, без свідків і «фейс-контролю»); виплата бонусів за поповнення гравцем рахунку; виплати є більш вигідними для гравців через незначні витрати інтернет-казино; асортимент (пропонується набагато ширший набір ігор, ніж в реальному казино); оперативність (не треба стояти в черзі за фішками)<sup>400</sup>.

<sup>398</sup> Наведені вище визначення взяті з Ліцензійних умов провадження організації діяльності з проведення азартних ігор, затверджених наказом Державного комітету з питань регуляторної політики та підприємництва і Міністерства фінансів України від 18 квітня 2006 р № 40/374. У зв'язку із запровадженням тотальної законодавчої заборони на гральний бізнес та азартні ігри в Україні цей нормативний акт був визнаний таким, що втратив чинність.

<sup>399</sup> Бігтнер О. Гральному бізнесу закон не перешкода // Урядовий кур'єр. – 19 березня 2011 р. – № 50.

<sup>400</sup> Петричко Н.О. Незаконні азартні ігри: кримінально-

Організація азартних ігор може полягати у створенні і забезпеченні належного функціонування грального закладу і грального обладнання, підготовці персоналу, забезпеченні безпеки процесу гри, визначенні правил гри, контролю за отриманням доходів та їх розподілом тощо. Проведення азартних ігор – це безпосереднє їх здійснення, яке триває у часі та зумовлюється відповідними правилами.

Відповідно до ст. 1 Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні» азартною визнається будь-яка гра, обов'язковою умовою участі в якій є сплата гравцем грошей (у т.ч. через систему електронних платежів), що дає змогу учаснику як отримати виграш (приз) у будь-якому вигляді, так і не отримати його залежно від випадку.

Можна виокремити три ознаки азартних ігор: 1) повна або часткова залежність виграшу від випадку, а не від вміння, здібностей чи мистецтва гравця; 2) наявність можливості отримати гроші, інше майно чи майнові права внаслідок виграшу; 3) наявність ризику позбавитись ставки, внесеної за право участі у грі<sup>401</sup>. Дореволюційний дослідник М.А. Неклюдов азартними називав ігри, виграш або програш в яких є справою випадку та які через це захоплюють людину так, що вона у разі програшу перестає звертати увагу на своє фінансове становище<sup>402</sup>. Істотною ознакою азартної гри є також матеріальна зацікавленість учасників в її результаті<sup>403</sup>. Майновий характер виграшу чітко фіксувався у визначенні азартної гри, закріпленому у Порядку проведення внутрішнього фінансового моніторингу суб'єктами господарювання, що провадять господарську діяльність з організації та утримання казино, інших гральних закладів, затвердженому постановою КМУ від 20 листопада 2003 р. № 1800. Тут, зокрема, зазначалось, що азартна гра – це гра, участь в якій дає змогу набувати гроші, інше майно або майнові права.

Від азартних ігор треба відрізнити ігри інтелектуальні, в яких майстерність, розум гравця, його вміння вести гру і прораховувати наперед ігрову ситуацію обумовлюють результат гри (шахи, шашки, бридж, преферанс тощо).

До азартних ігор не відносяться: 1) організація та проведення лотерей<sup>404</sup>; 2)

правове та кримінологічне дослідження: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 25.

<sup>401</sup> Петричко Н.О. Вказана праця. – С. 11, 25-26, 83.

<sup>402</sup> Неклюдов Н.А. Руководство к Особенной части русско-го уголовного права. Том второй. Преступления и проступки против собственности. – СПб., 1878. – С. 681.

<sup>403</sup> Шмаров И., Стецовский А. Ответственность за участие в азартных играх и их организацию // Социалистическая законность. – 1989. – № 7. – С. 34.

<sup>404</sup> У плані кримінальної відповідальності правопорушення,

організація та проведення творчих конкурсів, спортивних змагань тощо незалежно від того, чи передбачається їх умовами грошовий або майновий виграш; 3) гра в більярд, гра в кеглі (боулінг) та інші ігри, які проводяться без одержання гравцем призу (виграшу); 4) гра на гральних автоматах типу «кран-машина» (двокоординатні автомати), де як виграш (приз) гравець отримує виключно матеріальні речі (іграшки, цукерки тощо); 5) розіграші на безоплатній основі з рекламуванням (популяризацією) окремого товару, послуги, торгової марки, найменування або напрямів діяльності суб'єктів господарювання, комерційної програми з видачею виграшів у грошовій або іншій майновій формі; 6) розіграші у вигляді конкурсів (ігор, вікторин), умови яких передбачають безоплатне набуття особою статусу її учасника та отримання учасником, який виявив кращі особисті знання та вміння, виграшів у грошовій або майновій формі за особисту перемогу; 7) розіграші на безоплатній основі для розважальних, благодійних або пізнавальних цілей (ст. 1 Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні»).

Вчинене шляхом обману заволодіння чужим майном під час проведення гри, яка не визнається азартною, за наявності підстав має кваліфікуватись за ст. 190 КК як шахрайство. Наприклад, гральний автомат типу «кран-машина» може бути запрограмований у такий спосіб, що гравець ніколи не отримає виграш і втрачатиме свої гроші через неналежне функціонування грального обладнання.

Особи, які організують і проводять азартні ігри, також можуть вчиняти шахрайство, у зв'язку з чим їх дії потребують кваліфікації і за ст. 190 КК. Так, «розпалюючи азарт через використання підставних осіб у грі, які є співучасниками, підтасовуючи їм і дозволяючи «вигравати» значні суми, вони втягують сторонніх осіб у гру, і залежно від її виду, маніпулюючи картами, наперстками та іншими ігровими речами, на очах потерпілих обманюють їх, залишаючись при виграші»<sup>405</sup>.

Суть шахрайства, пов'язаного з незаконними азартними іграми, полягає у тому, що вин-

пов'язані з лотереями, доцільно прирівняти до незаконних організації та проведення азартних ігор (Петричко Н.О. Вказана праця. – С. 23-24, 36-37, 85, 89, 220; Севостьянов Р.А. Проблемы уголовно-правовых запретов в сфере игорного бизнеса и пути их решения с использованием зарубежного опыта // Уголовно-правовой запрет и его эффективность в борьбе с современной преступностью / Сборник научных трудов под ред. д.ю.н., проф. Н.А. Лопашенко. – Саратов: Саратовский Центр по исследованию проблем организованной преступности и коррупции, 2008. – С. 146-149).

<sup>405</sup> Голосніченко І. Відмежування дрібної спекуляції, азартних ігор і ворожіння у громадських місцях від інших правопорушень // Радянське право. – 1989. – № 11. – С. 60.

ний з самого початку знає про те, що ставка у грі ніколи не буде отримана назад гравцем (тобто ніякий випадок чи вміння не врятують гравця від втрати свого майна), що через обман з боку винного до гравця ніколи не перейде призовий фонд, що винним буде створена така обстановка, щоб у жертви не виникало сумнівів, що програвш відбувся саме з її вини чи через випадок, до якого не причетна винна особа (наприклад, під відповідну цифру в рулетці винний підкладає магніт, і стрілка колеса зупиняється саме на цій цифрі, про що заздалегідь знає шахрай, бажаючи заволодіти ставкою гравця). Одним із способів шахрайства, пов'язаного з незаконними азартними іграми, є втручання в роботу автоматичних гральних пристроїв з метою зведення нанівець або значного зменшення вірогідності випадіння джек-потів чи виграшів (з передбачених правилами 70 % до 20 % і навіть менше)<sup>406</sup>.

Кваліфікуючи дії особи за ст. 203-2 КК, слід враховувати, що встановлена законодавцем межа між азартними та неазартними іграми є доволі тонкою; як наслідок, зміна одного з пунктів правил проведення тієї чи іншої гри може перевести її в розряд азартних і навпаки. Наприклад, гра в більярд, боулінг або карти, якщо її учасники домовились грати на певний приз (скажімо, гроші), має розцінюватись як азартна гра. Навіть якщо єдиним можливим виграшем гри у більярд чи боулінг є додаткова безкоштовна гра, то й ця обставина, вочевидь, не виключає оцінку гри як азартної. Цікаво, що на етапі опрацювання законопроекту «Про заборону грального бізнесу в Україні» окремими народними депутатами України висувалась пропозиція не забороняти побутові азартні ігри, тобто ігри, що проводяться за добровільною згодою їх учасників, у вільно обраних ними місцях, з використанням грального приладдя, обладнання і пристроїв, що належать одному або кільком учасникам, які не є організаторами публічних азартних ігор<sup>407</sup>. На жаль, ця конструктивна пропозиція нашим законодавцем сприйнята не була.

З точки зору чинного законодавства якщо особа організує, проводить азартну гру або надає доступ до неї, однак гра відбувається не у казино, букмекерській конторі чи інтерактивному закладі (у цій частині обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу розглядуваного злочину є місце його вчинення), а так само не є грою на гральному автоматі, комп'ютерному симуляторі або в електронному казино (у цій частині відповідне гральне обладнання відіграє роль засобу вчинення аналізованого злочину), винний може бути при-

<sup>406</sup> Петричко Н.О. Вказана праця. – С. 154-155, 160.

<sup>407</sup> Смітюх Г. Держава і гральний бізнес – хто кого? // Голос України. – 15 квітня 2009 р. – № 68.



тягнутий до адміністративної відповідальності за зайняття забороненими видами господарської діяльності (ст. 164-16 КпАП). Наприклад, сказане стосується організації та проведення гри в «наперсток» на площі населеного пункту, а так само організації і проведення азартних ігор у місцях позбавлення волі. Навряд чи з'ясовану диференціацію юридичної відповідальності, яка є результатом цілковитої бланкетності диспозиції ч. 1 ст. 203-2 КК, можна визнати виправданою.

Аналізований злочин вважається *закінченим* з моменту початку зайняття гральним бізнесом. На кваліфікацію за ст. 203-2 КК не впливають кількість і вид грального обладнання, що використовувалось при зайнятті гральним бізнесом, розмір отриманого винною особою доходу, а також те, було вчинено злочин одноособово або групою осіб. Виходить, що законодавець встановив однакове покарання, наприклад, для організатора грального закладу (казино), який отримує мільйонні прибутки, та власника лише одного грального автомату, з чим погодитись складно. З точки зору вдосконалення КК більш сувору кримінальну відповідальність має тягнути зайняття гральним бізнесом, вчинене групою осіб за попередньою змовою чи організованою групою, або пов'язане з отриманням доходу у великих чи особливо великих розмірах<sup>408</sup>. Так, кваліфікуючими ознаками незаконної організації і проведення азартних ігор згідно з ч. 2 ст. 171-2 КК РФ виступає отриманням прибутку в особливо великому розмірі або вчинення цього злочину організованою групою.

Зайняття гральним бізнесом, яке поєднується із втягненням неповнолітнього в азартні ігри, потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ст. 203-2 і ст. 304 КК.

**Суб'єкт** злочину, передбаченого ст. 203-2 КК, – спеціальний.

Передусім на підставі ст. 203-2 КК мають відповідати організатори азартних ігор, які здійснюють діяльність з метою створення умов для проведення азартних ігор та видачі вигравів (призів) їх учасникам.

З огляду на мотивацію злочинної поведінки і ступінь стійкості злочинної настанови та характер злочинних дій, Н.О. Петричко пропонує виділяти такі типи осіб, які організують (проводять) незаконні азартні ігри: користобивий; самостверджуючий; дезадаптований; сімейний; ігровий; алкогольно-наркотизований. З урахуванням певних криміногенних ситуацій

пропонується виокремлювати такі типи осіб, які організують (проводять) незаконні азартні ігри: 1) ситуаційний тип: а) особа, яка вчиняє злочин під впливом ситуації гострої потреби (зокрема, тяжкої хвороби, що потребує дорогого лікування, алкоголізму, наркоманії); б) особа, яка вчиняє злочин під впливом ситуації доступності результату – вигравш; 2) корисливий злочинець, який вирішує за допомогою гри проблеми матеріального характеру незалежно від ситуації: а) особа, для якої злочинна діяльність не є основним джерелом існування; б) особа, для якої злочинна діяльність є аналогом професії та основним або єдиним джерелом існування; 3) конформістський тип (втягується у азартні ігри під впливом інших осіб), при цьому корисливий мотив за таких умов може бути взагалі відсутнім або дуже слабо вираженим; 4) самостверджуючий тип (характерно для неповнолітніх осіб, які втягуються в азартні ігри з метою здобути авторитет однолітків); 5) патологічний тип (характерна патологічна залежність від азартних ігор); б) романтичний тип (втягнення в азартні ігри відбувається з любові до ризику, з прагненням отримати частку адреналіну, при цьому корисливий мотив може бути присутнім, але він не є головним)<sup>409</sup>.

Оскільки законодавчим визначенням поняття грального бізнесу охоплюється у т.ч. діяльність із надання можливості доступу до азартних ігор, виконавцями злочину, передбаченого ст. 203-2 КК, мають визнаватись також особи, які виконують розпорядження організаторів азартних ігор, – касири, круп'є, продавці, оператори, менеджери гральних залив тощо. До набрання чинності Законом «Про заборону грального бізнесу в Україні» подібні особи не могли притягуватись до адміністративної відповідальності за порушення порядку провадження господарської діяльності, пов'язаної з азартними іграми (ст. 164 КпАП), оскільки, будучи найманими працівниками, не визнавались суб'єктами господарювання<sup>410</sup>.

Ст. 2 Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні» забороняє не лише гральний бізнес, а й участь в азартних іграх, що, на перший погляд, наводить на думку про неузгодженість диспозиції аналізованої кримінально-правової заборони з приписами регулятивного законодавства. Видається однак, що законодавець вчинив правильно, не криміналізувавши участь в азартних іграх. Гравець – особа, яка бере участь в азартній грі, не визнається суб'єктом злочину,

<sup>409</sup> Петричко Н.О. Вказана праця. – С. 144-145.

<sup>410</sup> Практика розгляду судами справ про адміністративні правопорушення у сфері грального бізнесу, відповідальність за які передбачена ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 8. – С. 18, 21.

<sup>408</sup> Медицкий И.Б. Некоторые размышления по поводу уголовного запрета игорного бизнеса в Украине // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: материалы VI Российского конгресса уголовного права (26-27 мая 2011 г.). – М.: Проспект, 2011. – С. 771.

передбаченого ст. 203-2 КК (за умови, звичайно, що гравець водночас не належить до числа тих, хто займається гральним бізнесом). За участь в азартній грі (карти, рулетка, «наперсток» тощо) на гроші, речі та інші цінності передбачено адміністративну відповідальність (ст. 181 КпАП). Із вказаної причини охоплювати поняттям злочинності, пов'язаної з незаконними азартними іграми, саму по собі участь у таких іграх<sup>411</sup> не варто.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом.

Із законодавчого визначення організатора азартних ігор випливає, що у випадку зайняття гральним бізнесом особою, яка є організатором азартних ігор, обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони злочину слід вважати *мету* – отримання прибутку. Видається, що така мета має бути закріплена у законодавчому порядку як обов'язкова суб'єктивна ознака аналізованого злочину незалежно від того, хто його вчиняє.

**Кваліфікуючою ознакою** злочину (ч. 2 ст. 203-2 КК) є вчинення його особою, раніше судимою за зайняття гральним бізнесом.

Кримінальна відповідальність фізичної особи, винної у вчиненні злочину – зайнятті гральним бізнесом, не виключає застосування до суб'єкта господарювання, який організовує і проводить азартні ігри, штрафу, передбаченого ст. 3 Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні». Тут, щоправда, постає питання про сенс кримінально-правової санкції у вигляді штрафу на максимальну суму у 850000 грн., якщо за скоєння цього ж правопорушення передбачається адміністративно-правовий штраф у розмірі 8000 мінімальних заробітних плат. Невже законодавець впевнений у тому, що потенційного правопорушника може зупинити штраф як вид кримінального покарання у розмірі 850000 грн., якщо його не зупиняє штраф, удесятеро більший за цю суму?<sup>412</sup> До того ж, якщо суб'єкт господарювання, який організовує і проводить азартні ігри, є фізичною особою, яку притягують за вчинення нею і до кримінальної, і до адміністративної відповідальності у вигляді, вочевидь, можна вести мову порушення закріпленого у ч. 1 ст. 61 Конституції України принципу *non bis in idem*.

<sup>411</sup> Петричко Н.О. Вказана праця. – С. 9, 101, 142.

Існують, щоправда, країни (зокрема, Іран, КНДР, Монголія, Республіка Корея, Судан, ФРН, Японія), в яких кримінально караним є сама участь у забороненій або взагалі у будь-якій азартній грі (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 242).

<sup>412</sup> Гетьманцев Д. Кому – рахунок за кордоном, кому – валюта за паспортом. Про гуманізацію відповідальності за злочини у фінансовій сфері // Дзеркало тижня. – 8 жовтня 2011 р. – № 36.

З урахуванням класифікації злочинів, закріпленої у ст. 12 КК, і санкцій ст. 203-2 КК зайняття гральним бізнесом віднесено до особливо тяжких злочинів і визнається більш тяжким злочинном, ніж навіть тяжке тілесне ушкодження, що вчинене шляхом мучення і спричинило смерть одного чи кількох потерпілих (ч. 2 ст. 121 КК), або груповий розбій (ч. 2 ст. 187 КК), або терористичний акт (ч. 1 ст. 258 КК) тощо. Зайняття гральним бізнесом за ступенем суспільної небезпеки прирівнюється до умисного вбивства. Таким чином, задекларований Конституцією принцип, згідно з яким людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, не відповідає дійсності. Законодавець фактично поставив економічні інтереси держави на один щабель з особистими правами людини, а це може свідчити про те, що відбулося повернення до радянських часів, коли інтереси держави домінували над інтересами людини<sup>413</sup>.

**Фіктивне підприємництво** (ст. 205 КК).

**Суспільна небезпека** цього злочину полягає у заподіянні майнової шкоди юридичним і фізичним особам, державі, розширенні масштабів недобросовісної конкуренції, у сприянні незаконній конвертації безготівкових коштів у готівку та легалізації коштів, здобутих злочинним шляхом, створенні передумов для ухилення від сплати податкових платежів, для досягнення інших протиправних, у т.ч. злочинних цілей. Аналізований злочин, викликаючи у законослухняних громадян і організацій, а також держави побоювання щодо вступу у правовідносини з будь-якими комерційними структурами, порушує стабільність господарського обороту, дискредитує підприємницьку діяльність.

Основний **безпосередній об'єкт** злочину – встановлений законодавством порядок здійснення підприємницької діяльності. *Додатковими об'єктами* злочину є система оподаткування<sup>414</sup>, встановлений порядок кредитування, заса-

<sup>413</sup> Єгорова В.О. «Гуманізація» кримінальної відповідальності в світлі останніх змін до КК України // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: Матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 179.

<sup>414</sup> Н.О. Гуторова, визнаючи об'єктом фіктивного підприємництва суспільні відносини, що складаються в процесі здійснення підприємницької діяльності, вважає, що внаслідок вчинення цього злочину шкода може бути заподіяна і податковим відносинам (Гуторова Н.А. Преступления в сфере хозяйственной деятельности: Раздел VII Особенной части Уголовного кодекса Украины с научно-практическим комментарием. – Х.: Одиссей, 2003. – С. 60). Близько до цього і виважено виглядає позиція російської дослідниці І.В. Шишко, яка, погоджуючись з І.М. Середою у визнанні

ди добросовісної конкуренції, власність.

**Об'єктивна сторона** злочину виражається в одній із двох дій: 1) створення юридичної особи будь-якої організаційно-правової форми – суб'єкта підприємницької діяльності; 2) придбання такої юридичної особи.

Ст. 205 чинного КК встановлює відповідальність за дії, які з зовнішнього боку є цілком легальними. При цьому особи, які стоять за створенням або придбанням суб'єктом підприємництва, насправді мають на меті не зайняття повноцінною, самодостатньою підприємницькою діяльністю, а зовсім інше: прикриваючись комерційною юридичною особою як ширмою, вони прагнуть приховати свою незаконну діяльність.

Аналізуючи ст. 148-4 КК 1960 р., Є.А. Стрельцов зазначав, що суть злочину, передбаченого цією нормою, полягає у тому, що «в офіційно зареєстрованому підприємницькому підприємстві (товаристві) може здійснюватись і друга, не заборонена законом діяльність, але вона не реєструється з метою зниження суми податків або взагалі ухилення від їх сплати»<sup>415</sup>. З таким підходом навряд чи можна було погодитись з огляду на те, що у попередньому КК для характеристики фіктивного підприємництва використовувалось формулювання «без наміру здійснювати статутну діяльність». Під фіктивністю як змістовною ознакою складу злочину, передбаченого ст. 148-4 КК 1960 р., традиційно розумілась відсутність у осіб, які стояли за створенням або придбанням суб'єктом підприємницької діяльності, справжнього наміру здійснювати діяльність, зафіксовану в установчих документах і пов'язану з виробництвом товарів, виконанням робіт або наданням послуг. Інакше кажучи, фіктивними визнавались організації, які були комерційними за формою, але не за змістом своєї діяльності.

Аналіз позиції Є.А. Стрельцова спонукає нагадати, що проблематика боротьби з фіктивними утвореннями у радянській кримінально-правовій доктрині розроблювалась передусім стосовно складу злочину, передбаченого ст. 150 КК УРСР 1960 р. («Заняття приватнопідприємницькою діяльністю»). Вважалося, що однією з форм ви-

користання державного, кооперативного або іншого громадського підприємства, установи або організації для прикриття незаконної діяльності, описаної у цій нормі, було створення псевдосоціалістичного підприємства, тобто підприємства, яке лише із зовнішнього боку, формально виглядає як соціалістичне (має банківський рахунок, печатку тощо), але за своїм змістом таким не є, оскільки слугує для вилучення особистої наживи. Однією з переваг, які надавались соціалістичним підприємствам та які прагнули отримати винні особи, були податкові пільги. Про це йшла мова, зокрема, у п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 25 червня 1976 р. № 7 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за приватнопідприємницьку діяльність і комерційне посередництво». Тобто, на відміну від складу злочину, описаного у ст. 148-4 КК 1960 р., склад злочину «заняття приватнопідприємницькою діяльністю» передбачав проведення, хоч і протиправної, проте реальної господарської діяльності, спрямованої на одержання прибутку.

Як це не дивно, зроблений короткий історичний екскурс дозволяє побачити певні подібності між регламентованим ст. 150 КК УРСР 1960 р. заняттям приватнопідприємницькою діяльністю і передбаченим ст. 205 КК 2001 р. фіктивним підприємництвом, що актуалізує викладену вище точку зору Є.А. Стрельцова. Ключовою характеристикою розглядуваного злочину наразі треба визнати підпорядкованість офіційно відображеної в установчих документах і, можливо, фактично здійснюваної підприємницької діяльності конкретним незаконним цілям.

Особи, які скоюють фіктивне підприємство, можуть: 1) повністю відмовлятися від здійснення тієї офіційної діяльності, котра фіксується в установчих документах юридичної особи (наприклад, замість надання масажних послуг особи фактично утримують місце розпусу); 2) вести її у мінімальному обсязі, що дозволяє вважати комерційну структуру такою, що насправді функціонує, тобто імітувати підприємницьку діяльність; 3) вести більш-менш повноцінну підприємницьку діяльність з отриманням прибутку для того, щоб приховати паралельно здійснювану незаконну діяльність (наприклад, контрабанда здійснюється під прикриттям створеного з цією метою підприємства, яке офіційно займається зовнішньою торгівлею).

Як зауважує П.П. Андрушко, метою створення або придбання суб'єкта підприємництва може бути здійснення ним також і законної діяльності, яка в майбутньому може фактично здійснюватись, але наявність такої мети на кваліфікацію дій винного за ст. 205 КК не

податкової системи додатковим об'єктом аж підприємництва (ст. 173 до її виключення з КК РФ), пише про «податкову складову» цього злочину (Шишко І. Рецензія: Середя І.М. Преступления против налоговой системы: характеристика, ответственность, стратегия борьбы. Иркутск: ИОГНУ «Институт законодательства и правовой информации», 2006. – 343 с. // Уголовное право. – 2006. – № 4. – С.142). Більш детально про податкову складову суспільної небезпеки фіктивного підприємництва див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В.О.Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 147-185.

<sup>415</sup> Стрельцов Є.А. Економічні злочини: внутрідержавні та міжнародні аспекти. – Одеса: Астропринт. 2000. – С. 196.



впливає<sup>416</sup>. Не ґрунтується на чинній редакції ст. 205 КК висловлювання про те, що фіктивне підприємництво передбачає відсутність наміру використовувати створений (придбаний) суб'єкт підприємництва за його економіко-господарським призначенням<sup>417</sup>. У цьому плані допускала неточність Н.О. Гуророва, яка писала про те, що, якщо суб'єкт підприємницької діяльності створюється або придбавається для здійснення не лише протиправної, а й правомірної діяльності, то відповідальність за ст. 205 КК наставати не може<sup>418</sup>. Згодом науковець переглянула свою позицію і наразі цілком справедливо вважає, що мета прикриття незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона, може бути як єдиною метою створення (придбання) юридичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності, так і поєднуватись з іншими, у т.ч. не протиправними цілями (наприклад, одержання доходу від законної підприємницької діяльності)<sup>419</sup>.

Отже, спостерігається певна неузгодженість між назвою ст. 205 КК і суттю описаного у ній злочинного діяння, позаяк особи, які з метою прикриття створюють та (або) придбавають суб'єкт підприємницької діяльності, можуть з використанням останнього здійснювати реальну фінансово-господарську діяльність, у т.ч. приховану від оподаткування. Термін же «фікція» (від лат. *fictio* – вигадка) тлумачиться як щось неіснуюче, вигадане, те, що видається з певною метою за дійсне.

Під створенням суб'єкта підприємницької діяльності у ст. 205 КК слід розуміти вчинення дій, результатом яких стає юридичне заснування нової, раніше не існуючої організації, яка переслідує мету одержання прибутку. До таких дій належать, зокрема, розроблення і прийняття установчих документів, проведення підписки на акції створюваного акціонерного товариства, подання установчих та інших необхідних документів державному реєстратору, власне державна реєстрація комерційної юридичної особи. Визначаючи момент закінчення злочину, слід виходити з того, що згідно з ч.4 ст. 87 ЦК юридична

<sup>416</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – С. 397.

<sup>417</sup> Шахрайство на фінансовому ринку. Практичний посібник з протидії / За ред. В. Фещенка. – К.: Українське агентство фінансового розвитку, 2011. – С. 414.

<sup>418</sup> Гуророва Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 224-225.

<sup>419</sup> Гуророва Н.А. Преступления в сфере хозяйственной деятельности: Раздел VII Особенной части Уголовного кодекса Украины с научно-практическим комментарием. – Х.: Одиссей, 2003. – С. 62.

особа вважається створеною з дня її державної реєстрації<sup>420</sup>. Підставою для взяття юридичної особи на облік в органах статистики, ДПС, ПФ є надходження до цих органів повідомлення державного реєстратора про проведення державної реєстрації юридичної особи та відомостей з відповідної реєстраційної картки (ст. 26 Закону від 15 травня 2003 р. «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців»). Відповідно до ст. 58 ГК свідоцтво про державну реєстрацію суб'єкта господарювання та копія документа, що підтверджує взяття на облік в органах державної податкової служби, є підставою для відкриття рахунків в установах банків.

Отже, такі, наприклад, дії, як отримання свідоцтва про державну реєстрацію, постановка на облік у податкових та інших державних органах, відкриття банківських рахунків, отримання ліцензії на певний вид господарської діяльності, хоч і необхідні для повноцінного функціонування комерційної юридичної особи, знаходяться поза межами кримінально-правового поняття «створення юридичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності». Останнє має місце вже в момент державної реєстрації такого суб'єкта. Таку ж позицію займає Пленум ВСУ, який у п. 17 постанови від 25 квітня 2003 р. № 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» роз'яснив, що фіктивне підприємництво вважається закінченим злочином з моменту державної реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності або набуття права власності на нього.

Отже, стаття КК, присвячена караності фіктивного підприємництва, покликана протистояти появі формально легітимних комерційних структур, відомості про які у встановленому порядку внесено до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців.

До юридичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності належать, зокрема, підприємства, які створюються для здійснення підприємництва<sup>421</sup>,

<sup>420</sup> Про поняття державної реєстрації див. кримінально-правову характеристику складу злочину, передбаченого ст. 213 КК. З'ясовуючи роль державної реєстрації у створенні юридичної особи, О.В. Старцев слушно зазначає, що «юридична особа створюється за рішенням її засновників, проте із підтвердженням (засвідченням) цього факту шляхом державної реєстрації, набуваючи при цьому як статусу юридичної особи взагалі, так і статусу суб'єкта підприємницької діяльності зокрема» (Підприємницьке право: Підручник / За ред. О.В. Старцева / 2-е вид., перероб. і допов. – К.: Істина, 2005. – С. 164).

<sup>421</sup> Необхідність зробленого застереження щодо підприємств зумовлена тим, що відповідно до ч. 2 ст. 62 ГК підприємства можуть створюватись як для здійснення підприємства, так і для некомерційної господарської діяльності. Некомерційне господарювання – це самостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами госпо-

та об'єднання таких підприємств (асоціації, корпорації, консорціуми тощо), господарські товариства (акціонерні, з обмеженою та додатковою відповідальністю, повні, командитні), виробничі кооперативи, селянські (фермерські) господарства.

Утворення фіктивних некомерційних юридичних осіб (наприклад, підприємств, призначених для здійснення некомерційного господарювання), що має на меті прикриття злочинної діяльності, не може кваліфікуватись за ст. 205 КК і за наявності для цього підстав повинно розглядатись як готування до відповідного злочину (наприклад, до шахрайства при обтяжуючих обставинах, контрабанди). Таке обмеження сфери застосування кримінально-правової норми про фіктивне підприємництво є не виправданим.

Для порівняння: ст. 234 КК Білорусі визначає лжепідприємництво як створення юридичної особи без наміру здійснювати статутну діяльність з метою отримання позик, кредитів, або для прикриття забороненої діяльності, або для приховування, заниження прибутку, доходів чи інших об'єктів оподаткування, або для вилучення іншої майнової вигоди, що потягло за собою заподіяння шкоди у великому розмірі. Як бачимо, коло створюваних юридичних осіб, дещо не узгоджуючись з назвою статті КК («Лжепідприємництво»), не обмежується лише суб'єктами підприємницької діяльності.

Вказівка у ч. 1 ст. 205 КК на суб'єкта господарювання була б більш доречною. Адже позичальником у банку, одержувачем бюджетних коштів, підрядником за державним контрактом, інвестором, санатором або покупцем об'єкта, що приватизується, може бути не лише суб'єкт підприємництва. На украдений паспорт або паспорт померлої особи можуть бути зареєстровані як ТОВ, так і дослідницький центр, що не зменшує суспільної небезпеки вчиненого правопорушення<sup>422</sup>. У тому, що замість терміну «фіктивне підприємництво» слід застосовувати термін «фіктивне господарювання», переконаний Д.С. Щеглов, на думку якого така заміна приведе у відповідність визначення явища, яке досліджується, з фактично існуючим колом фіктивних суб'єктів господарювання<sup>423</sup>.

дарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку (ч. 1 ст. 52 ГК). Вважається, що таке господарювання здійснюють, наприклад, торгово-промислові палати, казенні підприємства, комунальні некомерційні підприємства, кооперативи (за винятком виробничих), кредитні спілки, товарні біржі.

<sup>422</sup> Ашурков О.О., Хахулін В.В., Ляшенко В.І. та ін. Режим прозорості статусу суб'єктів господарювання та попередження економічних правопорушень: інституціонально-правовий аспект: Монографія. – Донецьк: ТОВ «Юго-Восток, Лтд», 2007. – С. 106.

<sup>423</sup> Щеглов Д.С. Господарсько-правові засоби

Ст. 205 КК не охоплює фіктивне підприємництво, яке може прикриватись організаційно-правовою формою приватного підприємництва, коли суб'єктом підприємницької діяльності виступає фізична особа, яка діє без створення юридичної особи. Такий стан речей, з огляду на значні повноваження фізичних осіб – підприємців, які є повноцінними платниками податків і суб'єктами господарювання, а тому можуть використовуватись у злочинних цілях, – істотна вада кримінального закону.

О.П. Загнітко і В.І. Марков правильно звертають увагу на те, що вказівка у ч. 1 ст. 205 КК на суб'єкта підприємництва – юридичну особу безпідставно звужує сферу застосування цієї кримінально-правової норми. Придбання вирішального голосу за договором про спільну діяльність або реєстрація як приватного підприємця надає суб'єкту правопорушення не менше можливостей для незаконного збагачення, ніж шляхом створення ПП. Крім цього, дослідники відзначають господарсько-правову некоректність вживання у тексті КК звороту «придбання суб'єкта підприємницької діяльності» і вважають, що фактично у цьому випадку йдеться про набуття статусу, що дозволяє диктувати волю суб'єкту підприємництва, про таке придбання майна, яке призводить до встановлення контролю над цим суб'єктом<sup>424</sup>.

Не можуть кваліфікуватись за ст. 205 дії особи, яка підбила установчі документи, документи про державну реєстрацію юридичної особи або документи податкових органів, оскільки у такому разі суб'єкт підприємницької діяльності не створюється. Державній реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності, охоплюваній диспозицією ч. 1 ст. 205 КК, передує подання винною особою до органу, який здійснює державну реєстрацію вказаного суб'єкта, неправдивих відомостей (про засновників, керівників створюваної юридичної особи, справжню мету її діяльності тощо). Однак у цій ситуації йдеться не про те, що винний у фіктивному підприємстві підробив свідоцтво про державну реєстрацію комерційної юридичної особи: винний лише ввів в оману державного реєстратора, однак перекручення втіленої у зазначеному документі істини він не здійснював.

Ситуації, в яких державна реєстрація суб'єкта підприємництва не відбувається, а особа з метою заволодіння чужим майном шляхом обману або шахрайства з фінансовими ресурсами

попередження фіктивного господарювання: Дис. ... канд. юрид. наук. – Донецьк, 2010. – С. 60, 141.

<sup>424</sup> Загнітко О.П., Марков В.І. Попередження створення фіктивних суб'єктів підприємництва // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2004. – № 3 (Ч.1). – С. 66-70.

використовує підроблені документи, штампи і печатки неіснуючого насправді підприємства, не є підставою для інкримінування ст. 205 КК, однак можуть охоплюватись ст. ст. 190, 222, 358 (366) КК із посиланням за необхідності на відповідну частину ст. 15 КК<sup>425</sup>. Такою ж повинна бути кваліфікація і в тому разі, коли винна особа для вчинення злочину проти власності або шахрайства з фінансовими ресурсами використовує реквізити ліквідованих підприємств.

Відкриття за завідомо підробленими документами, наприклад свідоцтвом про державну реєстрацію юридичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності, банківських рахунків має кваліфікуватись за ч. 4 ст. 358, а якщо ці дії вчинено особою, яка сама їх підробила, – додатково і за ч. 1, ч. 2 або ч. 3 ст. 358 КК.

*Придбання суб'єкта підприємницької діяльності* означає набуття права власності на майно юридичної особи як у цілому, так і в тій частині, яка дозволяє фактично керувати діяльністю даного підприємства, впливати на прийняття рішень його керівних органів (купівля контрольного пакета акцій акціонерного товариства, придбання майна підприємства, яке приватизується, передача власником права власності на майно ПП іншій особі, зміна складу учасників суб'єкта підприємництва, заснованого на колективній формі власності).

Не може визнаватись придбанням суб'єкта підприємницької діяльності одержання за плату чи з інших підстав у користування установчих документів юридичної особи, її печатки або штампу та здійснення господарської діяльності від імені такого суб'єкта.

У випадку приховання підприємством окремих напрямів своєї реальної фінансово-господарської діяльності з метою ухилення від оподаткування в діях службових осіб такого підприємства вбачаються ознаки не фіктивного підприємництва, а ухилення від сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) (ст. 212 КК). У такій ситуації немає прикриття офіційно створеною або придбаною юридичною особою незаконної діяльності, чого вимагає диспозиція ст. 205 КК: відсутнє використання статусу юридичної особи – суб'єкта підприємництва для формування обстановки, яка створює хибне уявлення про те, що насправді відбувається в межах діяльності цієї юридичної особи. Незаконна

<sup>425</sup> Поділяє такий підхід В.В. Лисенко, на думку якого використання підроблених документів і печаток для вчинення або прикриття злочинних дій без проходження процедури державної реєстрації не може визнаватись фіктивним підприємством, оскільки у цьому разі відсутній як такий суб'єкт підприємництва (Лисенко В.В. Криміналістичне забезпечення діяльності податкової міліції (Теорія та практика): Монографія. – К.: Логос, 2004. – С. 241, 244).

діяльність у формі ухилення від сплати податків і зборів тут – не самоціль, вона лише супроводжує здійснювану фактично фінансово-господарську діяльність підприємства, пов'язану з утворенням об'єктів оподаткування.

Разом з тим суб'єкти підприємництва можуть утворюватись, придбаватись і використовуватись саме для умисного заниження податкових зобов'язань – як власних, так і покладених на інших платників. В.В. Лисенко переконливо доводить, що фіктивні суб'єкти підприємницької діяльності за своїм призначенням є механізмом, який дозволяє зменшити або повністю виключити сплату податків і зборів, у т.ч. легальними суб'єктами господарювання<sup>426</sup>. Отже, різновидами незаконної діяльності, приховати або здійснювати яку прагнуть особи, винні у фіктивному підприємстві, є підстави визнавати, по-перше, діяльність, яка не відображається у звітній документації та яка у такий спосіб приховується від оподаткування і, по-друге, створення для інших платників умов для ухилення від сплати податкових внесків.

Фіктивне підприємство може утворювати сукупність також із злочином, який кваліфікується за ч. 5 ст. 27, ст. 212 КК, – тоді, коли особи, які стоять за фіктивним суб'єктом підприємництва, сприяють службовим особам підприємства із реального сектору економіки ухилитись від оподаткування (наприклад, шляхом сприяння незаконному завищенню валових витрат або податкового кредиту із ПДВ). Вказане пособництво, а, отже, і сукупність злочинів мають місце лише у разі умисної спільної участі у вчиненні умисного злочину (ст. 26 КК). Можливі принципово інші ситуації, коли неспростовними залишаються заяви керівників підприємств про те, що вони нічого не знали про фіктивність своїх бізнесових партнерів, про те, що між очолюваними ними підприємствами і контрагентами були укладені реальні господарські договори, належне виконання яких підтверджується документально.

Доказами фіктивності конкретного підприємства можуть визнаватися, зокрема: реєстрація підприємствана підставну особу, за підробленими, втраченими, позиченими або викраденими документами, документами померлих осіб, за вигаданою юридичною адресою; внесення в установчі документи неправдивих даних про засновників і керівників підприємства або про інші обставини; залучення до протиправної діяльності у формі призначення на посаду керівника реально існуючого громадянина із специфічним соціальним статусом (малозабезпечені, психічно хворі тощо); відсутність ознак діяльності фірми, зазначеної в установчих документах; короткий

<sup>426</sup> Лисенко В.В. Вказана праця. – С. 238, 248.



термін існування підприємства (як правило, не перевищує одного податкового періоду, що зводить нанівець можливість контролю за його діяльністю; звідси і відповідна термінологія: фірми-одноденки, кварталні фірми, проліски тощо); відсутність руху коштів підприємства на його банківських рахунках або, навпаки, занадто великий обсяг фінансових операцій на банківських рахунках підприємства, яке нещодавно зареєструвалось.

Ст. 55-1 ГК закріплює ознаки фіктивності, що дають підстави для звернення до суду про припинення юридичної особи або припинення діяльності фізичною особою – підприємцем: реєстрацію (перереєстрацію) здійснено на недійсні (втрачені, загублені) та підроблені документи; реєстрацію у державних органах не здійснено, хоч обов'язок реєстрації передбачено законодавством; реєстрацію (перереєстрацію) здійснено в органах державної реєстрації фізичними особами з подальшою передачею (оформленням) у володіння чи управління підставним (неіснуючим), померлим, безвісти зниклим особам або таким особам, які не мали наміру провадити фінансово-господарську діяльність або реалізовувати повноваження; фінансово-господарську діяльність зареєстровано (перереєстровано) та проваджено без відома та згоди засновників юридичної особи та призначених у законному порядку керівників. Тому неточним є висловлювання про те, що досі законодавчо не надано визначення поняття «фіктивне підприємство» та не окреслені його головні ознаки<sup>427</sup>.

Разом з тим слід враховувати специфіку кримінально-правового поняття фіктивного підприємництва: у тому разі, коли особа фактично створила організацію, яка без належної державної реєстрації займається виробництвом продукції, наданням послуг або виконанням робіт, її дії не можуть кваліфікуватися за ст. 205 КК і повинні розцінюватися за ст. 164 КпАП як адміністративно каране порушення порядку провадження господарської діяльності (за умови, що такі дії не містять ознак складу злочину, що посягає на встановлений порядок зайняття певним видом господарської діяльності, наприклад, передбаченого ст. 213 КК).

Досліджуваний злочин вважається закінченим з моменту створення або придбання зазначеної у ч. 1 ст. 205 юридичної особи. Заподіяння державі, юридичним та фізичним особам матеріальної шкоди, яка не вважається великою, враховується судом при призначенні покарання за ч. 1 ст. 205 КК.

<sup>427</sup> Мозоль І.М. Поняття, кримінально-правова природа та сучасні прояви фіктивного підприємництва в Україні // Митна справа. – 2011. – № 5 (Ч. 2). – С. 213.

Дії, які вчинюються від імені фіктивного підприємства, з його використанням і містять ознаки іншого, відмінного від фіктивного підприємництва злочину, повинні діставати самостійну кримінально-правову оцінку. З набранням чинності КК 2001 р., у ст. 205 якого основний склад злочину «фіктивне підприємство» сконструйований як формальний, втратив свою силу і такий аргумент проти кваліфікації за пропонуваною сукупністю злочинів, як ігнорування принципу *non bis in idem*. Так само вирішується питання в абз. 1 п. 20 постанови Пленуму ВСУ від 25 квітня 2003 р. № 3, в якому роз'яснюється, що у разі, коли створений чи придбаний суб'єкт підприємницької діяльності розпочав незаконну діяльність, що містить ознаки ще й іншого злочину, дії винної особи треба кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ст. 205 КК і тією статтю КК, якою передбачено відповідальність за здійснення незаконної діяльності. Очевидно, що побудова складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 205 КК, за типом формального спростовує тезу про надмірність досліджуваної кримінально-правової заборони, яка зводиться до того, що через існування останньої особа двічі несе кримінальну відповідальність за одне і те ж діяння. Тому навіряд чи можна погодитись із пропозицією М.О. Цесарського фактично повернутись назад – сконструювати склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 205 КК, як матеріальний, вказавши у цій нормі на заподіяння шкоди у великому розмірі як суспільно небезпечний наслідок<sup>428</sup>.

Створення фіктивного підприємства нерідко є передумовою для наступного шахрайського заволодіння чужим майном. Вчинене в подібних ситуаціях належить кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 190, 205 КК<sup>429</sup>. Сукупність відповідних злочинів має місце і в тому випадку, коли особи під прикриттям фіктивного підприємства досягають конкретної злочинної мети, наприклад, відмивають «брудні» гроші, здійснюють ухилення від сплати податків або контрабанду, продають викрадене майно, вчинюють шахрайство з фінансовими ресурсами.

*За сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 205 і ч. 4 ст. 190 КК, засудив Дніпровський*

<sup>428</sup> Цесарський М.О. Фіктивне підприємство – злочин чи адміністративне правопорушення? // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2011. – Спец. випуск № 5. – С. 196.

<sup>429</sup> В історичному аспекті доречно нагадати, що у період дії КК 1927 р. особи, які утворювали фіктивні кооперативи і вчинювали розкрадання соціалістичного майна, підлягали відповідальності за сукупністю злочинів, передбачених ст. 135-2 і статтею КК про відповідальність за конкретний майновий злочин (Кримінальний кодекс УРСР. Офіційний текст із змінами на 1 вересня 1958 р. та з додатками постатейно-систематизованих матеріалів. – К.: Держ. вид-во політ. літ. УРСР, 1958. – С. 125).

районний суд м. Києва І, яка в березні 2000 р. з метою прикриття незаконної діяльності – вчинення шахрайства створила фіктивне ПП «Фірма Нано», а 24 липня 2000 р. одержала у четвертій Київській філії АППБ «Аваль» кредит у розмірі 11000 грн. Заволодівши грошима шляхом обману, І. використала їх на власні потреби<sup>430</sup>.

При фіктивному підприємстві легальна форма, притаманна комерційним юридичним особам, може використовуватись для прикриття забороненої діяльності, зайняття якою саме по собі є кримінально караним (наприклад, незаконне виробництво підакцизних товарів, незаконне виробництво чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, посів або вирощування снотворного маку чи конопель, незаконне виготовлення і ремонт вогнепальної або холодної зброї, бойових припасів, вибухових речовин або пристроїв). Дії винних у таких випадках потрібно кваліфікувати за наявністю підстав за сукупністю злочинів, передбачених ст. 205 і ст. ст. 204, 263, 307, 310 КК.

Фіктивне підприємство, як правило, позбавлене самостійного характеру, однак час для виключення з КК окремої норми про відповідальність за аналізований злочин поки що не настав. При вирішенні цього питання треба виходити передусім із превентивної ролі кримінального закону, який має забезпечувати стабільність господарського обороту і попереджати появу в економічній сфері суб'єктів, з якими держава, законотворчі юридичні особи і громадяни побоюються вступати у правовідносини. Має рацію О.І. Бойцов, на думку якого створення та існування псевдокомерційних організацій саме по собі коливає засади бізнесу, а тому має каратись у кримінальному порядку як самостійний злочин. Діяння ж, які вчиняються «під дахом» таких організацій, повинні отримувати самостійну оцінку залежно від ураженого об'єкта<sup>431</sup>. Подальше існування самостійної норми КК про псевдогосподарську діяльність не перешкоджає конструюванню нових кваліфікуючих ознак, що обтяжуватимуть відповідальність за злочини, під

час вчинення яких поширеним (типовим) є використання спеціально створеної (контрольованої) юридичної особи або статусу фізичної особи – підприємця. До речі, після виключення у 2010 р. із КК РФ ст. 173 (аналог ст. 205 вітчизняного КК) кількість фірм-одноенок та шкода як результат їх діяльності зросли у РФ у багато разів<sup>432</sup>.

Укладення угод з наміром їх фактично не виконувати (тобто не передавати товари, виконувати роботи, надавати послуги), що може мати місце в діяльності справжніх, а не фіктивних суб'єктів підприємництва, ознак розглядуваного складу злочину не містить і може кваліфікуватись, зокрема, за ст. ст. 190, 192, 209, 212 КК. Річ у тім, що під час ухвалення КК 2001 р. законодавець не сприйняв ідею виокремлення як самостійної форми фіктивного підприємництва, альтернативної створенню і придбанню юридичних осіб – підприємницьких структур, укладання службовими особами або власниками діючих суб'єктів підприємства господарських чи фінансових угод без наміру їх виконання. Саме таке формулювання містилось у ст. 210 проекту КК, прийнятого у другому читанні. Багатьма фахівцями висловлюється думка про необхідність криміналізації так званого псевдопідприємництва, тобто укладання і використання фіктивних угод як засобу вуалювання псевдорозрахункових операцій, а також прийняття суб'єктом підприємництва інших зобов'язань без наміру їх виконувати<sup>433</sup>.

**Суб'єктом** злочину, передбаченого ст. 205 КК, може бути: 1) осудна особа, яка досягла 16-річного віку і виступає як засновник або набувач суб'єкта підприємництва – юридичної особи або за допомогою чужих чи підроблених документів реєструє (придбаває) такий суб'єкт; 2) службова особа підприємства або організації, яка прийняла рішення про створення чи придбання іншої юридичної особи; 3) власник (засновник) юридичної особи, який прийняв таке ж рішення.

Згідно з п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 25 квітня 2003 р. № 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» дії особи, яку за її згодою було використано як засновника суб'єкта підприємництва, можуть кваліфікуватись за ч. 5 ст. 27, ст. 205 КК як пособництво фіктивному підприємству. Якщо ж така особа брала безпосередню участь у державній

<sup>430</sup> Приклад взято із підготовленого ВСУ Узагальнення практики розгляду судами кримінальних справ про злочини у сфері господарської діяльності, передбачені ст. ст. 204, 205, 209, 212, 216 та 218 КК.

<sup>431</sup> Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 383.

Натомість існує чимало дослідників, які відмовляють кримінально-правовій нормі про фіктивне підприємство у праві на самостійне існування (Афян А. Фіктивне підприємство – фіктивний злочин // Юридичний вісник України. – 2-8 грудня 2006 р. – № 48; Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – С. 510-513; Лопащенко Н.А. Преступления в сфере экономики: Авторский комментарий к уголовному законодательству (раздел VIII УК РФ). – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 352-354).

<sup>432</sup> Чупрова А.Ю. Проблемы ответственности за использование фиктивных организаций при передаче собственности // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: материалы VI Российского конгресса уголовного права (26-27 мая 2011 г.). – М.: Проспект, 2011. – С. 341-344.

<sup>433</sup> Андрушко П. Фіктивне підприємство: проблеми кваліфікації та вдосконалення законодавства /

реєстрації суб'єкта підприємництва (підписання та нотаріальне посвідчення документів, призначення на посаду керівника підприємства тощо), її дії за наявності всіх ознак складу злочину потрібно розцінювати як дії виконавця і кваліфікувати за ст. 205 без посилання на ст. 27 КК.

У разі, коли особа, будучи формальним (номінальним) керівником фіктивного підприємства і виконуючи вказівку фактичного адміністратора, підписує фінансово-господарські документи і при цьому не усвідомлює справжнього змісту і характеру вчинюваних нею дій, вона за наявності ознак складу злочину, передбаченого ст. 367 КК, може притягуватись до відповідальності за службу недбалість. У подібних випадках не виключається оцінка вчиненого як казусу.

Дії осіб, які офіційно не причетні до складання і подання податкової звітності або пакета документів для отримання банківського кредиту, не мають права підпису фінансово-господарських документів, але фактично діють від імені підприємства і спонукають формального керівника підписати відповідні документи, мають розглядатись як «посереднє виконання» злочинів і кваліфікуватись, наприклад, за ст. ст. 190, 212 або 222 КК.

Якщо фактичні керівники здійснюють фінансово-господарську діяльність, поєднану з несплатою податків і зборів (обов'язкових платежів), безпосередньо із використанням установчих та інших документів, штампів і печаток спеціально створених (придбаних) для цього юридичних осіб – суб'єктів підприємництва, і без вказівок підставним керівникам, їх дії треба кваліфікувати не за ст. 212 (через відсутність належного суб'єкта злочину), а за відповідною частиною ст. 205 як фіктивне підприємництво. У такому випадку документи податкової звітності взагалі не складаються і до контролюючих органів не надходять або ж заповнюються фахівцями, спроможними це робити, які однак офіційно жодних посад на підприємствах не обіймають. Притягнення до відповідальності підставних керівників суб'єктів підприємницької діяльності за ст. 205 можливе лише у тому разі, коли такі особи не лише створили чи придбали суб'єкт підприємницької діяльності або сприяли його створенню чи придбанню, а й усвідомлювали, що ці дії мають на меті прикриття незаконної діяльності або здійснення забороненої законом діяльності.

Службова особа уповноваженого органу, яка за незаконну винагороду реєструє створюваний суб'єкт підприємництва, усвідомлюючи його фіктивний характер, повинна притягуватись до відповідальності за ст. 368 КК та пособництво фіктивному підприємництву (ч. 5 ст. 27, ст. 205

КК), а за наявності до цього підстав – і за ст. 364 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 205 КК, характеризується прямим умислом і спеціальною метою – прикрити незаконну діяльність або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона. Для кваліфікації за ст. 205 КК треба встановити наявність у винної особи зазначеної мети на момент створення або придбання суб'єкта підприємницької діяльності. Якщо вчинення злочинів супроводжує діяльність легального суб'єкта підприємництва, під час створення або придбання якого не переслідувалась мета прикрити незаконну діяльність, інкримінування ст. 205 КК виключається, а кримінально-правова оцінка має даватись на підставі відповідних норм КК (наприклад, за ст. ст. 190, 201, 204, 209, 213, 222).

Таких обмежень не встановлює, наприклад, ч. 2 ст. 203 КК Литви, яка передбачає кримінальну відповідальність для того, хто заснував підприємство або керував підприємством, яке використовувалось з метою приховання незаконної діяльності. З урахуванням поширеності практики використання злочинцями вже існуючих суб'єктів господарювання, які свого часу були зареєстровані належним чином, окремі вітчизняні дослідники також висловлюються за те, щоб вдосконалена ст. 205 КК передбачала відповідальність як за створення, так і за використання суб'єкта господарювання для вчинення злочину або іншої протиправної діяльності<sup>434</sup>.

*За ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 205 КК засудив Деснянський районний суд м. Києва суб'єкта, який за попередньою змовою із не встановленою слідством особою за обіцяну грошову винагороду придбав ТОВ «К.» шляхом перереєстрації цього підприємства на своє ім'я, а надалі підписав реєстраційні документи і видав довіреність на ім'я іншої особи, уповноваживши її здійснювати фінансово-господарську діяльність ТОВ «К.» Скасовуючи вирок, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ вказала у своїй ухвалі на відсутність у діях засудженого мети прикриття незаконної діяльності як обов'язкової ознаки суб'єктивної сторони фіктивного підприємництва. Використання ж легально існуючого суб'єкта підприємницької діяльності для прикриття незаконної діяльності, якщо така мета при його створенні чи придбанні не ставилася, складу злочину, передбаченого ст. 205 КК, не утворює<sup>435</sup>.*

<sup>434</sup> Бурбело О.А., Шеглов Д.С. Господарсько-правове визначення фіктивного господарювання // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2008. – № 1. – С. 16-18.

<sup>435</sup> Закон і бізнес. – 21 – 27 травня 2011 р. – № 21. – С. 18.



Особа, яка для фактичного здійснення підприємницької діяльності придбаває юридичну особу – суб'єкт підприємництва, зареєстровану, як з'ясується згодом, за підробленими, втраченими або викраденими документами, не може бути притягнена до кримінальної відповідальності за ст. 205 КК.

Незаконною діяльністю, прикрити яку прагнуть особи, винні у фіктивному підприємстві, визнається, зокрема: легалізація доходів, отриманих злочинним шляхом; одержання кредитів нібито для здійснення підприємницької діяльності; ухилення від сплати податків; конвертація безготівкових коштів у готівку; ведення недобросовісної конкурентної боротьби; монополізація ринку товарів і послуг; одержання в оренду приміщень і земельних ділянок з метою їх використання для інших потреб, відмінних від легального підприємництва; залучення коштів населення з їх подальшим використанням у власних інтересах<sup>436</sup>; приховування ролі фактичного інвестора у придбанні певного об'єкта тощо<sup>437</sup>. Під незаконною діяльністю в плані відповідальності за ст. 205 КК слід розуміти такі види діяльності, які особа або не має права здійснювати взагалі, або ж, маючи право на їх здійснення за певних умов чи з дотриманням певного порядку, здійснює їх з порушенням цих умов та порядку.

<sup>436</sup> З урахуванням того, що бізнес на фінансових пірамідах в Україні продовжується і процвітає, пропозиція криміналізувати створення фінансової піраміди як окремих, відмінних від шахрайства делікт (Петричко Н.О. Незаконні азартні ігри: кримінально-правове та кримінологічне дослідження: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 219-220), видається конструктивною. При цьому ознаки фінансових пірамід, у т. ч. на предмет їх адекватного відображення у тексті відповідної кримінально-правової заборони, мають бути досліджені із залученням фахової (насамперед фінансово-правової) літератури (див., наприклад: Правонарушення на фінансовому ринку: виявлення, аналіз і оцінка ушкодження. Справочник для співробітників правоохоронительних органів / Под общ. ред. Г.С. Полтавченко. – М.: Альпина Бизнес Букс, 2007. – С. 531-554). З приводу діяльності фінансових пірамід в Україні див.: Чернявський С.С. Фінансове шахрайство: методологічні засади розслідування. – К.: «Хай-Тек Прес», 2010. – С. 360-368).

<sup>437</sup> Особи, які створювали фіктивні кооперативи (приватні підприємства у формі кооперативного об'єднання) або надавали допомогу в організації таких підприємств як фундатори і фіктивні члени та які могли нести відповідальність за це на підставі ст. 135-2 КК УСРР 1927 р., зазвичай переслідували такі цілі, як отримання кредитів на пільгових умовах, приховування порушень законодавства про охорону праці, ухилення від сплати податків шляхом використання наданих кооперативам пільг. Створення фіктивних кооперативів розглядалось у період непу як «злочинна форма дезертирства від податкової повинності» (Кондурушкин И.С. Частный капитал перед советским судом. Пути и методы накопления по судебным и ревизионным делам. – М.-Л.: Госиздат, 1927. – С. 119-126; Никифоров Б.С. Борьба с мошенническими посягательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву. – М.: Изд-во АН СССР, 1952. – С. 136).

Здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона, означає: 1) зайняття тими видами діяльності, якими ні фізичні, ні юридичні особи не вправі займатися взагалі (наприклад, гральний бізнес, діяльність, пов'язана з обігом аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин, за винятком випадків, встановлених законом); 2) здійснення певних видів господарської діяльності за відсутності необхідних підстав для їх вчинення конкретною особою (наприклад, відповідно до закону окремі види господарської діяльності можуть здійснювати лише державні підприємства або юридичні особи певних організаційно-правових форм).

Засудивши К. у т.ч. за ч. 2 ст. 205 КК, Саксаганський районний суд м. Кривого Рогу вказав у вирокі, що К. вчинила фіктивне підприємство шляхом придбання ПП «Техаи» і створення ПП «Флорис» без наміру здійснювати статутну діяльність. Використовуючи банківські рахунки і документацію зазначених підприємств, К. без ведення реальної підприємницької діяльності у період з грудня 2001 р. до січня 2004 р. перевела з безготівкової форми грошей у готівку понад 1 млн. 944 тис. грн.<sup>438</sup>

За ч. 2 ст. 205 КК засудив Жданівський міський суд Донецької області (вирок від 27 лютого 2003 р.) Р., яка двічі (у 2000 р. і 2002 р.) з метою прикриття незаконної діяльності (конвертаційних операцій) займалась перереєстрацією на нового засновника МПП «Горизонт». На підставі укладених з іншими суб'єктами господарювання угод про купівлю-продаж товарно-матеріальних цінностей (вугілля, метизів, деревини тощо) на банківський рахунок МПП «Горизонт» надходили грошові кошти, які знімались Р. з рахунку готівкою за допомогою чекової книжки. При цьому Р. від імені МПП «Горизонт» виписувала первинні документи бухгалтерського і податкового обліку, усвідомлюючи ту обставину, що фактично ТМЦ «Горизонту» не надходили і в свою чергу ним на адресу контрагентів за договорами не поставлялись. Урахувавши, що кошти, які находили на банківський рахунок МПП «Горизонт» підлягали оподаткуванню податком на прибуток підприємств і ПДВ, суд визнав 610724 грн. несплачених податків великою матеріальною шкодою, заподіяною державі, – кваліфікуючою ознакою фіктивного підприємництва. Крім цього, за ч. 1 ст. 205 КК було засуджено Ч. і В., які, фактично не маючи наміру займатись вказаними у статуті видами підприємницької діяльності, у різний час погодилися на пропозицію Р. виступити засновниками і директорами МПП «Горизонт», передали Р. свої паспорти і затвердили нові редакції

<sup>438</sup> Архів Саксаганського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської обл. Справа № 1-149 за 2006 р.

статуту вказаного підприємства<sup>439</sup>.

Правильність кримінально-правової оцінки дій Р., Ч. і В. викликає сумнів. Ознайомлення з обвинувальним висновком і вироком дозволяє стверджувати, що Ч. і В. як фіктивні засновники і керівники МПП «Горизонт» на момент переоформлення документів, пов'язаних із зміною власника підприємства, не знали про заплановану незаконну діяльність МПП «Горизонт», а надалі до його фінансово-господарської діяльності відношення не мали. Жодних пояснень з цього приводу Р. їм не давала. За таких обставин визнання Ч. і В. співвиконавцями (поряд із Р.) фіктивного підприємства є безпідставним. Як слушно зазначає П.П. Андрушко, в тому разі, коли особа, на ім'я якої зареєстровано чи від імені якої придбано суб'єкт підприємницької діяльності – юридичну особу, не усвідомлювала справжньої мети його створення чи придбання, вважаючи, що суб'єкт підприємства буде здійснювати законну діяльність, вона не підлягає кримінальній відповідальності через відсутність вини. Виконавцем злочину, передбаченого ст. 205 КК, має визнаватися особа, яка спонукала формального власника юридичної особи створити чи придбати її<sup>440</sup>. У розглянутому прикладі із судової практики таким «посереднім» виконавцем фіктивного підприємства виступала Р., у зв'язку з чим кваліфікація її дій без посилання на ч. 3 або ч. 4 ст. 27 КК є цілком виправданою.

У ст. 148-4 КК 1960 р для характеристики суб'єктивної сторони фіктивного підприємства використовувалось формулювання «без наміру здійснювати статутну діяльність». Недоречність цього використання у тексті КК підтверджується зверненням до регулятивного законодавства. Аналізуючи норму про фіктивне підприємство, О. Шипка і О. Шешеня зазначають, що жоден нормативно-правовий акт України не покладає на засновника, наприклад, ТОВ обов'язок займатись господарською чи фінансовою діяльністю. Усі питання, що стосуються діяльності ТОВ, згідно зі ст. 62 Закону «Про господарські товариства» входять до компетенції його виконавчого органу, яким є дирекція<sup>441</sup>. У тому разі, коли загальні збори засновників ТОВ створюють виконавчий орган, який здійснює поточне керівництво його діяльністю (ст. 145 ЦК), а загальні збори акціонерів створюють правління чи інший

виконавчий орган (ст. 161 ЦК), намір засновників цих суб'єктів підприємства не займається задекларованою господарською діяльністю є цілком правомірним і не може відігравати роль криміноутворюючої ознаки при конструюванні норми про кримінальну відповідальність за фіктивне підприємство.

Н.О. Гуторова при розкритті змісту поняття «незаконна діяльність» пише, що «якщо йдеться про будь-яку діяльність, що вчиняється з порушенням чинного законодавства (зокрема, правил бухгалтерського обліку, правил пожежної безпеки, санітарних правил тощо), то ті чи інші порушення допускаються майже всіма суб'єктами господарської діяльності»<sup>442</sup>. А тому Н.О. Гуторова вважає вказівку на спеціальну мету в ст. 205 КК недоцільною, оскільки вона фактично не несе змістовного навантаження і призводить лише до зайвих складнощів у застосуванні цієї норми.

Г.З. Яремко справедливо зауважує, що викладена точка зору означає необґрунтоване розширення змісту такої бланкетної ознаки, як незаконна діяльність. Порушення нормативних вимог при здійсненні господарської діяльності є випадками непоодинокими, однак це ще не свідчить про наявність складу злочину, передбаченого ст. 205 КК. Приховання незаконної діяльності повинно бути самоціллю створення або придбання суб'єктів підприємницької діяльності (юридичних осіб)<sup>443</sup>.

Вказівка у ст. 205 чинного КК на мету прикриття незаконної діяльності або здійснення забороненої законом діяльності, хоч і не повною мірою враховує процесуальну здійсненість кримінального переслідування як один із принципів криміналізації, все ж орієнтує правоохоронні органи на притягнення до кримінальної відповідальності фактичних управлінців підприємств, а не тих, хто виступає лише «живим» знаряддям в їх руках. На жаль, на практиці інколи не звертається належної уваги на зміну описання ознак фіктивного підприємства у кримінальному законі.

*Так, за ч. 2 ст. 205 КК (за ознакою заподіяння державі великої матеріальної шкоди) кваліфікував слідчий дії Б., який з метою особистого збагачення погодився на пропозицію свого знайомого О. виступити засновником і директором ПП «Трея». Після переоформлення суб'єкта підприємства на своє ім'я, Б. за винагороду у розмірі 40 американських доларів*

<sup>439</sup> Матеріали відділу податкової міліції Єнакієвської об'єднаної ДПП Донецької обл. Кримінальна справа № 137-2229 за 2002 р.

<sup>440</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – С. 398.

<sup>441</sup> Шипка О., Шешеня О. Угоди завідомо суперечні інтересам держави і суспільства // Юридичний журнал. – 2003. – № 11. – С. 88.

<sup>442</sup> Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. – Х.: Вид-во Національного ун-ту внутрішніх справ, 2001. – С. 264-265.

<sup>443</sup> Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – С. 185.

передав О. установчі документи і печатку підприємства, самоусунувся від виконання своїх обов'язків щодо здійснення фінансово-господарської діяльності підприємства і, як стверджує слідчий в обвинувальному висновку, сприяв не встановленим особам здійснювати від імені ПП «Трея» приховану від оподаткування діяльність, що потягло за собою несплату ПДВ на суму 86000 грн. Таку ж кримінально-правову оцінку дістали аналогічні дії іншого фіктивного засновника і керівника С. Скориставшись установчими документами і печаткою формально очолюваного С. МПП «Оріонус», не встановлені слідством особи здійснювали комерційну діяльність і шляхом подання перекрученої податкової декларації ухилились від сплати ПДВ на суму 323300 грн. В цій частині дії О. були визнані слідчим сприянням придбанню юридичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності і кваліфіковані за ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 205 КК як пособництво фіктивному підприємству<sup>444</sup>.

Із свідчень фіктивних засновників комерційних юридичних осіб Б. і С. випливає, що під час переоформлення документів, пов'язаних із зміною власників ПП «Трея» і МПП «Оріонус», Б. і С. не знали про те, що з використанням реквізитів цих підприємств невідомі їм особи здійснюватимуть діяльність, поєднану з порушенням вимог податкового законодавства. За таких обставин висновок слідчого про те, що Б. і С. не мали наміру здійснювати статутну діяльність підприємств, відповідає дійсності, а висновок про те, що вони, створюючи юридичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності, мали на меті прикрити незаконну діяльність інших осіб, – ні. У зв'язку із не встановленням у поведінці обвинувачених Б. і С. вказаної мети інкримінування їм ч. 2 ст. 205 КК є помилковим. Показовою є відсутність однакового підходу до кримінально-правової кваліфікації подібних дій: в обвинувальному висновку згадується ряд інших формальних засновників і керівників суб'єктів підприємництва (М. – ПП «Фараон», К. – ПП «Свіч», К-фа – МПП «Елегія» та ін.), які чомусь (по суті правильно) фігурують не як обвинувачені у фіктивному підприємстві, а лише як свідки у справі. З урахуванням викладеного слід зробити висновок про те, що дії О. мали розцінюватись як «посереднє» вчинення фіктивного підприємства і кваліфікуватись за ст. 205 КК без посилання на ст. 27 КК.

Під прикриттям незаконної діяльності слід розуміти використання статусу суб'єкта

<sup>444</sup> Матеріали відділу податкової міліції ДПІ у Київському районі м. Одеси. Кримінальна справа № 206200200015 за 2002 р.

підприємництва з метою створення обстановки, яка не відповідає фактично здійснюваній та протиправній за своєю природою діяльності. Такі дії спрямовані, з одного боку, на створення умов для вчинення злочинів, а, з іншого, – на маскування злочинної діяльності з метою ухилення її організаторів від відповідальності. Фіктивне підприємство постає інструментом, знаряддям вчинення і приховування злочинів<sup>445</sup>.

Загалом погоджуючись із викладеним підходом, слід водночас зауважити, що використаний у ст. 205 КК термін «незаконна діяльність» охоплює діяльність, яка поєднується з порушенням норм не лише кримінального, а й адміністративного, фінансового, цивільного, трудового та іншого законодавства. Створення та придбання юридичної особи – суб'єкта підприємництва з метою прикриття незаконної діяльності є нічим іншим, як умисним створенням умов для її проведення, тобто за своїм загальним кримінально-правовим змістом дії, описані у ст. 205 КК, є готуванням до правопорушення. Закономірно постає питання: в чому полягає соціальна обумовленість запровадження кримінальної відповідальності за готування до діянь, які злочином не визнаються? Підстав для такої криміналізації, вочевидь, немає. Навіть якщо виходити з того, що вказане у ст. 205 КК здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона, – це не характеристика мети прикриття, а самостійна (альтернативна) мета фіктивного підприємства<sup>446</sup>, то й таке тлумачення КК не змінює ситуації на краще. Адже зрозуміло, що види діяльності, стосовно яких є заборона, як різновид незаконної діяльності не тотожні кримінально караній діяльності. У зв'язку з цим слушною видається пропозиція М.І. Хавронюка у ч. 1 ст. 205 КК формулювання «прикриття незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона» замінити зворотом «вчинення злочину»<sup>447</sup>.

Таким чином, диспозиція проаналізованої

<sup>445</sup> Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності: окремі криміналістичні методики / За ред. В.Ю. Шепітька. – Х.: Право, 2006. – С. 110.

<sup>446</sup> Слід погодитись з Н.О. Гуторовою, яка вважає, що вказівка у ст. 205 КК на здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона, є зайвою, оскільки така діяльність повністю охоплюється іншим поняттям – «незаконна діяльність» (Гуторова Н.О. Вказана праця. – С. 264).

<sup>447</sup> Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 216.

Створення та придбання юридичної особи – суб'єкта підприємництва з метою прикриття правопорушень, які не є злочинами, в літературі пропонується розцінювати як передбачене ч. 2 ст. 11 КК малозначне діяння (Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 91).



кримінально-правової норми має охоплювати: 1) організаційно-правову форму приватного підприємництва, коли суб'єктом підприємницької діяльності виступає фізична особа, яка діє без створення юридичної особи; 2) дії з відповідною метою, вчинювані щодо тих суб'єктів господарювання, які здійснюють некомерційне господарювання і можуть й не мати статусу юридичної особи; 3) псевдопідприємництво, яке може набувати вигляду укладання псевдоугод і опис якого у КК повинен узгоджуватись із термінологією регулятивного (цивільного) законодавства. Крім цього, поліпшена редакція ч. 1 ст. 205 КК у частині позначення ознак об'єктивної сторони повинна узгоджуватись з вимогами господарського законодавства. Необхідно уточнити і зміст суб'єктивної сторони злочину шляхом заміни кримінологічно необґрунтованого звороту «прикриття незаконної діяльності» словосполученням «для вчинення іншого злочину або його приховування». Термін «псевдо» у складних словах відповідає поняттям «несправжній», «неправильний» і більш точно відображає суть злочину, передбаченого вдосконаленою редакцією ст. 205 КК: у ній йдеться про вчинення у сфері господарювання цілком легальних (правильних) із зовнішнього боку дій, які однак з самого початку підпорядковані нелегальній меті – вчиненню іншого злочину або його приховуванню.

З урахуванням сказаного назву ст. 205 КК пропонується викласти у такій редакції: «Псевдогосподарська діяльність». У диспозиції ч. 1 цієї статті мова повинна йти про створення суб'єкта господарської діяльності або встановлення контролю над ним, набуття фізичною особою статусу підприємця, а так само про вчинення службовою особою суб'єкта господарської діяльності або фізичною особою – підприємцем фіктивного або удаваного правочину, якщо це здійснено для вчинення іншого злочину або його приховування.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 205 КК) є: 1) повторність; 2) заподіяння державі, банкові, кредитній установі, іншим юридичним особам або громадянам великої матеріальної шкоди.

Поняттям *повторності* охоплюється юридична (пов'язана із засудженням) і фактична (не пов'язана із засудженням) повторність дій, передбачених частинами 1 або 2 ст. 205 КК.

Матеріальна шкода, яка заподіяна фізичним особам, вважається *великою*, якщо вона у двісті і більше разів перевищує НМДГ, а матеріальна шкода, яка заподіяна державі або юридичним особам, вважається *великою*, якщо вона у тисячу і більше разів перевищує НМДГ (примітка до ст. 205 КК). Зазначена шкода може бути заподіяна як однієї фізичній або юридичній особі,

так і декільком чи навіть багатьом і може полягати як у реальній шкоді, так і в упущеній вигоді. При цьому неодержані доходи мають знаходитись у причинному зв'язку із злочинним діянням, обов'язково були б одержані потерпілим, якби самої події злочину не було<sup>448</sup>.

Матеріальна шкода може бути заподіяна в результаті: неповернення одержаного кредиту, а також відсотків за користування кредитом; витрачання коштів, зібраних у населення під час проведення довірчих або страхових операцій, на потреби, не передбачені установчими документами підприємства; несплати належних сум податків; припинення діяльності придбаного суб'єкта підприємництва тощо.

Відповідальність за ч. 2 ст. 205 КК за ознакою заподіяння великої матеріальної шкоди настає лише в разі спричинення такої шкоди внаслідок створення чи придбання суб'єкта підприємницької діяльності (п. 19 постанови Пленуму ВСУ від 25 квітня 2003 р. № 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності»).

*Посилаючись на це роз'яснення, Апеляційний суд м. Києва виключив з обвинувачення М., засудженої за організацію фіктивного підприємництва, вчиненого повторно (ч. 3 ст. 27, ч. 2 ст. 205 КК), таку кваліфікуючу ознаку, як заподіяння великої матеріальної шкоди державі. Суд виходив з того, що за змістом кримінального закону вказана шкода має бути заподіяна саме внаслідок створення чи придбання суб'єкта підприємництва, а не подальшої незаконної діяльності. Тому несплата ПДВ на суму понад 2,5 млн. грн. як результат незаконної діяльності (конвертаційних операцій) вже створених з ініціативи М. суб'єктів підприємництва знаходиться поза межами складу злочину «фіктивне підприємство»<sup>449</sup>.*

Не ставлячи під сумнів правильність такого судового тлумачення кримінального закону, водночас зауважимо, що фактично суспільно небезпечні наслідки у вигляді матеріальної шкоди державі, банку, кредитній установі, іншим юридичним особам або громадянам (ч. 2 ст. 205 КК) спричиняються не стільки створенням або придбанням суб'єкта підприємництва, скільки незаконними діяннями, заради приховування (утаювання) або здійснення яких і була створена

<sup>448</sup> Положення про те, що упущена (втрачена) вигода входить до складу матеріальної шкоди у складі кваліфікованого фіктивного підприємництва, докладно обґрунтовується П.С. Берзіним (Берзін П.С. Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення: монографія. – К.: Дакор, 2009. – С. 571-581).

<sup>449</sup> Архів Апеляційного суду м. Києва. Справа № 11-а-1798 за 2003 р.

(придбана) юридична особа. Звичайно, не виключаються випадки, коли саме створення або придбання суб'єкта підприємництва здатне заподіяти матеріальну шкоду, проте навряд чи такі випадки можуть вважатись типовими з точки зору кримінально-правової протидії фіктивному підприємству<sup>450</sup>. Звідси напрашується думка про недоцільність виокремлення у ч. 2 ст. 205 КК заподіяння великої матеріальної шкоди певним особам як кваліфікуючої ознаки фіктивного підприємництва.

**Протидія законній господарській діяльності** (ст. 206 КК). **Суспільна небезпека** цього злочину полягає у тому, що він порушує конституційне право на зайняття підприємницькою діяльністю, не забороненою законом, посягає на свободу такої діяльності, тобто на право підприємців самостійно обирати форми, способи господарювання і партнерів для бізнесу, шкодить стабільності господарського обороту, неправомірно обмежує конкуренцію, сприяє розвитку організованої злочинності.

Відповідно, основний **безпосередній об'єкт** злочину, передбаченого ст. 206 КК, може бути визначений як встановлений порядок здійснення господарської діяльності, покликаний забезпечити стабільність господарського обороту, свободу підприємництва і дотримання засад добросовісної конкуренції. При вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 206 КК, залежно від характеру погрози **додатковим об'єктом** виступає право людини на особисту недоторканість або власність. У разі вчинення кваліфікованих видів злочину його **додатковими об'єктами** визнаються, зокрема, життя і здоров'я особи, встановлений порядок здійснення службовою особою службових повноважень.

Обов'язковою ознакою складу розглядуваного злочину є *потерпілий* – це особа, яка здійснює законну господарську діяльність, контролює її та яка здатна самостійно прийняти рішення або істотно вплинути на прийняття рішення про припинення або обмеження такої діяльності, про вчинення або невчинення правочину. Наприклад, це може бути особа, яка займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи, фермер, керівник ПП, особа, яка входить до складу виконавчого органу господарського товариства.

<sup>450</sup> Так, на думку П.П. Андрушка, у разі придбання юридичної особи з метою припинення її діяльності шкода може полягати в тому, що внаслідок припинення виробництва певних товарів придбаним підприємством підвищуються ціни на аналогічні товари, які виготовляються іншими суб'єктами підприємництва, проводиться звільнення працівників підприємства у зв'язку з його ліквідацією тощо (Андрушко П. Фіктивне підприємництво: проблеми кваліфікації та вдосконалення законодавства /

Ст. 206 КК підлягає застосуванню як у тому випадку, коли від потерпілого вимагають зробити те, що може зашкодити його особистим інтересам, так і тоді, коли висунута вимога здатна заподіяти шкоду інтересам певної юридичної особи, до господарської діяльності якої має безпосереднє відношення потерпілий (наприклад, останній є головою правління акціонерного товариства і при цьому не є учасником товариства).

За ст. 206 КК мають кваліфікуватися і ті випадки, коли винний висуває відповідні вимоги, поєднані із погрозами щодо особи, яка не спроможна виконати ці вимоги, помилово вважаючи, що потерпілий наділений більшими повноваженнями або має більший, ніж це є насправді, вплив на власників чи керівників юридичної особи – суб'єкта господарської діяльності<sup>451</sup>.

Господарська діяльність, якій протидіє винний, має бути *законною*. Варто однак зробити застереження: не вимагається цілковитої правомірності, повної узгодженості здійснюваної господарської діяльності з вимогами чинного законодавства, адже досягти цього у сьогоднішній Україні з її нестабільним і суперечливим законодавством (у т.ч. податковим), відверто кажучи, проблематично. Буквальне тлумачення ст. 206 КК може призвести до того, що ця кримінально-правова заборона перетвориться на «мертву».

Разом з тим потерпілими від розглядуваного злочину не можуть виступати особи, які займаються підприємництвом без державної реєстрації, здійснюють господарську діяльність, що підлягає ліцензуванню, без одержання належної ліцензії, займаються такими видами господарської діяльності, щодо яких є спеціальна заборона. Протидія зазначеній незаконній господарській діяльності, здійснювана у формах, вказаних у ст. 206 КК, складу передбаченого нею злочину не утворює і за наявності підстав може розцінюватись як злочин проти життя чи здоров'я особи, проти власності, як самоправство або злочин у сфері службової діяльності.

Протидію законній господарській діяльності без обтяжуючих обставин віднесено до кримінальних правопорушень, кримінальне провадження щодо яких може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого (ст. 477 КПК 2012 р.).

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 206 КК, полягає у діях винного, які характеризуються поєднанням двох складових. По-перше, це протиправна вимога, зміст якої визначений законодавцем альтернативно і включає в себе вимогу: 1) припинити займатися господарською діяльністю; 2) обмежити таку діяльність; 3) укла-

<sup>451</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 603-604.

сти угоду<sup>452</sup>, виконання якої здатне заподіяти матеріальну шкоду або обмежити законні права чи інтереси того, хто займається господарською діяльністю; 4) не виконувати укладену угоду, що може потягти за собою такі ж негативні наслідки. Висловлена у категоричній формі вимога певного змісту може бути доведена до потерпілого будь-яким способом – усно, письмово, за допомогою засобів зв'язку тощо.

По-друге, це погроза насильством над потерпілими чи близькими йому особами або погроза пошкодженням чи знищенням їхнього майна. Таким чином, обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину виступає спосіб його вчинення.

Під *особами, близькими для потерпілого*, з точки зору кваліфікації за ст. 206 КК потрібно розуміти близьких родичів, а також інших осіб, життя, здоров'я та благополуччя яких має суттєве значення для потерпілого (наречена, коханка, особа, з якою потерпілий перебуває у фактичному шлюбі, тощо). Питання про визнання особи близькою вирішується у кожному конкретному випадку. «Головним при вирішенні цього питання є те, що винний вважає, що погроза застосувати насильство до конкретної особи або пошкодити чи знищити її майно змусить потерпілого виконати чи не виконати обумовлені вимогою дії»<sup>453</sup>.

Зміст погрози потрібно чітко встановлювати, оскільки це впливає на кваліфікацію. Залежно від змісту погроза насильством може бути ознакою основного (ч. 1 ст. 206 КК) або кваліфікованого складу злочину (ч. 2 ст. 206 КК посилює караність у разі погрози вбивством чи заподіянням тяжких тілесних ушкоджень). Погроза вбивством, якщо були реальні підстави побоюватись здійснення цієї погрози, охоплюється диспозицією ст. 206 КК і не потребує додаткової кваліфікації за ст. 129 КК. Способами, які перетворюють протиправну вимогу зазначеного змісту у кримінально карану поведінку, передбачену аналізованою статтею КК, є не лише погроза насильством, а й фактичне застосування фізичного насильства – такого, яке не є небезпечним для життя і здоров'я (ч. 2 ст. 206 КК), або небезпечного для життя і здоров'я (ч. 3 ст. 206 КК)<sup>454</sup>, а також фактичне пошкодження чи знищення майна (ч. 2 ст. 206 КК).

*Вимога припинити займатися господарською діяльністю* означає вимогу негайно або через деякий час повністю припинити таку діяльність (ліквідувати юридичну особу – суб'єкт господарю-

вання, подати заяву про скасування державної реєстрації особи як приватного підприємця, продати іншій особі належні потерпілому корпоративні права<sup>455</sup> тощо).

*Вимога обмежити господарську діяльність* може полягати у примушуванні потерпілого до припинення певного напрямку господарської діяльності, зменшення обсягу продажу товарів, припинення або обмеження ділових зв'язків з іншими суб'єктами господарської діяльності, відмови від запланованого створення нових підприємств або їх філій тощо.

*Вимога укласти угоду, виконання якої може заподіяти матеріальну шкоду або обмежити законні права чи інтереси того, хто займається господарською діяльністю*, охоплює примушування до укладання цивільно-правових, трудових договорів та інших правочинів, які пов'язані із встановленням, зміною або припиненням прав і обов'язків учасників господарського обороту. Угодою, укласти яку вимагає винний, може бути, наприклад: договір про купівлю або продаж товарів за завищеними або заниженими цінами; економічно не вигідний кредитний договір; договір із тим суб'єктом господарювання, з яким потерпілий не бажає вести бізнесові справи; договір, за яким товари (роботи, послуги) продаються (виконуються, надаються) лише конкретному контрагентові; договір про передачу корпоративних прав (за умови, що це не означає повне припинення зайняття потерпілим господарською діяльністю).

*Вимога не виконувати укладену угоду* означає викладену у рішучій (категоричній) формі пропозицію винного потерпілому негайно або у визначений строк не вчинювати ті дії, які впливають з цієї угоди, що може заподіяти матеріальну шкоду або обмежити права чи законні інтереси того, хто займається господарською діяльністю. В цій частині аналізований господарський злочин потрібно відмежовувати від примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ст. 355 КК). З одного боку, ст. 206 КК характеризується специфічними сферою застосування і потерпілим – це господарська діяльність і той, хто нею займається. З іншого, завдяки використанню у ст. 206 КК терміну «угода» розглядувана кримінально-правова заборона охоплює не лише цивільно-правові зобов'язання, а більш широке коло правовідносин.

Водночас діяння, передбачені ст. 206 і ст.

<sup>452</sup> У ЦК фігурує не угода, а правочин.

<sup>453</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, С.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 684.

<sup>454</sup> Поняття вказаного фізичного насильства розкривається у главі 8 підручника.

<sup>455</sup> Корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) цієї організації та активів у разі ліквідації останньої, а також інші правомочності, передбачені законом і статутними документами (ст. 14 ПК).



355 КК, можуть утворювати сукупність злочинів. Наприклад, особа, яка шляхом погрози застосування насильства примушує повернути дійсний борг, одночасно вимагає як компенсацію за несвоєчасне повернення боргу укласти угоду про передачу в лізинг частини основних засобів, без яких виробництво на підприємстві зупиниться<sup>456</sup>.

За ст. 206 КК мають кваліфікуватись випадки примушування підприємців відійти під «дах» осіб з кримінальною репутацією, коли потерпілим ставляться вимоги укласти з цими особами угоди про надання певних послуг: охорона і забезпечення збереження товарно-матеріальних цінностей, допомога у пошуку контрагентів, отриманні кредитів, забезпеченні сировиною, збуті товарів тощо. Не випадково між такими характеристиками угоди, як її здатність заподіяти матеріальну шкоду і обмежити законні права та інтереси у тексті ст. 206 КК використано сполучник «або». П.П. Андрушко з цього приводу слушно зауважує, що інколи виконання (невиконання) небажаної для потерпілого угоди в матеріальному плані може бути йому більш вигідним, але примушуванням до її укладення (неукладення) ущемлюється його законне право на свободу господарської діяльності, підривається його ділова репутація тощо<sup>457</sup>.

Обов'язковою умовою кваліфікації за ст. 206 КК є протиправність вимоги, а тому не утворюють складу аналізованого злочину правомірні вимоги припинити або обмежити господарську діяльність. Водночас має рацію М.І. Хавронюк, стверджуючи, що поєднана з погрозами чи насильством вимога не може бути законною, у зв'язку з чим із ч. 1 ст. 206 КК варто виключити слово «протиправна»<sup>458</sup>. Оскільки вимога в силу законодавчої вказівки повинна бути поєднана з погрозою насильством над потерпілим або близькими йому особами, пошкодженням чи знищенням їхнього майна, ця вимога не може бути правомірною. Тому вказівка у ч. 1 ст. 206 КК на протиправність вимоги не несе самостійного змістовного навантаження<sup>459</sup>.

З огляду на пряму вказівку законодавця, перераховані у ст. 206 КК вимоги розглядаються

<sup>456</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2001. – С. 324; Соловйова А.М. Кримінально-правова характеристика примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ст. 355 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 154.

<sup>457</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 683-684.

<sup>458</sup> Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 218.

<sup>459</sup> Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини кримінального кодексу України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – С. 140.

як протидія законній господарській діяльності за умови відсутності у вчиненому ознак вимагання. Вимогу передачі чужого майна чи права на майно або вчинення будь-яких дій майнового характеру з погрозою насильством над потерпілим чи його близькими родичами, пошкодженням або знищенням майна треба кваліфікувати не за ст. 206, а за ст. 189 КК. При вимаганні винна особа керується умислом на заволодіння не належним їй майном чи правом на таке майно або бажає вчинення на її користь дій майнового характеру. Наприклад, вимаганням, а не протидією законній господарській діяльності потрібно визнавати поєднану з відповідною погрозою вимогу безоплатно передати іншій особі корпоративні права, належні потерпілому, укласти договір купівлі товару за завищеною ціною або фіктивно зарахувати на роботу особу і незаконно виплачувати їй грошові кошти нібито як зарплату<sup>460</sup>.

Погроза насильством над потерпілим або близькими йому особами як спосіб протидії законній господарській діяльності означає погрозу негайно або у майбутньому застосувати фізичне насильство – завдати удару, побоїв, заподіяти тілесних ушкоджень, позбавити волі, вчинити зґвалтування або інші насильницькі дії. Погроза повинна бути реальною в тому плані, що у потерпілої особи має скластись враження, що, якщо вона не виконає пред'явлену їй вимогу, ця погроза буде реалізована. Однак для визнання погрози способом протидії законній господарській діяльності не має значення те, чи мала винна особа насправді намір і фактичну можливість реалізувати заявлену нею погрозу. Особа, яка вчиняє злочин, передбачений ст. 206 КК, з різних причин може планувати фактичне незастосування фізичного насильства (не здатна подолати певні психологічні бар'єри, вирішила обмежитись лише залякуванням потерпілого тощо), однак на кваліфікацію за ст. 206 КК це не впливає.

Погроза пошкодженням чи знищенням майна має місце у тому разі, коли вона стосується майна, яке належить потерпілому або його близьким на праві приватної власності, а також майна, що перебуває в їхньому віданні чи під їх охороною. Використовуючи у тексті ст. 206 КК словосполучення «їхнє майно», законодавець підкреслює зацікавленість потерпілого та його близьких у збереженні такого майна.

Те, яким способом винний погрожує зни-

<sup>460</sup> Основними відмітними ознаками вимагання, що полягає у примушуванні до угод, є безоплатність (або принаймні очевидна нееквівалентність) переходу майнових прав за угодою, а також безповоротна заміна правоволодільця, за якої попередній правоволодільць (власник) повністю, раз і назавжди позбавляється певних майнових прав (Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 698).

щити або пошкодити майно (зокрема, чи є цей спосіб загальнонебезпечним), на кваліфікацію за ст. 206 КК не впливає, як і те, яку вартість та інші характеристики має це майно. Фактичне знищення або пошкодження майна в процесі протидії законній господарській діяльності залежно від тяжкості суспільно небезпечних наслідків потребує кваліфікації за ч. 2 або ч. 3 ст. 206 КК. Такі дії, як знищення або пошкодження майна, можуть бути вчинені для того, щоб посилити ефективність протиправної вимоги, або тому, що потерпілий не виконує пред'явлену йому вимогу.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 206 КК, визнається *закінченим* з моменту пред'явлення однієї із вказаних вимог, поєднаних з відповідною погрозою, незалежно від того, чи вдалося винній особі змусити потерпілого вчинити або не вчинити бажані для неї дії. Таким же чином вирішується питання про момент закінчення злочину у разі висунення погрози вбивством або заподіянням тяжких тілесних ушкоджень, вчинення злочину організованою групою та службовою особою з використанням службового становища. Інші кваліфіковані види протидії законній господарській діяльності вважаються закінченими відповідно з моменту: застосування насильства, що не є або, навпаки, є небезпечним для життя і здоров'я; пошкодження або знищення майна; заподіяння великої шкоди або спричинення інших тяжких наслідків.

**Суб'єкт** злочину – загальний.

Протидія законній господарській діяльності, вчинена службовою особою з використанням службового становища, кваліфікується за ч. 3 ст. 206 КК і додаткового інкримінування ст. 364 (ст. 364-1) КК не потребує<sup>461</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Мотиви можуть бути різними (корисливі спонукання, недобросовісна конкуренція, помста, заздрість, особиста неприязнь тощо) і на кваліфікацію не впливають.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 206 КК) є: 1) повторність; 2) вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб; 3) погроза вбивством чи тяжкими тілесними ушкодженнями; 4) застосування насильства, що не є небезпечним для життя і здоров'я; 5) пошкодження чи знищення майна<sup>462</sup>.

**Особливо кваліфікуючими ознаками** зло-

чину (ч. 3 ст. 206 КК) є: 1) вчинення злочину організованою групою; 2) використання службовою особою службового становища; 3) застосування насильства, небезпечного для життя чи здоров'я; 4) заподіяння великої шкоди; 5) спричинення інших тяжких наслідків (це, зокрема, смерть або самогубство потерпілого або його близького, умисне заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, заподіяння середньої тяжкості тілесних ушкоджень щонайменше двом особам<sup>463</sup>, припинення діяльності підприємства). Згідно з приміткою до ст. 206 КК матеріальна шкода (більш точно говорити про майнову шкоду) вважається великою, якщо вона у 500 і більше разів перевищує НМДГ.

У юридичній літературі до використання службовою особою службового становища, що обмежує свободу підприємницької діяльності (ч. 3 ст. 206 КК), пропонувалось відносити, зокрема, неправомірну відмову у видачі ліцензії на здійснення певних видів діяльності, відмову у наданні кредиту, в укладенні чи продовженні дії договору оренди, проведення систематичних необґрунтованих перевірок діяльності суб'єкта підприємницької діяльності, що блокує його роботу, вилучення документів<sup>464</sup>. Однак із легального визначення протидії законній господарській діяльності (ч. 1 ст. 206 КК), а так само з позначення особливо кваліфікованого різновиду злочину саме як протидії законній господарській діяльності (а не, скажімо дій, передбачених ч. 1 або ч. 2 цієї статті), вчиненої службовою особою з використанням службового становища впливає, що названі та подібні їм варіанти використання службового становища охоплюються диспозицією ст. 206 КК лише в тому разі, коли вони поєднуються з погрозами насильством, пошкодженням чи знищенням майна або із застосуванням насильства, пошкодженням чи знищенням майна. Якщо ж такого поєднання немає (а воно, зрозуміло, не може вважатись характерним для поведінки службової особи), вчинене такою особою кримінально караною протидією законній господарській діяльності визнаватись, вочевидь, не повинне і за наявності підстав може розглядатись як відповідний злочин у сфері службової діяльності.

У цьому, зокрема, вбачається відмінність ст. 206 КК від ст. 169 КК РФ, що як альтернативні фор-

<sup>461</sup> Про поняття службової особи та використання службового становища див. главу 19 підручника.

<sup>462</sup> У науковій доповіді «Кримінально-правова охорона конституційних засад економіки України», підготовленій Б.Г. Розовським для Інституту економіко-правових досліджень НАН України (Луганськ, 2010), висувається цікава пропозиція доповнити ст. 206 КК такою новою кваліфікуючою ознакою, як вчинення дій щодо суб'єкта, який займається інвестиційною та (або) інноваційною господарською діяльністю.

<sup>463</sup> Навряд чи обґрунтовано не відносити до тяжких наслідків заподіяння середньої тяжкості тілесного ушкодження і одній особі, оскільки для конкретного потерпілого воно означає істотне погіршення якості його життя (Брич Л.П. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – С. 21-22).

<sup>464</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Під заг. ред. Потебенька М.О., Гончаренка В.Г. – К.: Форум, 2001. – У 2-х ч. Особлива частина. – С. 290.

ми перешкоджання законній підприємницькій або іншій діяльності називає неправомірну відмову в реєстрації індивідуального підприємця або юридичної особи, ухилення від їх реєстрації, неправомірну відмову у видачі спеціального дозволу (ліцензії) на здійснення певної діяльності або ухилення від його видачі, обмеження прав і законних інтересів індивідуального підприємця або юридичної особи залежно від організаційно-правової форми або форми власності, а так само обмеження самостійності або інше незаконне втручання в діяльність індивідуального підприємця або юридичної особи, якщо це діяння вчиняється службовою особою з використанням свого службового становища.

Вирішення розглядуваної проблеми окремими вітчизняними дослідниками вбачається у доповненні ст. 206 КК частиною 4, яка б (на кшталт ст. 169 КК РФ) передбачала відповідальність за протидію законній господарській діяльності, вчинену службовою особою з використанням службового становища і не поєднану при цьому з погрозами насильством, пошкодженням чи знищенням майна або із застосуванням насильства, пошкодженням чи знищенням майна<sup>465</sup>.

**Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом** (ст. 209 КК). **Супільна небезпека** цього злочину полягає у заподіянні шкоди легальній економічній діяльності, створенні матеріального підґрунтя для збільшення масштабів злочинної діяльності, дестабілізації нормального функціонування фінансової системи, зниженні рівня довіри до неї, посиленні інфляційних процесів, порушенні принципу рівноправності суб'єктів підприємницької діяльності, посиленні недобросовісної конкуренції та майнового розшарування суспільства, погіршенні міжнародного іміджу України. Легалізація сприяє особам, які займаються злочинною діяльністю, приховувати свої протиправні дії та уникати кримінальної відповідальності за вчинене.

Легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом, є типовим конвенційним злочином, тобто діянням, криміналізація якого відбулась у зв'язку з вступом нашої держави в число учасників відповідних міжнародно-правових документів. На європейському рівні проблема коор-

динації зусиль держав у протидії легалізації діяльності детальне висвітлення у Конвенції РЄ від 8 листопада 1990 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, ратифікованій Законом України від 17 грудня 1997 р., і Конвенції РЄ від 16 травня 2005 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму, ратифікованій Законом України від 17 листопада 2010 р. Можна у цьому контексті пригадати, що прийняття антилегалізаційного законодавства України у 2002 р. і внесення до нього істотних змін у 2003 р. відбувалось під тиском з боку Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (даі – FATF) у вигляді погроз застосування до нашої держави економічних санкцій.

Стратегія боротьби з відмиванням коштів кримінального походження, у т.ч. в Україні передбачає необхідність ужиття країнами комплексу законодавчих заходів, спрямованих: 1) на недопущення використання фінансової системи країни для відмивання «брудних» доходів, зокрема, шляхом закріплення вимог щодо обов'язкової ідентифікації осіб, які здійснюють фінансові операції або в інтересах яких здійснюються такі операції, а також установлення певних обмежень для проведення фінансових операцій, що є підозрілими на предмет легалізації; 2) викриття фінансових операцій, які здійснюються з метою відмивання злочинних доходів, що досягається за допомогою запровадження певного порядку накопичення та аналізу спеціально уповноваженим органом інформації про підозрілі трансакції та здійснення ним певних процедур із перевірки таких відомостей; 3) встановлення заборони на відмивання доходів кримінального походження під загрозою покарання, а також передбачення можливості вжиття таких превентивних заходів, як заморожування рахунків і конфіскація коштів.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину є встановлений з метою протидії залученню в економіку «брудних» коштів порядок здійснення господарської діяльності, а також порядок вчинення цивільно-правових правочинів у частині використання майна, не пов'язаного з господарською діяльністю. Тому неточним є висловлювання про те, що шкода безпосередньому об'єкту злочину, передбаченого ст. 209 КК, «завдається одним лише використанням предмета у сфері господарської діяльності...»<sup>466</sup>. З цієї ж причини важко повністю погодитись з визначенням безпосереднього об'єкта аналізованого злочину як

<sup>465</sup> Перепелица А.И. К вопросу о совершенствовании уголовно-правовой нормы, предусматривающей ответственность за противодействие законной хозяйственной деятельности (ст. 206 УК Украины) // Проблемы запобігання службовим злочинам у сфері господарської діяльності: Матеріали наук.-практ. семінару. Харків, 9 листопада 2004 р. / Редкол.: В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 61-63; Скора Л. Службова особа як суб'єкт протидії законній господарській діяльності (ст. 206 КК України) // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 7. – С. 43-47.

<sup>466</sup> Чаричанський О. Суб'єкт легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом // Право України. – 2003. – № 1. – С. 55.



суспільних відносин, що «забезпечують участь у господарському обороті легальних доходів і унеможливають залучення до такого обороту коштів від злочинної діяльності»<sup>467</sup>.

*Додатковими об'єктами* злочину виступають інтереси правосуддя, фінансова система, засади добросовісної конкуренції.

*Предмет* злочину – кошти та інше майно, одержане внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів. Ст. 1 Закону України від 18 травня 2010 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» (далі – Закон від 18 травня 2010 р.) закріплює широке розуміння доходів як будь-якої економічної вигоди, яка одержана внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передує легалізації доходів, яка може складатись з матеріальної власності чи власності, що виражена в правах і яка включає рухоме чи нерухоме майно та документи, які підтверджують право на таку власність або частку в ній.

*Грошові кошти* у цьому разі можуть виступати як у готівковій, так і в безготівковій формі (перебувають на банківському рахунку, а їх обіг регулюється зобов'язальним правом), бути як національною, так і іноземною валютою. Цивільне законодавство під *майном* як особливим об'єктом розуміє річ або сукупність речей. Речами визнаються різноманітні предмети матеріального світу, які задовольняють потреби людей і щодо яких можуть виникати цивільні права та обов'язки (ст. ст. 179, 190 ЦК). Такими предметами можуть бути нерухомі та рухомі речі, речі подільні та неподільні, речі, визначені індивідуальними або родовими ознаками, речі споживні та неспоживні тощо. Це, наприклад, нерухомість, транспортні засоби, твори мистецтва.

Предметом розглядуваного злочину не можуть виступати ті різновиди майна, вільний обіг яких згідно з чинним законодавством заборонений або істотно обмежений, незаконні дії з яки-

<sup>467</sup> Міловідов Р.М. Ефективність кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 5, 8.

Тут доречно нагадати, що у відгуку кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка на кандидатську дисертацію А.С. Беніцького «Легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом (проблеми кримінально-правової кваліфікації)» слушно зазначалось, що угоди (наразі – правочини) відносно «брудних» грошей можуть здійснюватись і не у господарській сфері. Продаж майна, здобутого злочинним шляхом, іншій особі не у всіх випадках розглядається як господарська діяльність, для якої характерним є створення нового суспільного продукту. При цьому побутові угоди з «брудним» майном можуть утворювати склад злочину, передбаченого ст. 209 КК.

ми утворюють самостійні склади злочинів і які, з огляду на це, відмиванню не піддаються (наприклад, зброя, бойові припаси, вибухові речовини, радіоактивні матеріали, наркотичні засоби, психотропні речовини та їхні аналоги, отруйні і сильнотоксичні речовини). Вчинення правочинів із такими предметами, не будучи легалізацією, має кваліфікуватись не за ст. 209, а за іншими статтями КК (зокрема, за ст. ст. 263, 265, 307, 322 КК).

Грошові кошти та інше майно виступають предметом легалізації за умови, що їх одержання відбулося заздалегідь і було поєднано з порушенням норм тільки кримінального законодавства України або іншої держави. Це впливає з назви ст. 209 КК, де прямо вказується на доходи, одержані саме *злочинним шляхом*. При цьому відповідно до кримінального законодавства деяких держав (наприклад, таких, як Молдова, Монголія, Таджикистан, Туркменістан) предметом легалізації можуть бути доходи, отримані протиправним шляхом, тобто як внаслідок вчинення злочину, так і в результаті вчинення будь-якого іншого правопорушення. Підхід вітчизняного законодавця видається виправданим, у т.ч. через те, що ст. 209 КК у розглядуваному аспекті узгоджується з міжнародно-правовими стандартами. До речі, про легалізацію доходів (майна, коштів), отриманих саме злочинним шляхом, йде мова, зокрема, й у ст. 253 КК Болгарії, ст. 299 КК Польщі, ст. 195 КК Латвії, ст. 235 КК Білорусі.

Визнання злочином відмивання доходів, отриманих незаконним шляхом, що пропонувалось на етапі опрацювання проекту КК 2001 р. і на чому наполягають деякі вітчизняні автори<sup>468</sup>, означало б соціально необґрунтоване розширення меж кримінальної відповідальності за рахунок охоплення кримінально-правовою нормою діянь, які традиційно регулюються цивільним або адміністративним законодавством і не мають жодного відношення до тяжких злочинів, характерних для організованої злочинності. А саме проти інтересів останньої передусім має бути спрямоване кримінальне законодавство про відповідальність за легалізацію злочинних доходів. Включення складу злочину «відмивання грошей» відповідає нагальній потребі знайти ахіллесову (фінансову) п'яту організованої злочинності і не допустити руйнування економічної та фінансової системи внаслідок припливу до неї кримінальних грошей<sup>469</sup>.

<sup>468</sup> Див., наприклад: Литвинов О.М. Соціально-правовий механізм протидії злочинності в Україні: Монографія. – Х.: Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2008. – С. 236-237.

<sup>469</sup> Кернер Х.-Х., Дах Э. Отмывание денег: Путеводитель по действующему законодательству и юридической практике. Пер. с нем. Т. Родионовой, Дж. Войновой. – М.: Междунар. отн., 1996. – С. 36.

Об'ємність, нестабільність і суперечливість чинного законодавства істотно ускладнюють отримання чіткої відповіді на питання про юридичну «чистоту» способів поліпшення майнового становища, про те, чи правомірно придбала особа конкретне майно. Поширення дії ст. 209 КК на доходи, отримані з порушенням норм будь-якої галузі законодавства, не обумовлене ступенем суспільної небезпеки вчиненого<sup>470</sup> і не підкріплюється реальними можливостями правоохоронних органів. Хоч, зрозуміло, що такий підхід полегшував би роботу правоохоронних органів у плані кримінального переслідування за аналізованою статтею КК. Існувала і небезпека того, що кримінально-правова норма про відповідальність за відмивання доходів, одержаних незаконним шляхом, застосовувалась б вибірково або перетворилася б у «мертву» норму.

Окремі дослідники висловлюють думку про обов'язковість кримінально-правової преюдиції стосовно досліджуваного злочину, інакше кажучи, про наявність вироку суду про предикатний злочин як необхідну ознаку предмета кримінально караного відмивання<sup>471</sup>. На наш погляд, вказівка на винятково злочинний характер одержання майна – предмета кримінально караної легалізації не означає, що ст. 209 КК є нормою з кримінально-правовою преюдицією, яка вимагає для свого застосування попереднього винесення обвинувального вироку за суспільно небезпечне протиправне діяння – джерело «брудних» доходів. Положення про необхідність дотримання у повному обсязі стосовно суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації доходів, конституційного принципу презумпції невинуватості вже на початку кримінального провадження за розглядуваною статтею КК вважаємо неправильним. Вказаному принципу, як відомо, не суперечить та обставина, що у низці кримінально-правових норм (зокрема, у ст. ст. 45–48, 198, 396 КК) йдеться про вчинення злочину особою безвідносно до того, чи встановлено

<sup>470</sup> За такого підходу навіть придбання повію шматка хліба за рахунок «зароблених» грошей могло тягнути для неї відповідальність за відмивання (Клепицкий И.А. «Отмывание денег» в современном уголовном праве // Государство и право. – 2002. – № 8. – С. 41).

<sup>471</sup> Яни П.С. Ответственность за легализацию: нужен ли приговор по делу о предикатном преступлении? // Законность. – 2005. – № 8. – С. 9. В Україні послідовним прибічником такого підходу виступає А.А. Музика, переконаний у тому, що позиція, підтримувана у т.ч. авторами цього підручника, а також Пленумом ВСУ, має стати предметом розгляду КСУ. Окремі дослідники пропонують пов'язувати наявність доходів від предикатного злочину із порушенням кримінальної справи за фактом такого злочину (Журавель В.А. Розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом: наук.-практ. посіб. – Х., 2005. – С. 65; Міловідов Р.М. Вказана праця. – С. 13-14), що навіть з формальної точки зору (КПК 2012 р. не знає такої стадії) є неприйнятним кроком.

це у судовому порядку. Крім цього, можливою є ситуація, коли суб'єкт, який вчинив предикатне діяння, переховується від слідства і суду або з інших причин не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності, а одержане ним «брудне» майно відмивається іншими особами.

Використання законодавцем в диспозиції ст. 209 КК терміну «суспільно небезпечне протиправне діяння», а не «злочин», обумовлено, зокрема, тим, що легалізація майна може вчинюватися як після визнання особи злочинцем за вироком суду, так і до засудження особи, але після того, як було фактично вчинено суспільно небезпечне діяння<sup>472</sup>.

До речі, відповідні міжнародні документи, за загальним правилом<sup>473</sup>, не визнають обвинувальний вирок суду у справі про предикатний злочин необхідною ознакою предмета відмивання злочинних доходів. Так, п. 3 ст. 6 Конвенції РЄ від 8 листопада 1990 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і п. 2 ст. 9 Конвенції РЄ від 16 травня 2005 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму передбачають кваліфікацію як злочинних дій вчиненого у тому разі, коли правопорушник повинен був припускати, що власність є доходом, діяв з метою одержання прибутку або з метою сприяння продовженню злочинної діяльності, а усвідомленість, наміри чи мотиви, необхідні як елементи складу злочину, можуть бути встановлені на підставі об'єктивних фактичних обставин.

Відповідальність за ст. 209 КК не виключена у тих випадках, коли особа, котра вчинила предикатне діяння, була звільнена від кримінальної відповідальності в установленому законом порядку (у зв'язку із закінченням строків давності, застосуванням амністії тощо) або не притягувалася до такої відповідальності (наприклад, у зв'язку зі смертю), а одержані внаслідок зазначеного діяння кошти або інше майно стали предметом легалізації.

Спростовуючи точку зору тих авторів, які вважають, що для визнання доходів злочинними

<sup>472</sup> Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 117.

<sup>473</sup> Чи не єдиний виняток – Рекомендаційний законодавчий акт «Про боротьбу з організованою злочинністю», прийнятий постановою Міжпарламентської Асамблеї держав – учасниць СНД 2 листопада 1996 р. Згідно з п. 9 ст. 2 цього документа під доходами, одержаними злочинним шляхом, розуміються фінансові кошти в національній та іноземній валюті, рухоме та нерухоме майно, майнові права, об'єкти інтелектуальної власності, інші об'єкти цивільних прав, отримані внаслідок вчинення злочину, який встановлений обвинувальним вироком суду.

потрібен вирок суду, який вступив у законну силу і підтримує виважену позицію Г.О. Усатого, О.М. Броневицька пише, що ст. 11 КК, визначаючи поняття злочину, не вказує на необхідність визнання його таким після вироку суду. Відповідно, злочином буде вважатися будь-яке діяння, яке підпадає під цю характеристику, навіть якщо за фактом його вчинення ще не винесено вироку, чи сам факт вчинення злочину ще невідомий правоохоронним органам<sup>474</sup>.

Для інкримінування ст. 209 КК особі, яка не вчиняла предикатного діяння, достатньо встановленого за допомогою будь-яких об'єктивних даних усвідомлення нею того, що вона вчиняє дії з майном, одержаним унаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації доходів. Наявність обвинувального вироку суду, яким особу визнано винною у вчиненні предикатного злочину, іншого процесуального документа суду, що підтверджує факт вчинення такого злочину (наприклад, постанови про звільнення особи від кримінальної відповідальності), звичайно, полегшує доказування усвідомлення кримінально караного характеру походження відповідного майна.

Кваліфікація за ст. 209 КК можлива і тоді, коли особа не притягувалась до кримінальної відповідальності за предикатне діяння. У такому випадку особа одночасно притягується до кримінальної відповідальності за предикатний злочин та за легалізацію (відмивання) коштів або іншого майна, одержаних унаслідок його вчинення, тобто за сукупністю цих злочинів, оскільки вона усвідомлює, що вчиняє легалізацію таких коштів (майна).

Майно потрібно вважати одержаним унаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації доходів, якщо воно прямо або опосередковано отримано в результаті вчинення такого діяння. Опосередкований шлях отримання майна означає зміну його первинного вигляду. Наприклад, предметом аналізованого злочину слід визнавати майно, яке отримане в обмін на здобуте злочинним шляхом або внаслідок його іншої реалізації (товари, куплені на викрадені гроші, тощо). Як слушно зазначають німецькі дослідники, «відмитість» майнової цінності не очищає її від кримінального клейма<sup>475</sup>. Головне, щоб винна особа, яка опинилась на кінці цього своєрідного ланцюжка, усвідомлювала відповідне джерело походження майна, а спосіб його одержання не був вчиненням діяння, що містить ознаки складу злочину, передбаченого ст. 209 КК.

<sup>474</sup> Броневицька О.М. Відповідність норм кримінального законодавства України чинним міжнародним договорам: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2011. – С. 153.

<sup>475</sup> Кернер Х.-Х., Дах Э. Вказана праця. – С. 46.

Відомий обстоюваний нами підхід і зарубіжному законодавцю. Так, згідно з ч. 4 § 165 КК Австрії (назва параграфу – «Відмивання грошей») складові частини майна вважаються такими, що походять від злочинного діяння, якщо вони отримані внаслідок скоєння злочинного діяння, призначені для його вчинення або якщо вони уречевлюють в собі вартість первісно придбаних або отриманих майнових цінностей. Ст. 324-1 КК Франції відмиванням визнає, зокрема, надання сприяння будь-якій операції з розміщення, приховання або конверсії того, що прямо або непрямо отримано внаслідок вчинення злочину або проступку.

Ст. 209 КК не вказує на мінімальний розмір грошових коштів та мінімальну вартість іншого майна, легалізація яких має тягнути за собою кримінальну відповідальність, у зв'язку з чим під час застосування цієї статті має враховуватись положення ч. 2 ст. 11 про відсутність суспільної небезпеки діяння через його малозначність. При цьому слід передусім брати до уваги розмір доходів, одержаних злочинним шляхом (наприклад, вчинення дрібного побутового правочину<sup>476</sup>). У підготовленому свого часу ВСУ Узагальненні розгляду судами кримінальних справ про злочини у сфері господарської діяльності, передбачені ст. ст. 204, 205, 209, 212, 216 та 218 КК, висловлювалась думка про недоцільність притягнення до кримінальної відповідальності за легалізацію майна, вартість якого є меншою за 1000 грн.

Цілком очевидно, що оціночний характер кримінально-правового поняття «малозначність» не сприяє виробленню однакових підходів у відповідній правозастосовній практиці. Відсутність чітко визначеної у законодавчому порядку мінімальної межі, з якої відмивання має тягнути кримінальну відповідальність, – вада чинної редакції ст. 209 КК. Мабуть, було б логічним, якби величина отриманого злочинного доходу, що надалі відмивається, слугувала одним із критеріїв віднесення злочинів до предикатних. У будь-якому разі при застосуванні ч. 2 ст. 11 КК у справах про легалізацію доходів, одержаних злочинним шляхом, немає правових підстав орієнтуватись на параметри фінансових операцій, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу (ст. 15 Закону від 18 травня 2010 р.)<sup>477</sup>. Адже ця законодавча вказівка

<sup>476</sup> У цивілістиці під ним зазвичай розуміють правочин, направлений на задоволення особистих матеріальних чи культурних потреб громадян, незначний за сумою, моменти укладення і виконання якого співпадають чи слідує один за одним.

<sup>477</sup> Робимо це застереження через те, що свого часу окремими практичними працівниками висувалась ідея пов'язувати застосування норми про малозначність у кримінальних справах про легалізацію з параметрами



на суму фінансової операції стосується вже другого рівня фінансового моніторингу та не виключає можливості перевірки фінансових операцій, які проводяться з меншими сумами.

До речі, жоден із міжнародних договорів, спрямованих на протидію легалізації злочинних доходів, не містить положень про мінімальну величину доходів, при досягненні якої має наставати кримінальна відповідальність за відмивання. Як правило, міжнародне антилегалізаційне законодавство робить акцент на характері злочинних діянь, внаслідок вчинення яких отримуються доходи, котрі надалі піддаються легалізації, ведучи мову про предикатні або первинні злочини. Зокрема, про такі злочини йдеться в Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності, Конвенції ООН проти корупції, Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму.

У Сорока рекомендаціях FATF зазначається, що країни повинні застосовувати поняття «відмивання грошей» до всіх серйозних злочинів з метою охоплення якомога ширшого спектру предикатних злочинів. Такі злочини можуть описуватись шляхом посилання на всі злочини чи на поріг, пов'язаний з категорією серйозних злочинів або з таким видом покарання, як ув'язнення (пороговий підхід), чи на перелік предикатних злочинів, або шляхом поєднання цих підходів. У будь-якому разі FATF вказує на доцільність визнання предикатними так званих визначених категорій злочинів, до яких віднесено, зокрема, участь в організованій групі, торгівлю людьми та організацію нелегальної міграції, сексуальну експлуатацію, незаконну торгівлю наркотичними засобами, психотропними речовинами, зброєю або речами, хабарництво, крадіжку, грабїж, вимагання, шахрайство, підроблення валюти чи товарів, викрадення людей, інсайдерські торговельні операції та ринкові маніпуляції. При цьому знову робиться застереження про те, що кожна країна відповідно до свого національного законодавства може вирішувати, як визначати такі злочини та природу окремих елементів таких злочинів, які перетворюють їх на серйозні<sup>478</sup>.

Звернення до зарубіжного законодавчого досвіду не дає однозначної відповіді на питання про те, які діяння варто визнавати предикат-

ними, і свідчить про те, що кожна країна, хоч і враховує певною мірою міжнародні норми, все ж рухається власним шляхом вдосконалення законодавства, спрямованого проти легалізації злочинних доходів.

У сучасному світі спостерігається чотири основні підходи щодо визначення кола предикатних діянь, у межах яких предметами відмивання виступають: 1) доходи тільки від незаконної торгівлі наркотиками (Азербайджан, Еквадор, Перу, Сенегал); 2) доходи від певних видів злочинів (наприклад, Болівія, Бразилія, Італія, Канада, КНР, Куба, Португалія); 3) доходи від серйозних злочинів (Австрія, Іспанія, ФРН, Нова Зеландія тощо); 4) доходи від будь-яких злочинів (зокрема, Албанія, Білорусь, Болгарія, Польща, РФ, Словенія)<sup>479</sup>.

Притаманна зарубіжному законодавству специфічність у визначенні кола предикатних діянь дістає свій прояв і в тому, що на національному рівні по-різному вирішується питання про визнання предметом легалізації майнової вигоди, не пов'язаної з отриманням позитивного доходу (збільшенням майна), та, як наслідок, про віднесення до предикатних діянь кримінально караних порушень податкового законодавства. Міркування німецького фахівця К. Коттке, який значну частину свого дослідження присвятив аналізу утворення «брудних» коштів саме у сфері податкової злочинності<sup>480</sup>, зайвий раз переконують у тому, що за наявності відповідної волі національного законодавця кримінально каране ухилення від сплати податків може набувати якості повноцінного предикатного злочину. Одну з відмінностей німецького законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію від відповідного російського законодавства А.Е. Жалінський обґрунтовано вбачає у тому, що передбачений у § 261 КК ФРН перелік предикатних діянь, хоч і є значно вужчим порівняно з положеннями ст. 174 і ст. 174-1 КК РФ, все ж включає в себе (щоправда, не всі) податкові злочини<sup>481</sup>.

Для кваліфікації за ст. 209 КК не має значення місце вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало відмиванню доходів, тобто місцем одержання «брудних» доходів може бути територія як України, так і іноземної держави. В останньому випадку вимагається, щоб діяння – джерело доходів одночасно визна-

<sup>479</sup> Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 261.

<sup>480</sup> Коттке К. «Грязные» деньги – что это такое? Справочник по налоговому законодательству в области «грязных» денег /

<sup>481</sup> Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – С. 486.

значних операцій, закріпленими у ст. 64 Закону «Про банки і банківську діяльність» (Коляда П. «Випрані» гроші – 2 // Юридичний вісник України. – 1 – 7 червня 2002 р. – № 22).

<sup>478</sup> Сорок рекомендацій Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) // Вісник податкової служби України. – Листопад 2003. – С. 3, 11.

валось і предикатним злочином за кримінальним законом іноземної держави<sup>482</sup>, і злочином, внаслідок вчинення якого одержуються доходи, за КК.

Необхідність диференціації предикатних діянь на такі, що вчиняються в Україні та за її межами, інколи обґрунтовується посиленням на підпункт «а» п. 2 ст. 6 Конвенції РЄ від 8 листопада 1990 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом. Стверджується, що вказана норма означає, що у тому разі, коли «предикатний злочин не підлягає кримінальній юрисдикції сторони Конвенції, ця сторона не може ухилитись від розслідування легалізації коштів, отриманих від попереднього злочину. Тому на виконання міжнародного договору, однією зі сторін якого є Україна, внутрішнім кримінальним законодавством встановлено, що будь-який злочин, від якого одержано незаконні доходи і який вчинено за кордоном ... вважається предикатним»<sup>483</sup>.

Таке пояснення не переконує. Із підпункту «а» п. 2 ст. 6 Конвенції РЄ 1990 р. впливає лише те, що країна – учасниця Конвенції під час криміналізації злочинів, пов'язаних із відмиванням доходів (орієнтовний перелік цих злочинів наводиться у п. 1 ст. 6 Конвенції), не повинна зважати на те, чи передбачено її внутрішнім законодавством кримінальну відповідальність за конкретний предикатний злочин. Сказане зовсім не означає, що на країну – учасницю Конвенції покладається обов'язок визнавати предикатними всі без винятку діяння, вчинені за кордоном, які призводять до виникнення злочинних доходів.

Відповідно до попередньої редакції примітки до ст. 209 КК предикатним визнавалось діяння, яке вважалось злочином за кримінальним законом іншої держави, і за таке ж саме діяння була передбачена відповідальність вітчизняним КК. Однак антилегалізаційне законодавство зарубіжних країн має свої особливості, у т.ч. у визначенні переліку предикатних злочинів. Тому не всі злочини, які вважаються первинними щодо

кримінально караної легалізації доходів в одній державі, вважаються такими ж в іншій. З огляду на це, акцент, зроблений на підставі Закону від 18 травня 2010 р. у чинній редакції примітки до ст. 209 КК не лише на злочинності діяння, вчиненого за кордоном, а й на його предикатності у зарубіжній країні, вважаємо виправданим.

Обґрунтованість виокремлення у примітці до ст. 209 КК такого різновиду предикатних злочинів, як діяння, що визнаються злочинами за кримінальним законом іншої держави і за вчинення яких відповідальність передбачена також і в КК, окремими дослідниками ставиться під сумнів. Так, на думку О.О. Чаричанського, таке рішення призводить до того, що визнання предикатного діяння злочином «ставиться на законодавчому рівні в залежність від кримінального закону іншої держави, що недопустимо, оскільки, на підставі ч. 3 ст. 3 КК України, злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Таким чином, на Україні визнання предикатного діяння, вчиненого на території іншої держави, злочином у будь-якому випадку має здійснюватися тільки на підставі Кримінального кодексу України»<sup>484</sup>.

Ми не вважаємо у примітці до ст. 209 КК порушення ч. 3 ст. 3 КК, оскільки як предикатні розцінюються лише такі діяння, які в обов'язковому порядку тягнуть відповідальність за КК (а не тільки за кримінальним законом держави, де воно було вчинене). Відмовлятися від окремої вказівки у ст. 209 КК на предикатні діяння, вчинені за межами України, не варто передусім з огляду на новітні міжнародно-правові рекомендації. У Сорока рекомендаціях FATF прямо зазначається, що предикатним злочином для цілей відмивання грошей вважається також діяння, яке мало місце в іншій країні, є злочином у такій країні та яке вважалось б предикатним злочином, якби воно мало місце в країні – адресаті рекомендацій FATF. Тобто FATF орієнтує на уніфікований підхід до діянь, вчинюваних у країні, де відбувається відмивання, та за її межами. Аналогічні положення містить Конвенція ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 р., згідно зі ст. 23 якої (назва статті – «Відмивання доходів від злочинів») основні правопорушення включають в себе злочини, вчинювані як у межах, так і поза межами юрисдикції держави – учасниці Конвенції. При цьому вчинювані поза межами юрисдикції злочини належать до основних правопорушень тільки за умови, що відповідне діяння 1) визнається кри-

<sup>482</sup> Передбачене приміткою до ст. 209 КК посилання на кримінальний закон іноземної держави у порядку визначення предикатного діяння в літературі інколи характеризується як бланкетна вказівка (Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – С.129, 287-288). При цьому наголошується на тому, що бланкетна диспозиція в статті Особливої частини КК відсилає до норм інших галузей права (Там само. – С. 38, 71). Виходить, що випадок із приміткою до ст. 209 КК варто розглядати як виняток із правила, згідно з яким у разі бланкетного способу викладення диспозиції кримінально-правової заборони для конкретизації її змісту використовується нормативний матеріал іншої (некримінальної) галузевої належності.

<sup>483</sup> Гаркуша В., Яковинець А., Зоря О. Діяльність підрозділів податкової міліції ДПА України по боротьбі з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом // Вісник податкової служби України. – 2003. – № 21. – С. 13.

<sup>484</sup> Чаричанський О.О. Підстави кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, за Кримінальним кодексом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 10.

мінально караним згідно із внутрішнім законодавством країни, в якій воно вчинено, і 2) визнавалось б кримінально караним відповідно до внутрішнього законодавства країни, в якій застосовується норма про відмивання, якби воно мало місце у цій країні.

Буквальне тлумачення примітки до ст. 209 КК дає змогу зробити висновок про те, що вчинене за кордоном суспільно небезпечне протиправне діяння, яке передувало легалізації доходів, не обов'язково має тягнути основне покарання у вигляді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі НМДГ. Для визнання предикатним діянням злочину, вчиненого в іншій державі, не має значення, яке за видом та розміром покарання передбачене за його вчинення як її кримінальним законом, так і за таке саме діяння КК у разі його вчинення на території України.

Крім цього, якщо за кримінальним законом іноземної держави ухилення від сплати податків визнається предикатним діянням, то цей вчинений за межами України злочин з точки зору застосування ст. 209 КК також має розглядатись як суспільно небезпечне діяння, що передусе легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом.

Стосовно вчинених в Україні суспільно небезпечних протиправних діянь, що передували легалізації (відмиванню) доходів, то у чинній редакції ст. 209 КК реалізовано ідею обмеження кола діянь як джерела «брудних» доходів. По-перше, з кола предикатних виключені діяння, за які згідно з КК передбачено основне покарання, менш суворе, ніж позбавлення волі, крім основного покарання у вигляді штрафу, розмір якого дорівнює або є меншим, ніж три тисячі НМДГ. По-друге, суспільно небезпечними протиправними діяннями, що передують легалізації доходів, не визнаються ухилення від сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) (ст. 212 КК) і ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування (ст. 212-1 КК) – незалежно від того, за якою частиною ст. 212 або ст. 212-1 КК кваліфіковане те чи інше діяння та яке покарання встановлене за його вчинення (п. 1 постанови Пленуму ВСУ від 15 квітня 2005 р. № 5 «Про практику застосування судами законодавства

про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» (далі – постанова Пленуму від 15 квітня 2005 р. № 5))<sup>485</sup>.

Конкретний злочинний спосіб, за допомогою якого одержано майно – предмет розглядуваного злочину, на кваліфікацію за ст. 209 КК не впливає (за винятком вказаних вище обмежень). Це може бути той чи інший злочин проти власності, одержання хабара, вбивство з корисливих мотивів, незаконне виготовлення підакцизних товарів тощо.

У п. 10 постанови Пленуму від 15 квітня 2005 р. № 5 роз'яснюється, що не є предметом легалізації кошти або інше майно, одержані внаслідок здійснення службовою особою всупереч встановленому порядку операцій з активами, що перебувають у податковій заставі і в подальшому використовуються суб'єктом господарювання – юридичною особою при здійсненні господарської діяльності, оскільки такі активи мають легальне походження.

*Виправдовуючи за ч. 1 ст. 209 КК за відсутністю складу злочину директора ТОВ «Забудовник»*

<sup>485</sup> Про причини появи у примітці до ст. 209 КК і проблеми тлумачення так званого податкового застереження див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 186-202.

В одній з колективних монографій, співавтори якої особливо не переймались узгодженням своїх наукових позицій, можна прочитати про те, що ухилення від сплати податків не приносить винному злочинний дохід у значенні збільшення майна і водночас про те, що з подібним поясненням виключення з кола предикатних діянь податкових злочинів погодитись неможливо. Адже правозастосовна практика показує, що вчинення саме податкових злочинів призводить до отримання колосальних доходів (Молчанова Т., Некрасов В., Корсун С., Усатий Г. Противодействие отмыванию денег: украинско-российский опыт: Монография. – К.: КНТ, 2007. – С. 42-43, 102-103).

На переконання Н.Ф. Кузнецової, у виключенні з кола предикатних злочинів ухилення від сплати податкових і митних платежів простежуються інтереси професійних «праль», які здійснюють легалізацію багатомільярдних сум, отриманих в результаті такого ухилення (Кузнецова Н. Нужна ли модернизация уголовного права? // Уголовное право. – 2007. – № 2. – С. 132). Подібне рішення українського законодавця, називаючи його штучним, Б.Г. Розовський також пов'язує не з юридичними тонкощами, а із захистом інтересів великого капіталу, зацікавленого у відмиванні значних за обсягом коштів, отриманих шляхом ухилення від сплати податків (Беницкий А.С., Розовский Б.Г., Якимов О.Ю. Ответственность за легализацию преступно приобретенных доходов в уголовном законодательстве Украины и Российской Федерации: Монография. – Луганск: РИО ЛГУВД им. Э.А. Дидоренко, 2008. – С. 109-113). На думку О.М. Броневицької, виключення з числа предикатних злочинів діянь, передбачених ст. 212 і ст. 212-1 КК, не узгоджується з п. «е» ст. 1 Конвенції РЄ 1990 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом: «Предикатним злочином слід вважати будь-який кримінальний злочин, в результаті якого виникає доходи, що можуть стати предметом злочину, зазначеного в ст. 6 цієї Конвенції» (Броневицька О.М. Вказана праця. – С. 183-184, 189).



Д., який без дозволу ДПІ продав приміщення двох магазинів, що перебували у податковій заставі, Ужгородський міський суд у вирокі, постановленому 16 вересня 2002 р., зазначив, що майно, реалізоване Д. із порушенням установленого порядку, не було здобуте злочинним шляхом. Крім цього, реалізація заставленого майна не утворює складу злочину, передбаченого ст. 209 КК.

Звернемо увагу на те, що з погляду застосування ст. 209 КК нас має цікавити кримінально-правовий статус не заставлених активів, а того майна, яке використовується у правомірній фінансово-господарській діяльності юридичної особи замість реалізованих заставлених активів і яке у розглядуваній ситуації, на нашу думку, одержане злочинним шляхом – шляхом проведення незаконної операції, що утворює склад відповідного службового злочину. На користь обмежувального тлумачення кримінального закону, відображеного у п. 10 постанови Пленуму від 15 квітня 2005 р. № 5, вочевидь, можна навести таке міркування: злочинне відчуження активів, що перебувають у податковій заставі, не призводить до збільшення (прирощування) майна суб'єкта господарювання, а тому не дозволяє вести мову про одержання доходу як такого. Разом з тим згадане вище легальне розуміння доходів, одержаних злочинним шляхом, як будь-якої економічної вигоди, одержаної внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передуює відмиванню доходів, на наш погляд, дозволяє визнавати «брудними» доходами і ті різновиди майнової вигоди, які означають не збільшення (прирощування) майна, а уникнення майнових зобов'язань.

Не є предметом легалізації кошти (незалежно від їх розміру), одержані як субсидії, субвенції, дотації чи кредити внаслідок надання неправдивої інформації, хоча з такими коштами надалі і вчиняються діяння, перелічені у ст. 209 КК, оскільки ці кошти одержуються офіційно (легально) і злочин, передбачений ст. 222 КК, не містить усіх ознак предикатного діяння, визначеного у п. 1 примітки до ст. 209 КК (п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 15 квітня 2005 р. № 5).

Спростовуючи доводи касаційного подання прокурора про неправильність виправдання Р. за ч. 2 ст. 209 КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ у своїй ухвалі вказала, що Р. як директор підприємства «Норд-Овест» одержав кошти на будівництво квартир у м. Хмельницькому у вигляді субвенцій з державного бюджету. Кошти, офіційно отримані як субвенції, не є предметом карані за ст. 209 КК легалізації, хоч із такими коштами надалі

і вчиняються діяння, вказані у цій статті КК. Разом з тим колегія суддів ВСУ підтвердила правильність інкримінування Р. за ч. 2 ст. 364 і ч. 1 ст. 366 КК<sup>486</sup>.

Будучи директором ПП і знаючи, про те, що очолюване ними підприємство не має найманих працівників, Ж.О. підробив документи (довідки про заробітну плату своїх «підлеглих»). Надавши кредиторі – кредитній спілці завідомо неправдиву інформацію, Ж.О. отримав у вигляді кредитів без наміру привласнити грошові кошти на загальну суму 80000 грн., які використав для здійснення фінансово-господарської діяльності ПП. Ленінський районний суд м. Запоріжжя засудив Ж.О. за ч. 2 ст. 366 і ч. 1 ст. 209 КК. Скасовуючи вирок у частині засудження Ж.О. за ч. 1 ст. 209 КК і закриваючи у цій частині кримінальну справу за відсутністю складу злочину, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ виходила з того, що Ж.О. одержав у кредит гроші офіційно (легально), а тому джерело їх одержання не потребує надання йому правомірного вигляду<sup>487</sup>.

Використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів<sup>488</sup>, за загальним правилом, необхідно кваліфікувати за спеціальною кримінально-правовою нормою (ст. 306 КК). При цьому якщо за зазначені кошти придбавається майно, яке не підлягає приватизації або яке не належить до обладнання для виробничих та інших потреб (наприклад, нерухомість або транспортний засіб), або ж такі кошти використовуються у правомірній підприємницькій та іншій господарській діяльності, але не у вигляді розміщення їх у банках, на підприємствах, в установах, організаціях та їх підрозділах, вчинене треба кваліфікувати не за ст. 306, а за ст. 209 КК (за наявності всіх ознак складу злочину).

У відгуку як офіційного опонента на кандидатську дисертацію Ю.О. Старук «Кримінальна відповідальність за використання коштів, здобутих від незаконного обігу нарко-

<sup>486</sup> Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008-2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 145-149.

<sup>487</sup> Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 12. – С. 35-36.

<sup>488</sup> Необхідності у доповненні назви і диспозиції ч. 1 ст. 306 КК вказівкою на отруйні, сильнодіючі речовини, а також отруйні і сильнодіючі лікарські засоби не було, оскільки відмивання коштів, здобутих від незаконного обігу цих речовин (засобів), до законодавчих змін від 6 жовтня 2011 р. цілком охоплювалось ст. 209 КК (Калмиков Д. Як законодавець намагався удосконалити ст. 306 КК України // Юридичний вісник України. – 9 – 15 червня 2012 р. – № 23).

тичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» (Луганськ, 2010) А.А. Музика докладно обґрунтував положення про недоцільність виокремлення у чинному КК ст. 306. Зокрема, зверталась увага на те, що жодна з міжнародно-правових конвенцій не орієнтує національного законодавця на встановлення самостійної кримінальної відповідальності за використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотиків. Не передбачає подібну норму і кримінальне законодавство держав – учасниць СНД, Грузії, прибалтійських країн, більшості європейських та азійських держав. Відзначалось і те, що розміщення ст. 306 у розділі XIII Особливої частини КК не відповідає усталеним правилам побудови його Особливої частини за родовим об'єктом злочинів. Адже злочин, передбачений цією статтею, вчиняється не з метою заподіяти шкоду народному здоров'ю, а для того, щоб дістати можливість вільно і безкарно використовувати «брудні» гроші, тобто він шкодить економічній системі країни<sup>489</sup>.

Міркування, співзвучні викладеним вище, свого часу висловлював і один з авторів цих рядків: «Враховуючи труднощі розмежування доходів від наркотизму та доходів, отриманих внаслідок вчинення інших злочинів, істотну і невинуватану неузгодженість санкцій ст. 209 і ст. 306 КК, недоречну казуїстичність описання об'єктивної сторони злочину у ст. 306 КК, його економічну спрямованість, а також те, що ст. 209 КК є універсальною нормою про відповідальність за легалізацію будь-яких злочинних доходів, вважаю за доцільне виключити зі ст. 306 КК вказівку на розміщення коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, у банках, на підприємствах, в установах, організаціях та на придбання за такі кошти об'єктів і майна, що підлягають приватизації, або обладнання для виробничих та інших потреб. Використання коштів відповідного походження з метою продовжити незаконний

<sup>489</sup> До речі, Ю.О. Старук визначає основний порядок дій, що складають першу та другу форму об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 306 КК (розміщення коштів, здобутих від незаконного обігу наркотиків, у банках, на підприємствах, в установах, організаціях і придбання за такі кошти об'єктів і майна, що підлягають приватизації, або обладнання для виробничих та інших потреб), як «суспільні відносини у сфері легальної господарської діяльності, а також відносини, що складаються при вчиненні цивільних правочинів, не пов'язаних з господарською діяльністю» (Старук Ю.О. Кримінальна відповідальність за використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 4, 8). За такого підходу місце цій кримінально-правовій забороні (за умови, звичайно, що її подальше існування потрібне) – не у розділі XIII, а в розділі VII Особливої частини КК.

обіг наркотиків, яке залишиться у нормі КК, не будучи введенням злочинних доходів у легальний оборот, не розцінюватиметься як відмивання. Певедінка, яка полягає у використанні нарко-доходів для продовження незаконного обороту наркотиків, призводить до збільшення масштабів наркоіндустрії, а тому і надалі повинна розглядатись як кримінально каране діяння в межах посягань на народне здоров'я<sup>490</sup>.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 209 КК, може альтернативно виражатись в одній з чотирьох форм: 1) вчинення фінансової операції з коштами або іншим майном, одержаними внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів; 2) вчинення правочину з такими коштами та майном; 3) вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскуванню незаконного походження таких коштів або майна чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їх походження, місцезнаходження або переміщення; 4) набуття, володіння або використання коштів чи іншого майна, одержаних унаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів<sup>491</sup>.

Варто зауважити, що при описанні ознак об'єктивної сторони злочинного відмивання законодавець кожної країни проявляє неабияку винахідливість. Тому вельми складно знайти хоча б дві країни, законодавчі приписи яких, присвячені аналізованому злочину, містили б такі диспозиції відповідних норм, які б повністю збігались<sup>492</sup>.

<sup>490</sup> Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 507-508.

<sup>491</sup> Р.М. Міловідов справедливо зазначає, що ч. 1 чинної редакції ст. 209 КК сформульована занадто складно, і це викликає труднощі при її застосуванні. Щоправда, і запропонована дослідником редакція цієї кримінально-правової норми через її розпливчастість і неоднозначність не набагато відрізняється у кращий бік від чинного кримінального закону: «Вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскуванню незаконного походження доходів від злочину, крім злочинів, передбачених ст. 207, 212 та ст. 212-1 КК України, прав на такі доходи, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, у тому числі набуття, володіння та використання таких доходів або прав на них...» (Міловідов Р.М. Вказана праця. – С. 13).

У цьому сенсі більш чітким і, відповідно, більш прийнятним є формулювання диспозиції ч. 1 ст. 209 КК, запропоноване Б.Г. Розовським у призначеній для Інституту економіко-правових досліджень НАН України науковій доповіді «Кримінально-правова охорона конституційних засад економіки України», (Луганськ, 2010): «Легалізація (відмивання) грошових коштів або іншого майна, здобутих злочинним шляхом, а також прав на них шляхом використання у фінансовій, господарській або іншій економічній діяльності...».

<sup>492</sup> Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербя. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 258-260.

Поширеною вважається трьохфазова модель відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, яка включає в себе: 1) введення коштів у легальний обіг; 2) відрив коштів від незаконного джерела; 3) інтегрування коштів у легальну економіку<sup>493</sup>.

*Вироком Кельменецького районного суду Чернівецької області К. засуджено за вчинення злочинів, передбачених ч. 3 ст. 191, ч. 2 ст. 209 і ч. 1 ст. 366 КК. Працюючи контролером-касіром відділення Ощадного банку України, К. на підставі складених нею неправдивих документів здійснила списання коштів з пенсійних рахунків громадян, які тривалий час не з'являлись у відділення банку, та зарахувала ці кошти на рахунок своєї матері і знайомого. У подальшому К. вказані кошти у сумі 19500 грн. отримала готівкою через касу за місцем своєї роботи. Підтвердивши обґрунтованість кваліфікації дій К. за ч. 3 ст. 191 і ч. 1 ст. 366 КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ водночас закрила кримінальну справу в частині засудження К. за ч. 2 ст. 209 КК за відсутністю складу злочину. В ухвалі колегії суддів зазначається, що у вироку відсутні дані про вчинення засудженою з коштами, отриманими злочинним шляхом, будь-яких дій, спрямованих на їх легалізацію. У вчиненні таких дій К. не обвинувачувалась і органами досудового слідства<sup>494</sup>.*

Під фінансовою операцією з точки зору кваліфікації за ст. 209 КК треба розуміти будь-яку дію щодо активів (коштів, іншого майна, майнових і немайнових прав), здійснену за допомогою суб'єкта первинного фінансового моніторингу. До фінансових операцій, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу, ст. 15 Закону від 18 травня 2010 р. відносить, зокрема: купівлю-продаж чеків, дорожніх чеків або інших платіжних засобів за готівку; зарахування або переказ коштів, надання або отримання кредиту (позики), проведення інших фінансових операцій у разі, якщо хоча б одна із сторін – учасників фінансової операції є фізичною або юридичною особою, що має відповідну реєстрацію, місце проживання чи місцезнаходження в країні (на території), що не виконують чи неналежним чином виконують рекомендації організацій, що здійснюють діяльність у сфері боротьби з легалізацією (відмиванням) доходів або фінансуванням тероризму, або однією із сторін є особа, яка має рахунок у банку, зареєстрованому у вищезазначеній країні (території); зарахування на

рахунок коштів у готівковій формі з їх подальшим переказом того самого або наступного операційного дня іншій особі; переказ особою коштів за кордон за відсутності зовнішньоекономічного договору; обмін банкнот, особливо іноземної валюти, на банкноти іншого номіналу; проведення фінансових операцій з цінними паперами на пред'явника, не депонованими в депозитарних установах; проведення фінансових операцій з векселями з бланковим індосаментом або індосаментом на пред'явника; здійснення розрахунку за фінансовою операцією у готівковій формі; одержання страхового платежу (страхового внеску, страхової премії); проведення страхової виплати або страхового відшкодування; виплату (передачу) особі виграшу в лотерею, придбання фішок, жетонів.

Фінансова операція може здійснюватись за допомогою як суб'єкта первинного фінансового моніторингу, так і будь-якого іншого суб'єкта господарювання. Поняттям фінансової операції з точки зору кваліфікації за ст. 209 КК охоплюються і прямо не згадані вище види банківських операцій, операцій небанківських фінансових установ та операцій, які реалізуються під час здійснення професійної діяльності на ринку цінних паперів. Пленум ВСУ у п. 6 постанови від 15 квітня 2005 р. № 5 правильно наголошує на тому, що для максимального охоплення всіх видів караних за ст. 209 КК фінансових операцій залежно від їх змісту треба звертатись і до інших нормативних актів, що регулюють правовідносини у цій сфері, – зокрема, до законів «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

Кримінально-правова оцінка вчиненого як легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, не виключається і у випадку проведення тієї фінансової операції, яка згідно з чинним законодавством не підлягає ні обов'язковому, ні внутрішньому фінансовому моніторингу.

Поняття *правочину* доповнює описання об'єктивної сторони злочину та охоплює відмінні від фінансових операцій дії фізичних і юридичних осіб, спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ст. 202 ЦК). Правочини можуть бути як односторонніми (наприклад, заповіт, довіреність), так і дво- або багатосторонніми. Це різноманітні договори – купівлі-продажу, позики, доручення, комісії, страхування, схову, перевезення, про сумісну діяльність тощо.

Вказівка у ч. 1 ст. 209 КК на вчинення правочину зумовлена тим, що операції з рухомим і нерухомим майном не у всіх випадках супрово-

<sup>493</sup> Чернявський С.С. Фінансове шахрайство: методологічні засади розслідування. – К.: «Хай-Тек Прес», 2010. – С. 180-181.

<sup>494</sup> Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008-2009 роки / За ред. П.П. Пилпчука. – К.: Істина, 2011. – С. 517-519.



джуються рухом грошових коштів, а тому не завжди є фінансовими операціями (наприклад, це стосується договорів міни, дарування). Момент, з якого правочин вважається вчиненим, визначається ЦК залежно від того, до якого виду належить правочин (є він реальним чи консенсуальним) та інших моментів (наприклад, дотримання обов'язкової нотаріальної форми). Якщо правочин у цивільно-правовому розумінні не вчинено з причин, які не залежали від волі винного, дії останнього за спрямованістю умислу мають розцінюватись як замах на розглядуваний злочин і кваліфікуватись із посиланням на відповідну частину ст. 15 КК.

*Вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскуванню незаконного походження «брудного» майна чи володіння ним, прав на таке майно, джерела його походження, місцезнаходження та переміщення*, – це активна поведінка винної особи, яка може полягати у: зміні правового статусу коштів або іншого майна шляхом підроблення документів, що засвідчують право власності; отриманні фіктивних документів на придбання майна; вчиненні цивільно-правових правочинів (удавана купівля у комісійному магазині, ломбарді тощо); оформленні права власності на підставних осіб; укладенні фіктивних договорів про надання кредитів або різноманітних послуг (юридичних, аудиторських, маркетингових); внесенні коштів на банківські рахунки юридичних і фізичних осіб, у т.ч. в офшорних зонах<sup>495</sup>; переміщенні коштів з одного рахунку на інший (за умови, що всі зазначені дії не були способом вчинення предикатного діяння).

Згадані у ч. 1 ст. 209 КК маскування і приховання відіграють другорядну роль, оскільки виступають засобом (етапом) досягнення такої мети, як надання правомірний вигляду володінню, користуванню або розпорядженню майном. Окрема вказівка на приховання місцезнаходження майна як на один з різновидів його кримінально караного легалізації не враховує тієї обставини, що таке приховання зовсім не обов'язково пов'язане із залученням майна у легальний обіг та прагненням особи надати володінню і користуванню цим майном правомірний вигляд (наприклад, особа таємно зберігає у себе вдома гроші, одержані шляхом вчинення злочину). У цьому вбачається певна невідповідність між назвою розглядуваної кримінально-правової норми та змістом її диспозиції.

*Під набуттям майна, одержаного внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного*

<sup>495</sup> Перелік офшорних зон затверджений розпорядженням КМУ від 23 лютого 2011 р. № 143-р.

*діяння, що передувало легалізації доходів*, треба розуміти отримання такого майна винною особою, яка усвідомлює його відповідне походження, тим чи іншим оплатним або безоплатним способом (купівля, отримання в обмін на інші предмети, прийняття як оплати за надані послуги або виконану роботу, одержання як подарунку або як оплати боргу тощо).

*Володіння «брудним» майном* означає фактичне перебування такого майна в особи, яка має можливість впливати на нього. Володіти майном може як його власник, так і інші особи, наприклад, ті, хто дістає таку можливість у силу певних договірних відносин (договори найму, комісії, схову тощо). На відміну від вчинення правочину, набуття і володіння «брудним» майном здійснюється за недійсними правочинами, якими одержанню такого майна або володінню ним надається правомірний вигляд.

У юридичній літературі зазначається, що легалізація грошових коштів може набувати, зокрема, таких форм: заниження у документах вартості майна, яке придбавається; купівля нерухомості нібито за низькою ціною з наступним продажем начебто за високою ціною; придбання іноземної валюти, отримання протиправним шляхом документів про законність її походження і подальше вивезення грошей за межі країни; завищення вартості робіт або послуг, які виконуються особою, з метою давання їй хабара та одночасно з метою його легалізації, наприклад, отримання високопоставленим чиновником необґрунтовано високого гонорару за книгу або лекцію<sup>496</sup>.

В останній з наведених ситуацій вбачається не легалізація злочинних доходів, а завуальоване одержання хабара; у цьому разі відсутня притаманна об'єктивній стороні злочину, передбаченого ст. 209 КК, розірваність у часі між вчиненням первісного злочину і власне відмиванням майна, одержаного злочинним шляхом.

*Використання коштів чи іншого майна, одержаних унаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації доходів*, – це вилучення у тій чи іншій формі корисних властивостей такого майна для задоволення потреб власника або інших осіб. Відповідне майно може використовуватись для здійснення будь-якої легальної, у т.ч. підприємницької та іншої господарської діяльності. Йдеться, наприклад, про внесення коштів як внеску у статутний фонд підприємства, створення фіктивних господарюючих суб'єктів або придбання підприємств-банкрутів, коли злочинні кошти ви-

<sup>496</sup> Расследование преступлений в сфере экономики: Руководство для следователей. – М.: Спарк, 1993. – С. 166; Білоус В.Т., Попович В.М., Попович М.В. Організаційно-правове забезпечення боротьби з відмиванням доходів незаконного походження. – К.: Академія ДПСУ, 2001. – С. 63.

даються за їх легальний прибуток, купівлю підприємств з великими обсягами готівкових надходжень, де складно встановити фактичний обсяг проданих товарів, наданих послуг, виконаних робіт (роздрібна торгівля, сфера обслуговування, громадське харчування, гральні і розважальні заклади тощо), придбання підприємств за кордоном з використанням громадянина іноземної держави як фіктивного власника, інвестування у спільну господарську діяльність, фінансування виробництва товарів (наприклад, придбання за грошові кошти потрібних матеріалів, обладнання і сировини), виплату дивідендів і заробітної плати, поповнення обігових коштів суб'єкта господарювання, вилучення в інших формах корисних властивостей коштів і майна завдяки вчиненню будь-яких дій з ними (наприклад, використання під час здійснення виробничої діяльності викраденого обладнання). Використання зазначених коштів та майна може бути як пов'язане, так і не пов'язане з їх відчуженням, тобто з передачею іншим особам.

Принагідно зауважимо, що поняття відмивання, яке в наш час широко використовується у міжнародних документах і національних законодавчих актах, присвячених заходам боротьби з введенням у легальний обіг коштів, одержаних злочинним шляхом, має походження, яке показує первісні, найбільш примітивні способи вчинення аналізованого діяння. З метою надати законний вигляд доходам у готівці від нелегального продажу горілки під час дії «сухого закону», а також від експлуатації проституції та інших різновидів злочинної діяльності гангстери американського міста Чикаго у 20-х роках минулого століття придбали пральні, в яких пральні автомати вмикались за допомогою грошового дріб'язку, і шляхом змішування трудових копійчин і «брудних» грошей маскували справжнє джерело останніх.

Злочин, передбачений ст. 209 КК, визнається *закінченим* з моменту вчинення фінансової операції або правочину з майном, одержаним унаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації доходів, або з моменту набуття володіння чи використання такого майна. У частині вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскуванню незаконного походження «брудного» майна, володіння ним, прав на таке майно, джерела його походження, місцезнаходження або переміщення, злочин є підстави визнавати усіченим: його слід вважати закінченим з моменту вчинення зазначених дій незалежно від того, чи вдалося винній особі у такий спосіб досягнути поставленої мети, пов'язаної з прихованням чи маскуванню певних обставин.

**Суб'єкт** злочину – загальний.

За ст. 209 КК може нести відповідальність як особа, яка вчинила суспільно небезпечне проти-

правне діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, і наступні дії, які охоплюються поняттям легалізації, так і той, хто не вчиняв предикатного діяння. Викладена точка зору виходить з того, що чинний КК не розглядає відмивання як форму причетності до предикатного злочину<sup>497</sup>.

Згідно з п. 2 ст. 6 Конвенції РЄ 1990 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, кожен національний законодавець країни – учасниці Конвенції самостійно вирішує питання про визнання чи невизнання суб'єктом кримінально караного відмивання осіб, які вчинили предикатні злочини. Останній міжнародний договір, присвячений протидії цьому виду злочинів (Конвенція РЄ від 16 травня 2005 року про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів від злочинної діяльності і фінансування тероризму), не вирішив вказане питання і містить аналогічну норму.

Тому і не дивно, що досвід зарубіжного законодавця в плані окреслення кола суб'єктів легалізації є неоднозначним. Наприклад, у Німеччині особа, яка здійснила відмивання доходів, отриманих від вчиненого нею злочину, відповідає лише за предикатний злочин. Як повідомляє А.Е. Жалінський, закріплене у § 261 КК ФРН виключення подвійної караності того, хто брав участь у вчиненні предикатного злочину, одностайно і схвально сприймається німецькою доктриною<sup>498</sup>. У п. 1 примітки до ст. 235 КК Білорусі вказується, що кримінальній відповідальності за відмивання не підлягає виконавець злочину, шляхом вчинення якого придбані матеріальні цінності, які легалізуються. § 1 ст. 299 КК Польщі передбачає покарання для того, хто вчиняє певні дії з платіжними засобами, цінними паперами, іншими валютними цінностями, майновими правами, рухомим або нерухомим майном, отриманими внаслідок вчинення злочину іншою особою<sup>499</sup>. Поряд із цим чимало кримінальних законів

<sup>497</sup> Причетністю до злочину у кримінальному праві традиційно визнається умисна суспільно небезпечна діяльність, яка пов'язана з основним вчиненням (вчинюванням) злочином, але не є участю у ньому. Вважається, що між поведінкою причетної особи та діями виконавця або іншого співучасника відсутній причинний і винний зв'язок, а сама причетність завдає шкоди передусім інтересам правосуддя як специфічної діяльності спеціально уповноважених державних органів із розкриття та розслідування злочинів і притягнення винних осіб до юридичної відповідальності.

<sup>498</sup> Жалінский А.Э. Вказана праця. – С.489-490.

<sup>499</sup> У вказаних випадках відмивання доходів розглядається як вид причетності до основного злочину, що виключає кримінальну відповідальність за відмивання грошей співучасників основного злочину відповідно до принципу *non bis in idem*. Сенс такої конструкції в тому, що суспільна безпека причетності до основного злочину за допомогою відмивання доходів від його вчинення не може визначатися самостійно, а є похідною від первинного злочину. Подальше розпорядження особою майном, яке вона здобула злочинним шляхом, має бути байдужим для

зарубіжних країн містить положення про те, що кримінальній відповідальності за відмивання злочинних (незаконних) доходів підлягає не лише та особа, яка відмиває ці кошти, а й та, яка відмиває доходи, отримані внаслідок вчинення нею правопорушення (наприклад, кримінальні закони Австрії, Естонії, Франції, Швеції, Швейцарії).

Особа, які не виконують об'єктивну сторону легалізації, але умисно сприяють їй шляхом дії або бездіяльності (наприклад, надають можливість скористатись банківським рахунком), можуть притягуватись до відповідальності як пособники із посиланням на ч. 5 ст. 27 КК. Це стосується і працівників суб'єктів первинного фінансового моніторингу (поняття таких суб'єктів розкриватиметься далі – при аналізі складу злочину, передбаченого ст. 209-1 КК). За наявності підстав зазначені особи можуть визнаватись виконавцями розглядуваного злочину.

Дії особи, яка не є суб'єктом первинного фінансового моніторингу, що полягають у збуті майна, одержаного внаслідок вчинення злочину (наприклад, крадіжки) іншими особами, не утворюють складу легалізації коштів або іншого майна, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК), якщо такому майну не надається вигляд правомірно здобутого. Залежно від конкретних обставин справи зазначені дії містять ознаки пособництва у крадіжці або складу злочину, передбаченого ст. 198 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 209 КК, характеризується прямим умислом. Сумнівна помилка щодо походження зазначеного у ч. 1 ст. 209 КК майна виключає відповідальність за цією статтею. Для кваліфікації за ст. 209 КК не вимагається точної обізнаності про характер та конкретні обставини вчинення предикатного діяння, але необхідним є усвідомлення особою тих фактичних обставин вчиненого, з якими КК пов'язує можливість призначення основного покарання у вигляді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі НМДГ. Обізнаність особи про відповідне походження «брудного» майна встановлюється у кожному конкретному випадку.

Згідно з ч. 3 ст. 6 Конвенції РЄ 1990 р. про

кримінально-правової оцінки вчиненого, яку з урахуванням принципу економії кримінально-правової репресії доцільно обмежувати інкримінуванням норми КК про відповідальність за предикатний злочин. Виходячи із подібних міркувань, у висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» містились пропозиція доповнити ст. 209 КК приміткою 2 такого змісту: «Дія статті 209 не поширюється на осіб, які вчинили суспільно небезпечні протиправні діяння, що передували легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (предикатні злочини)». На жаль, ця пропозиція не була прийнята законодавцем.

відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, країни – учасниці Конвенції беруть на себе зобов'язання криміналізувати дії, які означають відмивання, у будь-якому або у всіх із наведених нижче випадків, коли правопорушник: 1) повинен був припускати, що власність є доходом, здобутим злочинним шляхом; 2) діяв з метою одержання прибутку; 3) діяв з метою продовження злочинної діяльності. Підпункт «с» п. 3 ст. 9 Конвенції РЄ від 16 травня 2005 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму пропонує країнам вживати таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинними відповідно до її внутрішнього законодавства дій, коли правопорушник: підозрював, що майно є доходом від злочину; повинен був припустити, що майно є доходом злочинного походження<sup>500</sup>.

Таким чином, із тексту конвенцій РЄ випливає, що на розсуд країн – учасниць передається вирішення питання про встановлення кримінальної відповідальності за відмивання злочинних доходів, вчинене із необережності. Така відповідальність передбачена законодавством деяких країн, зокрема, Аргентини, Іспанії, Куби, Люксембургу, Ліхтенштейну, Македонії, Нідерландів, ПАР, Словенії, Угорщини, ФРН, Хорватії, Швеції. Вважаємо, що позитивне вирішення цього питання в Україні було б проявом надмірної криміналізації. Тому ми підтримуємо позицію вітчизняного законодавця, який відхилив пропозицію народного депутата В.В. Писаренка до проекту Закону «Про внесення змін до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом», відповідно до якої КК пропонувалося доповнити ст. 209-2 «Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, вчинена з необережності».

Найменування розглядуваного злочину, а також звернення до положень законодавства про протидію відмиванню<sup>501</sup> дають змогу зробити ви-

<sup>500</sup> О.В. Чупрова повідомляє, що у Великобританії у кримінальних справах про відмивання злочинних доходів застосовується конструкція відповідальності без встановлення *mens rea*, яка у доктрині дістала назву «об'єктивного показника підозри». У такий спосіб англійський законодавець прагне полегшити тягар кримінально-процесуального доказування з тим, щоб винний був позбавлений будь-якої можливості посилається на необізнаність про походження предмета злочинного відмивання (Чупрова Е.В. Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии. – М.: Волтерс Клаувер, 2007. – С. 57).

<sup>501</sup> До легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, ст. 4 Закону від 18 травня 2010 р. відносить будь-які дії, пов'язані з коштами (власністю), одержаними внаслідок вчинення злочину, спрямовані на приховування джерела походження зазначених коштів (власності) або на сприяння особі,



сновок про те, що у ст. 209 КК йдеться про таке залучення відповідного майна у побутовий і господарський обіг, яке поєднується з прагненням надати цьому процесу правомірний вигляд. Таке прагнення може поєднуватись із задоволенням власних потреб чи мотивів винної особи (наприклад, з бажанням отримати прибуток або допомогти тому, хто вчинив предикатне діяння, уникнути покарання за скоєне).

Як образно висловлюється І.А. Клепицький, необхідно врешті-решт зрозуміти, що відмивання грошей полягає не в тому, що злодій на кошти, нажиті злочинним шляхом, відремонтував короварню, а в тому, що він видав одержані внаслідок вчинення злочину доходи за доходи, начебто правомірно отримані від ведення сільського господарства<sup>502</sup>.

*Вироком Печерського районного суду м. Києва О. була засуджена за ч. 1 ст. 209 КК за те, що вона, працюючи економістом фінансового сектору центральної бухгалтерії ЗАТ, шляхом зловживання службовим становищем заволоділа грошми товариства в сумі 8835 грн. (за що була раніше засуджена за ч. 5 ст. 191 і ч. 2 ст. 366 КК), з яких 4761 грн. легалізувала шляхом перерахування коштів за придбану нею побутову техніку і комунальні послуги. Апеляційний суд м. Києва вирок щодо О. скасував і справу закрит за відсутністю в її діях складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209 КК. Підтверджуючи правильність такого рішення, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ вказала, що О. вчинила перерахування грошей, одержаних унаслідок розкрадання, за придбану побутову техніку і комунальні послуги не з метою їх відмивання, а для того, щоб безперешкодно заволодіти грошима. Своєю поведінкою О. не надавала правомірного вигляду володінню, користуванню чи розпорядженню доходами, одержаними шляхом вчинення злочину, передбаченого ч. 5 ст. 191 КК<sup>503</sup>.*

яка є співучасником у вчиненні злочину, що є джерелом походження зазначених коштів (власності). Однак бажання допомогти особі, яка вчинила предикатний злочин, не завжди поєднується із притаманним відмиванню за визначенням прагненням винного надати походженню майна, одержаного злочинним шляхом, легальний статус.

<sup>502</sup> Клепицький І.А. «Отмывание денег» в современном уголовном праве // Государство и право. – 2002. – № 8. – С. 44. У такому ж жартівливому дусі висловлюється Б.Г. Розовський: «Легалізація не сводиться до того, чтобы на украденные деньги крепко выпить и обильно закусить, купить модные штаны или колечко любимой женщине... Легалізація передбачає можливість випити і закурити, купити штани або колечко на средства, которым придана видимость законно добытых. Иными словами, между кражей денег и покупкой штанов должна быть промежуточная операция, которая и квалифицируется как легалізація (отмывание) преступно приобретенного» (Беницкий А.С., Розовский Б.Г., Якимов О.Ю. Вказана праця. – С. 73).

<sup>503</sup> Рішення Верховного Суду України. Щорічник. – 2005.

Для кваліфікації за ст. 209 КК потрібно встановити, що дії винного були вчинені умисно і з метою надання правомірного вигляду володінню, використанню, розпорядженню відповідними коштами або майном, їх набуттю чи для приховання джерел їхнього походження. Тобто бажання приховати справжнє джерело майна, щодо якого вчиняються правочини, інші дії або яке використовується, і видати «брудне» майно за легальні доходи виступає як обов'язкова характеристика суб'єктивної сторони. Через відсутність такого бажання випадки використання «брудного» майна для продовження вчинення незаконних, у т.ч. кримінально караних діянь (наприклад, для незаконного виготовлення підакцизних товарів) не утворюють складу злочину, передбаченого ст. 209 КК.

*У зв'язку з цим неправильно вважаємо позицію Приморського районного суду м. Маріуполя Донецької області, який засудив Л. за ч. 1, ч. 2 ст. 204, ч. 1 ст. 209 і ч. 1 ст. 216 КК. Зокрема, Л. визнано винним у тому, що він 7000 грн., отриманих внаслідок реалізації 2000 пляшок водноспиртової суміші, використав для придбання нової партії спирту, підроблених акцизних марок, а також для покриття інших витрат, пов'язаних з подальшим виробництвом фальсифікованої горілки.*

У цьому разі досліджувана норма КК інкримінована безпідставно. У підготовленому ВСУ Узагальненні розгляду судами кримінальних справ про злочини у сфері господарської діяльності, передбачені ст. ст. 204, 205, 209, 212, 216 та 218 КК, звідки взято наведений приклад, правильно зазначається таке. Якщо особа внаслідок збуту незаконно виготовлених алкогольних напоїв отримала грошові кошти, які надалі використані для продовження незаконного виготовлення алкогольних напоїв (наприклад, для придбання сировини), її дії не потребують додаткової кваліфікації за ст. 209 КК, оскільки з погляду відповідальності за цією статтею господарська діяльність не повинна бути незаконною.

Не за ст. 209, а за ст. 396 КК слід кваліфікувати заздалегідь не обіцяне приховування тяжкого чи особливо тяжкого злочину, яке включає в себе і приховування предметів, здобутих шляхом його вчинення (наприклад, їх зберігання, переходування, транспортування або переробку).

**Кваліфікуючими ознаками злочину (ч. 2 ст. 209) є:** 1) повторність; 2) вчинення його за попередньою змовою групою осіб або 3) у великому розмірі.

У ч. 2 ст. 209 КК йдеться про *повторність* лише тотожних злочинних діянь і не передбачено посилення відповідальності за повторність одно-

– Вип. 2. – С. 110-111.

рідних злочинів. У зв'язку з цим якщо легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, передувало використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів (ст. 306 КК), ця обставина не може слугувати підставою для кваліфікації вчиненого за ч. 2 ст. 209 КК за ознакою повторності.

Відсутня повторність у випадку, коли у вчиненій легалізації «брудних» доходів вбачаються ознаки продовжуваного злочину. Наприклад, має місце «смарфінг»<sup>504</sup> – структурування або ситуація, коли особа, придбаваючи нерухомість для її наступного продажу, надалі, як і заплановано, реалізує майно, або випадок, коли особа, реалізуючи єдиний умисел, з одним і тим самим майном, одержаним злочинним шляхом, послідовно вчинює декілька діянь, альтернативно зазначених у ч. 1 ст. 209 КК.

**Особливо кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 3 ст. 209 КК) є: 1) вчинення його організованою групою; 2) в особливо великому розмірі.

Легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом, визнається вчиненою *у великому розмірі*, якщо предметом злочину були кошти або інше майно на суму, що перевищує шість тисяч НМДГ, а *в особливо великому розмірі* – на суму, що перевищує вісімнадцять тисяч НМДГ (примітка до ст. 209 КК).

Легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, потрібно відмежовувати від злочину, передбаченого ст. 198 КК.

Предметом легалізації, як вже зазначалось, є майно, яке не лише прямо, а й опосередковано отримано злочинним шляхом. Так, якщо особа на грошові кошти, отримані в результаті вчинення злочину, придбаває цінні папери, які згодом обмінює на інше майно, то це не перешкоджає застосуванню ст. 209 КК (за умови усвідомлення винним злочинного характеру первісного походження видозміненого надалі майна). До предмета злочину, передбаченого ст. 198 КК, відносять лише те майно, яке отримано в результаті вчинення злочину безпосередньо.

Крім цього, ст. 198 КК не обмежує коло тих злочинів, унаслідок вчинення яких одержується майно, придбання, отримання, зберігання або збут якого надалі тягне кримінальну відповідальність. Якщо предметом деяких різновидів злочину, передбаченого ст. 209 КК, поряд із власне

коштами і майном визнаються також права на такі кошти і майно (охоплюються поняттям доходів як економічної вигоди), то для злочину, описаного у ст. 198 КК, таке розширення предмета злочину не характерне.

Відрізняються злочини, передбачені ст. ст. 198 і 209 КК, і за ознаками об'єктивної сторони. Дії, вказані у ст. 198 КК, з огляду на зроблене у ній застереження, тягнуть відповідальність за цією статтею КК лише за умови, що у вчиненому не вбачається ознак легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом. Наприклад, придбання і збут майна, які фігурують у ст. 198 КК і за певних умов можуть розглядатись як вчинення правочину, не повинні набувати ознак відмивання майна.

Зберігання майна злочинного походження, яке в силу зрозумілих причин не афішується, у переважній більшості випадків здійснюється таємно і визнається відповідно до ст. 198 КК злочином, треба відрізнити від володіння «брудним» майном, яке є підстави розцінювати як його відмивання у тому разі, коли таке володіння здійснюється на підставі легально укладеної цивільно-правової угоди (договори найму, комісії, схову тощо).

Взагалі у тому разі, коли збут, придбання, отримання і зберігання майна, одержаного злочинним шляхом, не призводять до відмивання майна, яке продовжує залишатись у тіншовому обороті, вчинене потрібно кваліфікувати не за ст. 209, а за ст. 198 КК. Разом із тим слід враховувати, що ситуація із дотриманням встановленої цивільним законодавством форми правочину у плані розмежування складів злочинів, передбачених ст. 198 і ст. 209 КК, наразі позбавлена однозначності. Так, згідно з ч. 1 ст. 218 ЦК недотримання встановленої законом письмової форми правочину не має наслідком його недійсність, крім випадків, передбачених законом. Звідси випливає, що вчинення правочину і без додержання встановленої законодавством письмової форми цілком може визнаватись легалізацією майна, одержаного злочинним шляхом.

Виокремимо ще одну причину, через яку значення формальних моментів у плані встановлення ознак кримінально караної легалізації не варто переоцінювати. Постає питання, чи відповідатиме умовам законодавства або, як висловлюється Пленум ВСУ (абз. 1 п. 7 постанови від 15 квітня 2005 р. № 5), визначеному ЦК порядку, а, отже, чи утворюватиме склад злочину, передбаченого ст. 209 КК, скажімо, договір продажу майна, одержаного злочинним шляхом, якщо ст. 658 ЦК прямо передбачає, що право продажу товару (крім випадків, встановлених законодавством) належить лише його власнику. Відповідно до ст. 328 ЦК України право власності набувається на підставах, що не заборонені законом. Оскільки

<sup>504</sup> Під «смарфінгом» у міжнародній фінансовій практиці розуміється обхід формальних обмежень за допомогою техніки подрібнення внеску, здійснення фінансової операції з готівкою на суму, трохи меншу за ту, що визначена законодавством як мінімальний показник для заповнення і подання відповідної інформації.

поняття «власність» означає, що те чи інше майно знаходиться у особи на законних підставах, не до кінця продуманим вважаємо висловлювання про те, що предметом злочину, передбаченого ст. 209 КК, є лише такі доходи, які в результаті вчинення предикатного діяння «обов'язково отримані у власність...»<sup>505</sup>.

Отже, якщо виходити з необхідності дотримання абсолютно всіх вимог чинного законодавства щодо вчинення цивільно-правових правочинів, то, мабуть, жоден правочин, предметом якого виступає «брудне» майно, не зможе розцінюватися як відмивання з точки зору кваліфікації за ст. 209 КК, що явно не відповідатиме інтересам кримінально-правової протидії легалізації<sup>506</sup>.

Якщо легалізація набуває вигляду вчинення консенсуального правочину, вона вважається закінченою з моменту досягнення домовленості між сторонами угоди тоді, як злочин, передбачений ст. 198 КК, визнається закінченим з моменту фактичної передачі-отримання майна кримінального походження.

Із суб'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 209 КК, як вже зазначалось, характеризується прагненням винної особи надати правомірний вигляд процесові залучення майна у побутовий чи господарський обіг. Така спрямованість дій не притаманна складу злочину, передбаченого ст. 198 КК: придбаваючи, отримуючи, зберігаючи або збуваючи майно, одержане злочинним шляхом, винна у цьому злочині особа не прагне надати майну легального статусу, не бажає використовувати його під виглядом законного в операціях, правочинах і правомірній господарській діяльності. Вчинення злочину, передбаченого ст. 198 КК, має своїм наслідком фактичне втягнення злочинних доходів у побутовий і економічний оборот без приховування справжнього джерела походження такого майна, без надання володінню, користуванню або розпорядженню таким майном правомірного вигляду.

У п. 17 постанови Пленуму від 15 квітня 2005 р. № 5 слушно вказується на те, що визначальним фактором, який дозволяє розмежовувати злочини, передбачені ст. 209 і ст. 198 КК, виступає мета їх вчинення. Роз'яснюється, що для легалізації обов'язковим є прагнення винного на-

<sup>505</sup> Розкриття та розслідування злочинів, пов'язаних з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом: Методичні рекомендації / Баліна С.Н., Шакун В.І., Сахарова О.Б., Никифорчук Д.Й. та ін. / За ред. В.І. Шакуна. – К., 2003. – С. 14.

<sup>506</sup> Подібним чином розмірковує М.І. Пікуров, який вважає, що цивільно-правовий термін «делка», вжитий у тексті норми КК РФ про легалізацію з метою уникнення детального опису різних варіантів відчуження майна, може і не відповідати вимогам цивільного законодавства (Енциклопедія уголовного права. Т.1. Понятие уголовного права. – СПб., 2005. – С. 516-517).

дати походженню майна, одержаного злочинним шляхом, легальний статус. Якщо таке прагнення відсутнє, діяння особи треба кваліфікувати за ст. 198 КК. Подібним чином вирішує розглядувану проблему Пленум Верховного Суду РФ, який у п. 25 своєї постанови від 18 листопада 2004 р. № 23 «Про судову практику у справах про незаконне підприємництво та легалізацію (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом» зазначає, що збут майна, одержаного внаслідок вчинення злочину іншими особами, не утворює складу легалізації (відмивання) грошових коштів та іншого майна (ст. 174 КК РФ), якщо такому майну не надається вигляд правомірно придбаного. Залежно від конкретних обставин справи зазначені діяння можуть містити ознаки розкрадання (у формі пособництва) або складу злочину, передбаченого ст. 175 КК РФ.

Такі саме роз'яснення наводяться у п. 16 постанови Пленуму ВСУ від 15 квітня 2005 р. № 5, де вказано: якщо під час збуту майна, одержаного злочинним шляхом (наприклад, внаслідок скоєння крадіжки), йому надається вигляд правомірно здобутого, таке діяння утворює склад легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом. У решті випадків залежно від конкретних обставин справи зазначені дії містять або ознаки крадіжки (у формі пособництва), або складу злочину, передбаченого ст. 198 КК. Щоправда, що розуміти під наданням вигляду правомірно здобутого майна, у згаданій постанові Пленуму ВСУ не уточнюється.

Про неприпустимість механічного застосування ст. 209 КК у випадках купівлі-продажу викраденого майна цілком справедливо пише Г.О. Усатий. Виходячи з того, що ст. 209 КК головним чином спрямована на недопущення будь-яких спроб ввести в легальний обіг кошти злочинного походження під виглядом правомірно здобутих, науковець закликає детально з'ясувати суб'єктивну сторону вчиненого на предмет встановлення мети легалізації<sup>507</sup>.

*З огляду на сказане, правильною вважаємо позицію державного обвинувача у справі К., який органом досудового слідства обвинувачувався за ст. 198 КК у тому, що в січні 2003 р. без заздальгидь даної обіцянки, достовірно знаючи про те, що туристичний намет було напередодні викрадено С., З. та Ц., збув його шляхом продажу. Під час слідства обставин, які б свідчили про те, що під час збуту майна, одержаного злочинним шляхом, К. намагався надати йому вигляд правомірно здобутого, встановлено не було. При розгляді справи*

<sup>507</sup> Усатий Г. Криміногенна ситуація, що склалася у сфері легалізації коштів, здобутих злочинним шляхом // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2003. – № 1. – С. 49.



суд визнав, що вину підсудного К. доведено повністю, а його діяння правильно кваліфіковані за ст. 198 КК як заздалегідь не обіцяний збут майна, завідомо одержаного злочинним шляхом<sup>508</sup>.

З урахуванням того, що злочин, описаний у ст. 198 КК, на законодавчому рівні розглядається як різновид причетності до злочину, його суб'єктом не визнається особа, яка, будучи виконавцем або співучасником, вчинила той злочин, унаслідок якого одержане майно. У п. 17 постанови Пленуму від 15 квітня 2005 р. № 5 суб'єкт злочину, передбаченого ст. 198 КК, не зовсім точно, на нашу думку, позначається як особа, котра не одержувала майна злочинним шляхом. Насправді мова у цьому разі повинна йти про особу, котра як виконавець або інший співучасник не вчиняла злочину – джерело походження майна.

Натомість за ст. 209 КК може нести відповідальність як особа, яка одержала кошти чи інше майно злочинним шляхом, так і особа, яка заздалегідь пообіцяла вчинити передбачені цією статтею дії для легалізації коштів чи майна, одержаних унаслідок вчинення предикатного діяння<sup>509</sup>.

Якщо злочин, передбачений ст. 209 КК, виражається у вчиненні відповідних правочинів, за його скоєння може відповідати особа, яка набула у встановленому законом порядку повної цивільної дієздатності і не позбавлена дієздатності судом або не обмежена у ній. Цей підхід, який знайшов відображення в абз. 1 п. 15 постанови Пленуму від 15 квітня 2005 р. № 5, вочевидь, зумовлений тим, що майно, придбане в результаті вчинення предикатного злочину, формально не може бути визнано правомірно здобутим, якщо правочин щодо нього вчинено недієздатним суб'єктом. Такі «додаткові» ознаки для суб'єкта придбання чи збуту майна, одержаного злочинним шляхом, не характерні. Для кваліфікації за ст. 198 КК не має значення, чи володіє особа дієздатністю, оскільки вчинення діянь з майном, одержаним злочинним шляхом, не повинно з формальної сторони відповідати умовам вчинення цивільно-правового правочину.

**Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму (ст. 209-1 КК).** Для запобігання та протидії відмиванню доходів злочинного походження в Україні

<sup>508</sup> Архів Дружковського міського суду Донецької області. Справа № 1-272 за 2003 р.

<sup>509</sup> Більш детально про розмежування складів злочинів, передбачених ст. 198 і ст. 209 КК, див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 203-216.

створено систему фінансового моніторингу, яка становить складну систему відносин, спрямованих, зокрема, на: ведення обліку фінансових операцій, які мають передбачені законом ознаки або є підозрілими, і їх учасників; інформаційний обмін між суб'єктами первинного та державного рівнів; аналіз, опрацювання й узагальнення уповноваженим органом інформації про фінансові операції; забезпечення режиму обмеженого доступу до інформації, що надається цьому органу.

**Суспільна небезпека** діянь, криміналізованих ст. 209-1 КК, визначається тим, що вони порушують: 1) суспільно значущі відносини інформаційного обміну між суб'єктами первинного фінансового моніторингу та спеціально уповноваженим органом, які забезпечують взаємозв'язок між суб'єктами первинного та державного рівнів і сприяють ефективному виконанню цим органом покладених на нього обов'язків із протидії відмиванню злочинних доходів і фінансуванню тероризму; 2) режим обмеженого доступу до певних відомостей, що може створити суттєві перешкоди виявленню фінансових операцій, пов'язаних із легалізацією злочинних доходів і фінансуванню тероризму, та здійсненню кримінального переслідування винних<sup>510</sup>.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочинів, передбачених ч. 1 і ч. 2 ст. 209-1 КК, є правомірне функціонування системи фінансового моніторингу в частині встановленого законодавством порядку обігу та захисту інформації, яка надається спеціально уповноваженому центральному органу виконавчої влади<sup>511</sup>. *Додат-*

<sup>510</sup> У відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію Ю.Г. Старовойтової «Кримінально-правова протидія порушенням законодавства України про фінансовий моніторинг» М.І. Хавронюк висловив думку про те, що діяння, передбачені ст. 209-1 КК, не є суспільно небезпечними, а тому за їх вчинення має наставати адміністративна відповідальність. Вдало дискутуючи з М.І. Хавронюком, Ю.Г. Старовойтова під час захисту дисертації звернула увагу, зокрема, на те, що досліджувані нею порушення вимог антилегалізаційного законодавства посягають на суспільно значущі відносини, що складаються у рамках системи фінансового моніторингу як важливої складової національної системи заходів із запобігання та протидії відмиванню доходів, одержаних злочинним шляхом. Ефективна реалізація таких заходів є одним із пріоритетних напрямів стратегічного курсу України на інтеграцію до Європейського Союзу та здійснення міжнародного співробітництва у боротьбі з організованою злочинністю.

<sup>511</sup> Автори усвідомлюють, що пропонуване ними визначення безпосереднього об'єкта «виводить» злочини, карані за ст. 209-1 КК, за межі як розглядуваних у цьому параграфі посягань на встановлений порядок зайняття господарською діяльністю зокрема, так і злочинів у сфері господарської діяльності взагалі. Місце юридичного аналізу ст. 209-1 КК у цьому підручнику зумовлене прагматичними міркуваннями – тим, що і ст. 209, і ст. 209-1 КК стосуються проблеми відмивання «брудних» доходів, а тому їх зміст доцільно розкривати послідовно та у взаємозв'язку. З іншого боку, інформаційні відносини щодо здійснення фінансового моніторингу (за всієї

ковими об'єктами злочинів є встановлений порядок здійснення господарської діяльності, належне функціонування правосуддя, громадська безпека, встановлений порядок використання комп'ютерів і комп'ютерних мереж.

Система фінансового моніторингу, складаючись із двох рівнів (первинного та державного), покликана унеможливити використання фінансової системи країни для легалізації «брудних» доходів (це поняття розкривається вище) і фінансування тероризму<sup>512</sup>. Спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади із спеціальним статусом з питань фінансового моніторингу (далі – Спеціально уповноважений орган) – це Державна служба фінансового моніторингу України, діяльність якої спрямовується і координується КМУ через Міністра фінансів України<sup>513</sup>. У міжнародно-правових документах та антилегалізаційному законодавстві багатьох зарубіжних країн подібні інституції іменуються підрозділами фінансової розвідки. Для виконання покладених на нього завдань Спеціально уповноважений орган має значні права. Зокрема, він має право безоплатно одержувати у встановленому законодавством порядку від органів виконавчої влади, правоохоронних органів, НБУ, органів місцевого самоврядування, суб'єктів господарювання, підприємств, установ, організацій інформацію, у т.ч. таку, що становить банківську або комерційну таємницю, а від суб'єктів первинного фінансового моніторингу – відомості щодо відстеження обігу активів, які можуть бути пов'язані з легалізацією злочинних доходів або фінансуванням тероризму, а також інформацію про фінансові операції, що стали об'єктом фінансового моніторингу, та пов'язані з ними операції (ст. 20 Закону від 18 травня 2010 р.).

Як зазначається у фаховій літературі, саме

---

умовності цього твердження) здебільшого знаходяться у площині господарської діяльності.

<sup>512</sup> Відповідно до ст. 1 Закону від 18 травня 2010 р. фінансування тероризму – це надання чи збір активів з усвідомленням того, що їх повністю або частково буде використано для організації, підготовки і вчинення окремим терористом або терористичною організацією визначеного КК терористичного акту, втягнення у вчинення терористичного акту, публічних закликів до вчинення терористичного акту, створення терористичної групи чи терористичної організації, сприяння вчиненню терористичного акту, будь-якої іншої терористичної діяльності, а також для спроби здійснення таких дій.

<sup>513</sup> Положення про Державну службу фінансового моніторингу України затверджене Указом Президента України від 13 квітня 2011 р. № 466/2011. Порядок взяття на облік суб'єктів первинного фінансового моніторингу, реєстрації ними фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу, і подання Державному комітетові фінансового моніторингу інформації про зазначені та інші фінансові операції, що можуть бути пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму, затверджений постановою КМУ від 25 серпня 2010 р. № 747.

грошовий слід може стати доказом проти злочинців і, до того ж, власне грошові кошти можуть стати об'єктом для провадження розслідування і порушення справи<sup>514</sup>. Через це, по-перше, Спеціально уповноваженому органу має надаватися повна і достовірна інформація, яка вимагається законодавством або безпосередньо Спеціально уповноваженим органом у межах його повноважень, і, по-друге, стосовно всієї інформації, яка надається зазначеному органу, встановлюється режим обмеженого доступу.

Фінансовий моніторинг – це сукупність заходів із виявлення операцій, що підлягають такому моніторингу, з ідентифікації клієнтів, ведення обліку фінансових операцій, зберігання і подання відповідної інформації тощо. При цьому під кримінально-правову охорону за допомогою ст. 209-1 КК взяті лише інформаційні відносини щодо здійснення фінансового моніторингу, тобто в цій частині зміст розглядуваної статті Особливої частини КК є вужчим за її назву.

*Предметом* злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1 КК, є інформація про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу, а злочину, передбаченого ч. 2 ст. 209-1 КК, – інформація, яка відповідно до закону подається Спеціально уповноваженому органу. Вказана інформація вважається такою, що має обмежений доступ.

Відповідно до ст. 6 Закону від 18 травня 2010 р. суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний повідомляти у Спеціально уповноважений орган про: 1) фінансові операції, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу; 2) фінансові операції, що підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу, якщо є достатні підстави підозрювати, що вони пов'язані з легалізацією доходів, одержаних злочинним шляхом; 3) виявлені фінансові операції, стосовно яких є достатні підстави підозрювати, що вони пов'язані, стосуються або призначені для фінансування тероризму.

Фінансова операція підлягає обов'язковому фінансовому моніторингу, якщо сума, на яку вона проводиться, дорівнює чи перевищує 150000 грн. або дорівнює чи перевищує суму в іноземній валюті, еквівалентну 150000 грн., та якщо ця операція має одну або більше ознак, визначених у ст. 15 Закону від 18 травня 2010 р.

Належним чином оформлене повідомлення про фінансову операцію повинне містити відомості, зокрема, про особу, яка здійснює фінансову операцію, та особу, від імені або за дорученням якої здійснюється така операція, її вид, суму,

<sup>514</sup> Фитуни Л.А. Фінансовий моніторинг: Учеб.-метод. пособие; под. ред. А.Т. Никитина, С.А. Степанова. – М.: Изд-во МНЭПУ, 2002. – С. 20.

валюту, в якій здійснюється фінансова операція, підстави для її здійснення, ознаки, за якими операція підлягає фінансовому моніторингу. Повідомлення про фінансову операцію складається з інформації про суб'єкт первинного фінансового моніторингу (його відокремлений підрозділ), який надсилає повідомлення, та інформації про фінансову операцію, що внесена до реєстру.

Невичерпний перелік фінансових операцій, що підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу, наводиться у ст. 16 Закону від 18 травня 2010 р. Зазначені операції повинні мати одну або більше таких ознак: 1) заплутаний або незвичний характер фінансової операції чи сукупності пов'язаних між собою фінансових операцій, що не мають очевидного економічного сенсу або очевидної законної мети; 2) невідповідність фінансової операції діяльності клієнта; 3) виявлення фактів неодноразового здійснення операцій, характер яких дає підстави вважати, що метою їх здійснення є уникнення процедур обов'язкового фінансового моніторингу або ідентифікації клієнта.

Внутрішній фінансовий моніторинг може здійснюватись і щодо інших (крім зазначених вище) фінансових операцій, коли у суб'єкта первинного фінансового моніторингу виникають підстави вважати, що фінансова операція проводиться з метою легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму. Взагалі внутрішньому фінансовому моніторингу підлягають операції відповідно до типологій міжнародних організацій, що здійснюють діяльність у сфері протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму.

Предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1 КК, не визнається додаткова інформація з приводу фінансових операцій, що стали об'єктом фінансового моніторингу, яка має надаватись суб'єктом первинного фінансового моніторингу на запит Спеціально уповноваженого органу протягом п'яти робочих днів з моменту надходження запиту<sup>515</sup>. Ненадання, несвоєчасне надання такої інформації, як і неповідомлення Спеціально уповноваженому органу про зупинення проведення фінансової операції, якщо її учасником (вигодоодержувачем) є особа, яку включено до переліку осіб, пов'язаних із здійсненням терористичної діяльності або щодо яких застосовані міжнародні санкції, визнається адміністративним проступ-

ком (ч. 1 ст. 166-9 КпАП).

З точки зору кваліфікації за ч. 2 ст. 209-1 КК інформація може стосуватись не лише фінансових операцій, які стали об'єктом фінансового моніторингу. Це може бути будь-яка інформація, надана Спеціально уповноваженому органу і необхідна йому для виконання покладених на нього завдань (наприклад, інформація, яка пов'язана з проведенням аналізу фінансових операцій, що стали об'єктом фінансового моніторингу та яка отримана від підприємств, установ, організацій, що не є суб'єктами первинного фінансового моніторингу, або інформація про результати досудового слідства та постановлені судові рішення у справах, у розслідуванні яких використовуються узагальнені матеріали, надані Спеціально уповноваженим органом).

Відповідно до ч. 6 ст. 12 Закону від 18 травня 2010 р. працівникам суб'єкта первинного фінансового моніторингу, які подали Спеціально уповноваженому органу інформацію про фінансову операцію, забороняється повідомляти про це осіб, які брали (беруть) участь у її проведенні, та будь-яких третіх осіб. У юридичній літературі висловлено думку про те, що з об'єктивної сторони злочин, передбачений ч. 2 ст. 209-1 КК, виражається у незаконному доведенні до відома будь-яких осіб (зокрема, тих, стосовно кого проводиться перевірка) і відомостей про факт надання інформації Спеціально уповноваженому органу<sup>516</sup>. Вважаємо наведену точку зору поширювальним тлумаченням кримінального закону. На наш погляд, незаконне розголошення не самого змісту інформації, наданої Спеціально уповноваженому органу, а лише факту надання такої інформації тягне за собою не кримінальну (ч. 2 ст. 209-1 КК), а адміністративну відповідальність (ч. 3 ст. 166-9 КпАП). Виходимо при цьому з таких міркувань.

По-перше, ст. 6 Закону від 18 травня 2010 р., закріплюючи обов'язки суб'єкта первинного фінансового моніторингу, розрізняє, з одного боку, інформацію, яка надається Спеціально уповноваженому органу (саме такий зворот використовується у ч. 2 ст. 209-1 КК для позначення предмета злочину, передбаченого цією нормою), та, з іншого боку, іншу інформацію з питань фінансового моніторингу (в т.ч. про факт подання такої інформації). Здійснюючи кваліфікацію вчиненого за розглядуваною кримінально-правовою нормою, навряд чи можна ігнорувати цю різницю.

По-друге, предметом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 209-1 КК, є інформація, надання якої Спеціально уповноваженому органу здійснюєть-

<sup>515</sup> Данилевський А.О., Старовойтова Ю.Г., Старук Ю.О. Протидія відмиванню майна, здобутого злочинним шляхом, та фінансуванню тероризму (аналіз змін кримінального законодавства) // Вісник Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського університету внутрішніх справ. – 2011. – № 2. – С. 83-84.

<sup>516</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2-е вид., перероб. та доп.) / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – С. 669.



ся відповідно до законодавства України чи міжнародних угод, учасником яких є Україна (інформація про фінансові операції, яка надходить від суб'єктів первинного фінансового моніторингу, інформація про хід і результати опрацювання узагальнених матеріалів, яка надсилається правоохоронними органами, тощо). Цілком очевидно, що відомості про сам по собі факт подання інформації Спеціально уповноваженому органу останньому не надаються (для чого?).

По-третє, розголошення не самого змісту інформації, яка була надана Спеціально уповноваженому органу, а лише факту такого інформування, з огляду на пряму вказівку законодавця, тягне на сьогодні адміністративну відповідальність. У ч. 3 ст. 166-9 КпАП чітко розмежовано два види розголошення певної інформації (розголошення інформації, що є об'єктом обміну між суб'єктом первинного фінансового моніторингу та Спеціально уповноваженим органом, або факту подання (одержання) такої інформації) в той час, як у ч. 2 ст. 209-1 КК йдеться лише про один вид розголошення.

Нарешті, по-четверте, при вирішенні аналізованої кримінально-правової проблеми має ставати у нагоді закріплене у ч. 3 ст. 63 Конституції України правило «тлумачення сумнівів на користь обвинуваченого», оскільки воно, на наше переконання, носить комплексний (матеріально-процесуальний) характер і дозволяє враховувати специфіку вирішення подібних до розглядуваного питань матеріального права у випадку неоднозначності положень КК і регулятивного законодавства, до якого відсилають бланкетні диспозиції.

Разом з тим зрозуміло, що особа, яка займається відмиванням доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму, будучи обізнаною про те, що певна інформація стосовно неї або здійсненої нею фінансової операції була надіслана Спеціально уповноваженому органу, намагатиметься діяти у такий спосіб, щоб не допустити викриття своїх злочинних дій. Оскільки розголошення як такого факту інформування Спеціально уповноваженого органу спроможне знівелювати механізм фінансового моніторингу у конкретній ситуації, а, отже, є суспільно небезпечною поведінкою, її законодавча оцінка як адміністративного проступку є неадекватною її суспільній небезпеці. Криміналізація розголошення факту подання відповідної інформації видається доцільною і через потребу захисту ділової репутації суб'єктів господарської діяльності, які є учасниками фінансових операцій.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1 КК, полягає у неподанні або несвоєчасному поданні Спеціально уповноважено-

му органу інформації про фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу, а так само у поданні цьому органу недостовірної інформації про вказані операції, якщо такі діяння заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб.

Повідомлення про фінансову операцію суб'єкт первинного фінансового моніторингу надсилає Спеціально уповноваженому органу в електронному вигляді, а у разі несистематичного надсилання (протягом одного календарного року не більш як про чотири зареєстровані фінансові операції) – на паперових носіях.

Відповідно до п. 7.4 розділу VII Положення про здійснення банками фінансового моніторингу, затвердженого постановою Правління НБУ від 14 травня 2003 р. № 189 у редакції постанови від 31 січня 2011 р. № 22, інформація щодо кожної фінансової операції, яка надається Спеціально повноваженому органу в складі файлоповідомлення, підписується відповідальним працівником банку шляхом накладення електронного цифрового підпису.

*Неподання інформації* означає, що особа, володіючи потрібною інформацією і маючи змогу виконати покладений на неї обов'язок, умисно цього не робить. Склад розглядуваного злочину потрібно вбачати як у випадку, коли особа відкрито відмовляється виконати вимогу закону, так і тоді, коли вона фактично не подає до цього органу належну інформацію, а також у тому разі, коли надається лише частина інформації про фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу.

Ст. 1 Закону від 18 травня 2010 р. до неподання інформації про фінансову операцію, що підлягає фінансовому моніторингу, відносить і повторне подання неналежним чином оформленого повідомлення про таку фінансову операцію, яке не взято на облік Спеціально уповноваженим органом. Під повторним поданням неналежним чином оформленого повідомлення розуміється послідовне подання суб'єктом первинного фінансового моніторингу трьох неналежним чином оформлених повідомлень про одну й ту саму фінансову операцію.

*Несвоєчасне подання інформації* означає подання її з порушенням встановлених законодавством термінів. Так, подання суб'єктом первинного фінансового моніторингу інформації про фінансову операцію, що підлягає обов'язковому фінансовому моніторингу, здійснюється протягом трьох робочих днів з дня її реєстрації. Рішення про подання або неподання Спеціально уповноваженому органу інформації про фінансову опе-

рацію, що підлягає внутрішньому фінансовому моніторингу, приймає відповідальний працівник суб'єкта первинного фінансового моніторингу. У разі прийняття рішення про подання Спеціально уповноваженому органу інформації про фінансову операцію така інформація подається не пізніше десяти робочих днів з дня її реєстрації (ч. 1 і ч. 2 ст. 12 Закону від 18 травня 2010 р.).

У вказаних випадках виникнення обов'язку інформувати Спеціально уповноважений орган про ту чи іншу фінансову операцію законодавець пов'язує не з часом її проведення, що було б логічним, а з моментом реєстрації відповідної операції суб'єктом первинного фінансового моніторингу.

Постає питання: як необхідно кваліфікувати дії винної особи, якщо вона умисно не зареєструвала фінансову операцію, що підлягає обов'язковому фінансовому моніторингу, та, відповідно, не повідомила Спеціально уповноваженому органу про неї? Якщо при вирішенні цього питання застосовувати положення Закону від 18 травня 2010 р., дії зазначеної особи не утворюватимуть умисного неподання інформації про фінансову операцію, що підлягає фінансовому моніторингу, оскільки така операція не була зареєстрована, а злочинне неподання інформації, як було встановлено вище, має місце після спливу трьох робочих днів після реєстрації відповідної фінансової операції. Очевидно однак, що така юридична оцінка не відповідає суспільній небезпеці цього діяння, на яку факт реєстрації фінансової операції не впливає.

Якщо суб'єкт первинного фінансового моніторингу має достатні підстави підозрювати, що фінансові операції пов'язані, стосуються або призначені для фінансування терористичної діяльності, терористичних актів чи терористичних організацій та організацій або осіб, до яких застосовані міжнародні санкції, він зобов'язаний невідкладно повідомити в день виникнення підозр про такі фінансові операції у т.ч. Спеціально уповноважений орган (ч. 8 ст. 12 Закону від 18 травня 2010 р.). У цьому разі здійснення фінансової операції, а не її реєстрація цілком доречно виступає тією обставиною, яка зумовлює виникнення відносин інформаційного обміну між суб'єктом первинного фінансового моніторингу та Спеціально уповноваженим органом.

Під поданням *недостовірної інформації* треба розуміти подання Спеціально уповноваженому органу неправдивих відомостей, тобто відомостей, які повністю або частково не відповідають дійсності і здатні ввести адресата в оману (наприклад, стосовно характеру та суб'єктного складу проведеної фінансової операції).

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ч. 2 ст. 209-1 КК, полягає у незаконному роз-

голошенні у будь-якому вигляді інформації, яка надається Спеціально уповноваженому органу, якщо це заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб.

*Розголошення інформації* означає, що особа, якій відповідна інформація стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, ознайомлює з нею сторонніх осіб або своєю поведінкою створює умови, які надають можливість стороннім особам ознайомитися з інформацією, яка подається Спеціально уповноваженому органу. Положення про розголошення у будь-якому вигляді означає, що способи розголошення інформації (усно, письмово, із застосуванням засобів зв'язку, передача документів, повідомлення у ЗМІ, наукових статтях, виступах тощо) можуть бути різними і на кваліфікацію за ч. 2 ст. 209-1 КК не впливають.

Не утворюють складу розглядуваного злочину випадки правомірного ознайомлення з відповідною інформацією. Так, Спеціально уповноваженому органу заборонено передавати будь-кому одержану від суб'єктів первинного фінансового моніторингу інформацію, за винятком випадків, передбачених законом. Одним із випадків правомірного ознайомлення з інформацією, що виключає інкримінування ч. 2 ст. 209-1 КК, є передача Спеціально уповноваженим органом відповідних матеріалів до правоохоронних органів, уповноважених згідно з КПК приймати рішення, а також до розвідувальних органів України для здійснення оперативно-розшукової діяльності – за наявності достатніх підстав вважати, що фінансова операція або сукупність пов'язаних між собою фінансових операцій пов'язані з відмиванням злочинних доходів або фінансуванням тероризму.

Злочини, передбачені ч. 1 і ч. 2 ст. 209-1 КК, визнаються *закінченими* з моменту заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб (матеріальні склади). *Істотною шкодою* (оціночне поняття) може бути визнане, наприклад, невикриття особи, яка вчинила відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму. Як слушно зазначається у літературі, оціночний характер розглядуваної ознаки може викликати зловживання у правозастосуванні та знизити ефективність відповідної кримінально-правової заборони<sup>517</sup>.

Якщо діяння, передбачені ч. 1 або ч. 2

<sup>517</sup> Данилевський А.О., Старовойтова Ю.Г., Старук Ю.О. Вказана праця. – С. 84-85.

ст. 209-1 КК, не заподіяли істотну шкоду, вчинене тягне адміністративну відповідальність (ч. 1 і ч. 3 ст. 166-9 КпАП).

**Суб'єкт** розглядуваних злочинів є спеціальним.

У злочині, передбаченому ч. 1 ст. 209-1 КК, – це, за загальним правилом, призначений керівництвом суб'єкта первинного фінансового моніторингу працівник, який є відповідальним за проведення фінансового моніторингу. Відповідальний працівник призначається за посадою на рівні керівництва суб'єкта первинного фінансового моніторингу (ст. 7 Закону від 18 травня 2010 р.)<sup>518</sup>. Мається на увазі посада, що передбачає здійснення функцій управління суб'єктом первинного фінансового моніторингу в цілому та всіма його підрозділами або управління окремими підрозділами такого суб'єкта.

Визначаючи коло осіб, спроможних як виконавці відповідати за ч. 1 ст. 209-1 КК, слід враховувати положення антилегалізаційного законодавства. Так, у разі недоцільності призначення відповідального працівника особою, відповідальною за проведення фінансового моніторингу, може призначатися керівник суб'єкта первинного фінансового моніторингу, який за наявності до цього підстав і нестиме кримінальну відповідальність за ч. 1 ст. 209-1 КК.

Суб'єктом злочину може бути і особа, на яку у встановленому порядку покладаються обов'язки відповідального працівника на час відсутності останнього (відпустки, відрядження, хвороба тощо), а також призначений відповідальний працівник відокремленого підрозділу банку.

Перелік осіб, які є суб'єктами первинного фінансового моніторингу, наводиться у ст. 5 Закону від 18 травня 2010 р. (це, зокрема, банки та інші фінансові установи, товарні, фондові та інші біржі, професійні учасники ринку цінних паперів, оператори поштового зв'язку, інші установи, які проводять фінансові операції з переказу коштів, суб'єкти підприємницької діяльності, які надають посередницькі послуги під час здійснення операції з купівлі-продажу нерухомого майна). Виконання обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу забезпечується також

адвокатами, нотаріусами, особами, які надають юридичні послуги, аудиторами, аудиторськими фірмами, фізичними особами – підприємцями, які надають послуги з бухгалтерського обліку, якщо вони беруть участь у підготовці і здійсненні правочину щодо: купівлі-продажу нерухомості; управління активами клієнта; управління банківським рахунком або рахунком у цінних паперах; залучення коштів для утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності та управління ними; утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності чи управління ними, а також купівлі-продажу юридичних осіб. Суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний стати на облік у Спеціально уповноваженому органі та у разі припинення своєї діяльності повідомити про це Спеціально уповноважений орган у визначеному законодавством порядку.

Суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1 КК, не визнаються працівники державних органів, які всупереч вимогам законодавства не надають Спеціально уповноваженому органу інформацію про певні фінансові операції (наприклад, про операції, стосовно яких є підозра, що вони пов'язані з легалізацією доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму), а так само іншу інформацію, необхідну для виконання завдань, покладених на Спеціально уповноважений орган. Така поведінка за наявності підстав може розцінюватись як той чи інший злочин у сфері службової діяльності.

Суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 209-1 КК, є особа, якій інформація, що надається Спеціально уповноваженому органу, стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю. До таких осіб передусім належать працівники суб'єктів первинного фінансового моніторингу, яким певні відомості стають відомі, зважаючи на виконувани по службі обов'язки. При цьому не має значення, чи мають такі працівники офіційний доступ до документів, які уособлюють інформацію, що надається Спеціально уповноваженому органу. За ч. 2 ст. 209-1 КК можуть кваліфікуватись діяння працівників Спеціально уповноваженого органу, співробітників правоохоронних органів, які в установленому порядку отримали відповідну інформацію від Спеціального уповноваженого органу, працівників суб'єктів державного фінансового моніторингу – НБУ, Мінфіну, Мінюсту тощо, а також працівників суб'єктів господарювання, підприємств, установ, організацій та органів державної влади, які не суб'єктами первинного і державного моніторингу, але яким відповідна інформація стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю.

Якщо службова особа за незаконну винагороду розголосила інформацію, яка надається

<sup>518</sup> Наприклад, відповідальний працівник банку повинен відповідати таким кваліфікаційним вимогам: 1) має бути членом правління банку, кандидатура якого погоджена НБУ (не стосується відповідального працівника філії іноземного банку або відокремленого підрозділу банку); 2) мати повну вищу економічну, юридичну освіту або освіту в галузі управління; 3) мати стаж роботи в банківській системі не менше ніж три роки, або стаж роботи на посаді керівника банку чи підрозділу банку не менше одного року, або стаж роботи не менше ніж три роки у сфері запобігання легалізації кримінальних доходів або фінансуванню тероризму; 4) мати бездоганну ділову репутацію (п. 9.6 розділу IX Положення про здійснення банками фінансового моніторингу).



Спеціально уповноваженому органу, їй додатково повинна інкримінуватись ст. 368 (368-3) КК.

**Суб'єктивна сторона** злочинів, передбачених ч. 1 і ч. 2 ст. 209-1 КК, характеризується умислом. Зокрема, з назви ж ст. 209-1 КК однозначно випливає, що законодавець розглядає діяння, передбачені ч. 1 і ч. 2 цієї статті, як різновиди умисного порушення вимог антилегалізаційного законодавства.

**Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом** (ст. 213 КК). **Суспільна небезпека** цього злочину зумовлена тим, що він не лише ігнорує державний контроль у відповідній сфері господарювання, а й стимулює корисливу злочинність (викрадення майна, фіктивне підприємництво тощо), створює небезпеку проникнення у довілля шкідливих речовин, позбавляє вітчизняну металургійну промисловість необхідної вторинної сировини<sup>519</sup>, створює перешкоди для діяльності підприємств зв'язку, енергетики, транспорту тощо. ЗМІ рясніють повідомленнями про кричущі результати діяльності «металістів» у вигляді залишення цілих населених пунктів без води й електрики, знівечення пам'ятників на кладовищах, потрапляння бойових снарядів у домені печі тощо.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 213 КК, виступає порядок здійснення операцій з металобрухтом як різновиду господарської діяльності, а **додатковими** – система оподаткування<sup>520</sup>, засади добросовісної конкуренції, екологічна безпека.

О.І. Саско критикує П.П. Андрушка, О.О. Дудорова та Є.Л. Стрельцова за визнання безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 213 КК, встановленого порядку здійснення операцій з металобрухтом на тій підставі, що під зазначеним порядком треба розуміти або сукупність послідовних дій щодо здійснення державної реєстрації та ліцензування господарської діяльності, або сукупність норматив-

них актів, які регламентують здійснення таких дій. Порядок і в першому, і в другому розумінні не можна визнавати об'єктом досліджуваного злочину, як би об'єкт злочину не розглядати – як інтерес, благо, людину чи суспільні відносини<sup>521</sup>. Однак термін «порядок» має і інші значення. Це і правильний режим життя, і стан, коли все робиться, виконується так, як слід, відповідно до певних вимог, правил тощо. Якщо виходити з іншої, ніж суспільні відносини, наукової концепції об'єкта злочину, то чому таку соціальну цінність (благо тощо), як встановлений державою з певних міркувань і закріплений у чинному законодавстві порядок здійснення операцій з металобрухтом (порядок у значенні належної упорядкованості цих операцій, ладу під час їх проведення, що включає в себе реалізацію прав та обов'язків відповідних суб'єктів), не можна визнавати основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 213 КК? І в чому полягає принципова відмінність між таким розумінням об'єкта злочину і наведеним О.І. Саско тлумаченням об'єкта як суспільних відносин, пов'язаних із встановленим порядком здійснення операцій з металобрухтом, й особливо з точки зору розкриття суті заборони, закріпленої у ст. 213 КК, та її застосування? Питання риторичні.

*Предметом* злочину є 1) металобрухт (брухт кольорових і чорних металів); 2) приміщення та споруди, в яких розташовуються незаконні пункти прийому, схову та збуту металобрухту; 3) зазначені незаконні пункти.

Згідно зі ст. 1 Закону України від 5 травня 1999 р. «Про металобрухт» *металобрухт* – це непридатні для прямого використання виробу або частини виробів, які за рішенням власника втратили експлуатаційну цінність внаслідок фізичного або морального зносу і містять у собі чорні або кольорові метали чи їх сплави, а також вироби з металу, що мають непоправний брак, залишки чорних і кольорових металів та їх сплавів. Для кваліфікації діяння за ст. 213 КК не має значення те, з яким саме металобрухтом – побутовим чи промисловим – здійснюються операції всупереч установленому порядку.

Побутовим металобрухтом визнаються непридатні для прямого використання виробу побутового призначення або частини цих виробів, які містять у собі чорні або кольорові метали чи їх сплави і які втратили експлуатаційну цінність.

Промисловий металобрухт – це непридатні для прямого використання у промисловості та інших галузях економіки виробу або частини цих виробів, які містять у собі чорні або кольорові метали чи їх сплави і які за рішенням власника втра-

<sup>519</sup> Металургійні підприємства потребують значних обсягів вторинної сировини, і частково ці потреби забезпечуються за допомогою постачання їм металобрухту сторонніми підприємствами та організаціями. Однак більшість металургійних підприємств намагається вирішувати зазначену проблему власними силами, у т.ч. за рахунок відходів металургійного виробництва – металомістких шлаків, скрапу тощо (Коломоєць Т.О., Лютіков П.С. Державний контроль у галузі чорної металургії в Україні: організаційно-правовий аспект: Монографія. – Запоріжжя: ЗНУ, 2009. – С. 100-101).

<sup>520</sup> Одне з головних завдань державної реєстрації юридичних і фізичних осіб – суб'єктів підприємництва є фіскальним: справляння податків із підприємств істотно спрощується за умови, що коло таких осіб відоме внаслідок проходження ними процедури державної реєстрації. Здійснення підприємницької діяльності без державної реєстрації, поглинаючи несплату податків, фактично є одним із способів (різновидів) ухилення від їх сплати. А це означає, що ст. 213 КК (у частині здійснення операцій з металобрухтом без державної реєстрації як суб'єкта підприємництва) поряд з іншими кримінально-правовими нормами покликана охороняти систему оподаткування України.

<sup>521</sup> Саско О.І. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом (аналіз складу злочину): Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2007. – С. 71-72.

тили експлуатаційну цінність внаслідок фізичного або морального зносу, а також вироби з металу, що мають непоправний брак, залишки чорних і кольорових металів і їх сплавів.

Порушення встановленого порядку збирання і здавання брухту дорогоцінних металів тягне за собою адміністративну відповідальність (ст. 189-1 КпАП)<sup>522</sup>.

До приміщень і споруд, в яких розташовуються незаконні пункти прийому, схову та збуту металобрухту, належать, наприклад, будинки, квартири, гаражі, цехи, склади, інші відокремлені приміщення і будівлі як народного-сподарського, так і побутового призначення.

Незаконний пункт прийому, схову та збуту металобрухту – це місце, на базі якого фактично провадяться недозволені операції із заготівлі та переробки брухту чорних та (або) кольорових металів. Незаконні приймальні пункти можуть мати вагове, брухтопереробне та інше відповідне обладнання, працівників, які його обслуговують, приміщення або ділянки, де металобрухт зберігається.

З **об'єктивної сторони** аналізований злочин може набувати вигляду: 1) здійснення операцій з брухтом кольорових і чорних металів без державної реєстрації або без спеціального дозволу (ліцензії), одержання якого передбачено законодавством; 2) надання приміщень та споруд для розташування незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту; 3) організація незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту.

До операцій з металобрухтом належить заготівля, переробка і металургійна переробка брухту чорних або кольорових металів. Зміст цих понять розкривається у ст. 1 Закону «Про металобрухт». Під заготівлею металобрухту слід розуміти діяльність, пов'язану із збиранням, купівлею, зберіганням та реалізацією металобрухту юридичними або фізичними особами – суб'єктами підприємницької діяльності, які здійснюють операції з металобрухтом. Збирання металобрухту – це діяльність фізичних або юридичних осіб, пов'язана з переміщенням металобрухту від місця його утворення або перебування до території роз-

ташування спеціалізованих або спеціалізованих металургійних переробних підприємств та їх приймальних пунктів. У плані відповідальності за ст. 213 КК збирання металобрухту може полягати, зокрема, у його переміщенні до незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту.

Переробкою металобрухту визнається діяльність, пов'язана із доведенням металобрухту шляхом сортування, пресування, пакетування, дрібнення, різання до стану, який відповідає встановленим стандартам, нормам і правилам, а також вилучення металевої складової із шлаків металургійної переробки чорних та кольорових металів і їхніх сплавів. Купівля та (або) реалізація металобрухту – це діяльність, пов'язана із передачею права власності на металобрухт іншому власнику в обмін на еквівалентну суму коштів або боргових зобов'язань. Під металургійною переробкою металобрухту кольорових металів потрібно розуміти переплавку металобрухту в металургійних агрегатах з використанням додаткових матеріалів та особливих технологічних режимів з метою зміни структури металу, доведення його хімічного складу до параметрів, які відповідають вимогам стандартів, та отримання легованої сталі, відповідних марок кольорових металів і їхніх сплавів із визначеними технологічними та експлуатаційними властивостями.

Здійснення операцій з металобрухтом без державної реєстрації означає фактичне здійснення незареєстрованої у встановленому порядку діяльності, яка містить ознаки підприємництва. Відповідно до ст. 42 ГК підприємництвом визнається самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. Питання про те, чи є діяльність особи підприємницькою, чи відповідає вона взятим у єдності ознакам такої діяльності, закріпленим у господарському законодавстві, вирішується у кожному конкретному випадку з урахуванням її тривалості та інтенсивності, розміру отриманого або очікуваного доходу, інших факторів (зокрема, чи є ця діяльність для винної особи основним або додатковим, але істотним джерелом її доходу, чи здійснюється вона більш-менш регулярно, постійно, на професійній основі). Оскільки отримання прибутку проголошується метою підприємницької діяльності, а не є її фактичним результатом, відсутність прибутку не завжди свідчить про те, що та чи інша діяльність позбавлена характеру підприємництва.

Згідно зі ст. 4 Закону від 15 травня 2003 р.

<sup>522</sup> Дорогоцінні метали – це золото, срібло, платина і метали платинової групи (паладій, іридій, родій, осмій, рутеній) у будь-якому вигляді та стані (сировина, сплави, напівфабрикати, промислові продукти, хімічні сполуки, вироби, відходи, брухт тощо) (ст. 1 Закону «Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними»).

У літературі ставиться питання про криміналізацію невиконання обов'язків щодо збирання вторинних ресурсів дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння (Казанцева К.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 136-137).

«Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» державна реєстрація – це засвідчення факту створення або припинення юридичної особи, засвідчення факту набуття або позбавлення статусу підприємця фізичною особою, а також вчинення інших реєстраційних дій, які передбачені законом, шляхом внесення відповідних записів до Єдиного державного реєстру – автоматизованої системи збирання, накопичення, захисту, обліку та надання інформації про юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців.

Операції з металобрухтом здійснюються лише спеціалізованими і спеціалізованими металургійними переробними підприємствами, а також їх приймальними пунктами після отримання відповідних дозволів (ліцензій)<sup>523</sup>.

Ст. 9 Закону «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» передбачає ліцензування лише трьох видів операцій з металобрухтом – його заготівлі, переробки та металургійної переробки<sup>524</sup>. З урахуванням того, що збирання, купівля та реалізація металобрухту є різновидами його заготівлі, ці операції з брухтом кольорових або чорних металів також підлягають ліцензуванню.

Якщо суб'єкт господарювання, одержавши у встановленому порядку на проведення певних операцій з металобрухтом, здійснює пов'язану з металобрухтом діяльність, яка не зазначена у виданій ліцензії, але яка відповідно до законодавства потребує ліцензування, вчинене має кваліфікуватись за ст. 213 КК.

Операції з металобрухтом слід визнавати вчиненими без ліцензії і в тому разі, коли вони здійснюються після направлення відповідних документів в орган ліцензування, але до отримання ліцензії, з використанням ліцензій, дія яких анульована або строк дії яких сплив, ліцензій, незаконно отриманих від інших суб'єктів господарювання, а також під час оскарження до суду рішення про анулювання ліцензії. У разі, коли орган ліцензування ухиляється від виконання рішення суду про необхідність видачі ліцензії, а зареєстрований суб'єкт підприємницької діяльності, не очікуючи виконання рішення суду, без ліцензії здійснює господарську діяльність, пов'язану з металобрухтом, може бути застосована норма про малозначність (ч. 2 ст. 11 КК). Операції з металобрухтом є правомірними і не

<sup>523</sup> Ліцензійні умови здійснення господарської діяльності із заготівлі, переробки, металургійної переробки металобрухту кольорових і чорних металів затверджені наказом Держпідприємництва і Міністерства промислової політики України від 23 жовтня 2007 р. № 127/595.

<sup>524</sup> Перелік документів, які додаються до заяви про видачу ліцензії для окремого виду господарської діяльності, затверджений постановою КМУ від 22 червня 2011 р. № 712.

можуть кваліфікуватись за ст. 213 КК, якщо вони здійснюються після прийняття рішення про анулювання ліцензії, – за умови, що таке рішення не набрало чинності (наприклад, особа протягом строку, вказаного у ст. 21 Закону «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», подає скаргу до експертно-апеляційної ради, що зупиняє дію рішення органу ліцензування про анулювання ліцензії).

Згідно зі ст. 4 Закону «Про металобрухт» ліцензуванню не підлягає діяльність фізичних осіб, пов'язана із збиранням та реалізацією побутового брухту чорних та кольорових металів, а також діяльність фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності і юридичних осіб, пов'язана із збиранням та реалізацією промислового брухту чорних та кольорових металів, який утворився в результаті їх діяльності. Водночас збирання і реалізація побутового металобрухту, здійснювані фізичною особою, яка не зареєстрована як суб'єкт підприємництва, якщо така діяльність фактично є підприємницькою, містить ознаки складу розглядуваного злочину. У цьому випадку має місце здійснення операцій з металобрухтом без державної реєстрації, що є підставою для інкримінування ст. 213 КК незалежно від дотримання обмежень, пов'язаних із ліцензуванням такого виду підприємництва.

*З огляду на сказане, важко погодитись із судом, який, який обґрунтовуючи інкримінування ч. 1 ст. 213 КК особи, котра придбала у жителів одного із сіл Криворізького району 180 кг брухту чорних металів і перевозила цей побутовий металобрухт легковим автомобілем із причепом, вказав у вирокі і на те, що ця особа здійснювала операції з металобрухтом без ліцензії, отримання якої передбачено законодавством<sup>525</sup>.*

Здійснення діяльності із заготівлі, переробки, металургійної переробки металобрухту за адресами, які не внесені до ліцензії або її копії, що видає Мінпромполітики, не дозволяється. Однак здійснення зазначених операцій з металобрухтом не може розглядатись як діяльність взагалі без спеціального дозволу (ліцензії), як цього вимагає диспозиція ч. 1 ст. 213 КК. Такі дії слід кваліфікувати за ст. 164-10 КпАП як порушення законодавства, що регулює здійснення операцій з металобрухтом (за умови, що у скоєному не вбачаються ознаки передбаченої ч. 1 ст. 213 організації незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту).

Відмежовуючи розглядуваний злочин від адміністративного проступку, передбаченого ст. 164-10 КпАП, також треба брати до уваги кількість металобрухту, його вартість, тривалість

<sup>525</sup> Архів Криворізького районного суду Дніпропетровської області. Справа № 1-165 за 2008 р.



і кількість незаконно проведених операцій з металобрухтом, число співучасників. Крім цього, на відміну від злочину, передбаченого ст. 213 КК, адміністративно каране порушення законодавства, що регулює здійснення операцій з металобрухтом може бути вчинене і через необережність.

Вчинення злочину, передбаченого ст. 213 КК, у формі надання приміщення та споруди означає надання можливості одній або кільком особам використовувати це приміщення або споруду на оплатній чи безоплатній основі для розташування незаконного приймального пункту металобрухту і для здійснення у ньому операцій з брухтом кольорових та чорних металів з порушенням встановленого порядку чи для збирання металобрухту.

Організація незаконного пункту прийому, схову та збуту металобрухту – це вчинення особою, яка не має належної ліцензії, дій, спрямованих на створення такого приймального пункту, на створення умов, необхідних для його нормального функціонування (підшукування відповідних приміщень, придбання необхідного обладнання, пошук і прийняття на роботу персоналу, забезпечення коштами, розробка і проведення конспіративних заходів тощо).

Спеціалізоване або спеціалізоване металургійне переробне підприємство має право відкривати приймальні пункти, які здійснюють операції з металобрухтом. Адреси приймальних пунктів повинні бути зазначені у ліцензії відповідно до актів обстеження місцевими державними адміністраціями.

Як слушно зазначає Г.З. Яремко, фактично законний характер існування пунктів прийому, схову та збуту металобрухту зводиться до наявності законних підстав для їх організації і діяльності (зазначення у ліцензії суб'єкта господарювання адреси такого пункту), а зміст незаконного характеру таких пунктів – до їх підпільного існування. А тому поняття «незаконні пункти» доцільно замінити словосполученням «які не мають відповідного дозволу», що спростить правозастосування<sup>526</sup>. Раніше автор цих рядків з тим, щоб більш чітко визначити межі злочинної поведінки і не охоплювати диспозицією аналізованої кримінально-правової норми звичайне порушення умов ліцензування у сфері операцій з металобрухтом (у т.ч. відкриття суб'єктами господарювання, які отримали належні ліцензії, приймальних пунктів за адресами, не вказаними у ліцензіях<sup>527</sup>), пропонував використаний у ч.1

<sup>526</sup> Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – С. 167-168.

<sup>527</sup> Так, на думку Д.О. Гармаша, під незаконними пунктами слід розуміти, зокрема, пункти, не вказані у ліцензії (Гармаш Д.О. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом: Автореф. дис. ...

ст. 213 КК термін «незаконні пункти» замінити (за аналогією зі ст. 204 КК) словосполученням «підпільні (варіант – нелегальні) пункти прийому схову та збуту металобрухту»<sup>528</sup>. Крім цього, бажано таким чином сформулювати цю норму КК, щоб вона вказувала на вчинення забороненого діяння в однині – на надання приміщення або споруди чи організацію відповідного пункту<sup>529</sup>.

У літературі висловлено думку про те, що поняттям караної за ст. 213 КК організації незаконного приймального пункту охоплюється відкриття спеціалізованими підприємствами пунктів із порушенням встановлених законодавством технічних вимог<sup>530</sup>. Видається однак, що відкриття приймальних пунктів спеціалізованими підприємствами з порушенням при цьому встановлених технічних вимог (наприклад, без спеціальним чином облаштованих земельних ділянок відповідної площі<sup>531</sup> або без обладнання та устаткування за переліком, визначеним Мінпромполітики<sup>532</sup>) є не злочином, а адміністративно караним порушенням умов ліцензування (ст. 164-10 КпАП). До моменту виключення ст. 202 із КК зазначена поведінка могла (за наявності підстав) розцінюватись як злочинне порушення порядку зайняття господарською діяльністю.

канд. юрид. наук. – Х., 2008. – С. 9).

<sup>528</sup> Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 567.

<sup>529</sup> Класичним вважається приклад, наведений М.Д. Шаргородським. Оскільки Статут англійського короля Едуарда VI карав за крадіжку коней, суди визнали, що статут не стосується крадіжки одного коня; наступного року до статуту були внесені зміни, згідно з якими злочинною стала визнаватись і крадіжка одного коня.

<sup>530</sup> Кузнецов В. Кримінально-правова характеристика незаконних операцій з металобрухтом // Юридичний вісник України. – 25-31 серпня 2001 р. – № 34; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Під заг. ред. Потебенька М.О., Гончаренка В.Г. – К.: Форум, 2001. У 2-х ч. Особлива частина. – С. 342; Саско О.І. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом (аналіз складу злочину): Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2007. – С. 109-110.

<sup>531</sup> Так, згідно зі ст. 5 Закону «Про металобрухт» обов'язковою умовою для отримання ліцензії на здійснення операцій з металобрухтом є наявність у заявника облаштованої земельної ділянки для здійснення операцій з брухтом кольорових металів та їх сплавів площею не менш як 500 кв. м, із брухтом чорних металів та їх сплавів – не менш як 1000 кв. м, яка повинна мати бетонне або тверде покриття, яке унеможливує проникнення в ґрунт шкідливих речовин (пально-мастильних матеріалів, хімікатів тощо). Приймальний пункт кожного спеціалізованого підприємства або спеціалізованого металургійного переробного підприємства для заготівлі, переробки металобрухту має бути забезпечений відповідною ділянкою з твердим покриттям, площа якої визначається його виробничими потребами.

<sup>532</sup> Розділ III Ліцензійних умов здійснення господарської діяльності із заготівлі, переробки, металургійної переробки металобрухту кольорових і чорних металів.

Взагалі варто зауважити, що у чинній редакції ст. 213 КК не передбачено відповідальність за здійснення операцій з металобрухтом із порушенням умов ліцензування. У зв'язку з цим не кримінальну відповідальність на підставі ст. 213 КК, а адміністративну відповідальність (ст. 164-10 КпАП) мають тягнути такі дії, що можуть мати місце на діючих на підставі отриманих ліцензій чи їх копій спеціалізованих підприємствах та їх приймальних пунктах: приймання металобрухту від фізичних осіб без перевірки у них документа, який засвідчує особу, або без оформлення акта приймання із зазначенням даних цього документа та описом металобрухту; приймання промислового брухту у фізичних осіб, які не є суб'єктами підприємництва; приймання металобрухту від юридичних осіб без оформлення відповідного акта; залучення до операцій з промисловим металобрухтом осіб віком до 18 років; проведення готівкових розрахунків при здійсненні операцій з промисловим металобрухтом тощо.

О.І. Саско виступає за вдосконалення ст. 213 КК із використанням конструкції «ухилення», оскільки остання, на думку авторки, є лаконічною, доступною для розуміння неспеціалістів і точно визначає суть досліджуваного посягання, яке полягає в умисній бездіяльності<sup>533</sup>. Насправді суть злочину, передбаченого ст. 213 КК, – це не стільки злочинна бездіяльність, скільки поєднання бездіяльності (невиконання вимог регулятивного законодавства) з активною поведінкою (діями) винної особи; інакше кажучи, це – акт змішаної поведінки. Так само вважає Є.Л. Стрельцов, на якого посилається О.І. Саско: «...об'єктивна сторона цього злочину включає в себе бездіяльність»<sup>534</sup> (а не зводиться до бездіяльності чи полягає у ній). Також має рацію Д.О. Гармаш, який пише, що таке суспільно небезпечне діяння, як протиправне здійснення операцій з металобрухтом без спеціального дозволу (ліцензії), є складним (змішаним) і становить сукупність простих діянь: (а) дії – здійснення операцій з металобрухтом і (б) бездіяльності – неодержання ліцензії. Цю форму вчинення суспільно небезпечного діяння можна визначити як ухилення від одержання ліцензії при здійсненні операцій з металобрухтом<sup>535</sup>.

Злочин, передбачений ст. 213 КК, вважається *закінченим* з моменту вчинення однієї з трьох дій, які альтернативно становлять його об'єктивну сторону (формальний склад). Організацію незаконних пунктів прийому, схову

та збуту металобрухту слід визнавати закінченим злочином з моменту, коли такий пункт був фактично створений (організований). У разі поєднання дій, перерахованих у ст. 213 КК, ця обставина, впливаючи на обсяг обвинувачення, має відображатись у процесуальних документах і враховуватись при призначенні покарання як показник ступеня тяжкості злочину. Наприклад, особа, яка організувала незаконний пункт, сама здійснює без державної реєстрації як суб'єкта підприємництва операції з металобрухтом.

*Не будучи зареєстрованим як суб'єкт підприємницької діяльності і не маючи ліцензії на заготівлю металобрухту, П. за місцем свого проживання організував незаконний пункт прийому і схову металобрухту – розчистив територію свого подвір'я і встановив на ньому ваги. Після цього П. у період з вересня 2005 р до лютого 2007 р. купував у фізичних осіб за готівку брухт чорних металів і зберігав його. Всього П. внаслідок своїх незаконних дій придбав 7060 кг брухту чорних металів, який намагався продати, однак був затриманий працівниками міліції. Суд, визнавши П. винним у здійсненні операцій з металобрухтом без державної реєстрації і без спеціального дозволу, а також в організації незаконного пункту прийому, схову і збуту металобрухту, засудив його за ч. 1 ст. 213 КК*<sup>536</sup>.

**Суб'єкт** злочину – загальний. Це можуть бути, зокрема, працівники спеціалізованих металургійних переробних підприємств або їх приймальних пунктів, які здійснюють операції з металобрухтом без спеціального дозволу (ліцензії) або на підставі простроченої, анульованої чи призупиненої ліцензії<sup>537</sup>.

Дії співвиконавців злочину потрібно кваліфікувати за ст. 213 КК і у випадку розподілу ролей між ними. Наприклад, одні учасники кримінально караних операцій з металобрухтом займаються його збиранням, інші – транспортуванням, треті – реалізацією.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. При цьому умислом особи, винної у здійсненні операцій з металобрухтом без спеціального дозволу, має охоплюватись усвідомлення того, що ці операції за законом підлягають ліцензуванню<sup>538</sup>, а умислом винного у

<sup>536</sup> Архів Броварського міськрайонного суду Київської області. Справа № 1-259 за 2007 р.

<sup>537</sup> У літературі висловлено точку зору, згідно з якою суб'єкт аналізованого злочину в частині здійснення операцій з металобрухтом без спеціального дозволу (ліцензії), одержання якого передбачено законодавством, є спеціальним: фізична особа – суб'єкт господарської діяльності або службова особа юридичної особи – суб'єкта господарської діяльності (Гармаш Д.О. Вказана праця. – С. 4, 16).

<sup>538</sup> Разом з тим усвідомлення протиправності дій, караних за ст. 213 КК, не означає знання всього обсягу нормативно-правового матеріалу, яким регламентується діяльність щодо

<sup>533</sup> Саско О.І. Вказана праця. – С. 9, 51, 58.

<sup>534</sup> Там само. – С. 16.

<sup>535</sup> Гармаш Д.О. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2008. – С. 4, 8.

наданні приміщень та споруд для розташування незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту, – що надані ним приміщення або споруди використовуються саме для здійснення протиправних дій з металобрухтом.

**Кваліфікуючою ознакою** злочину (ч. 2 ст. 213 КК) є вчинення його особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею<sup>539</sup>.

Незаконні дії з металобрухтом, які поєднуються з приховуванням або заниженням об'єкта оподаткування, можуть утворювати злочинне ухилення від сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) і кваліфікуватись додатково за відповідною частиною ст. 212 КК.

Заготівля металобрухту, яким виступає майно, завідомо одержане злочинним шляхом, утворює сукупність злочинів, передбачених статтями 213 і 198 КК (за відсутності ознак легалізації злочинних доходів, караної за ст. 209 КК).

Прикриття безліцензійної діяльності з металобрухтом за допомогою використання підроблених документів (наприклад, договорів між підприємством, яке має ліцензію, і заготівельником, актів обстеження місцевими державними адміністраціями) потребує додаткової кваліфікації за ст. 358 або ст. 366.

Заподіяння внаслідок порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом суспільно небезпечних наслідків, наприклад, значної майнової шкоди, тимчасового припинення діяльності підприємства, установи або організації, переривання постачання електроенергії або теплоносіїв, розукомплектування техніки, заподіяння шкоди здоров'ю людей або природному навколишньому середовищу має враховуватись при призначенні покарання. За наявності до цього підстав заподіяння зазначених шкідливих наслідків може отримувати самостійну кримінально-правову оцінку, наприклад, за статтями КК про відповідальність за злочини проти довкілля (зокрема, ст. ст. 239, 240, 242 КК).

Якщо кримінально каране порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом поєднується із втягненням у цю злочинну діяльність неповнолітніх, вчинене потребує додаткової кваліфікації за ст. 304 КК. У літературі вказується на необхідність доповнення ст. 213 КК такою кваліфікуючою ознакою, як вчинення дій, поєднаних із втягненням неповнолітніх осіб у злочинну діяльність. Стверджується, що це є необхідним з урахуванням підвищеного ступеня суспільної загрози здійснення операцій з металобрухтом (Гармаш Д.О. Вказана праця. – С. 4).

<sup>539</sup> Ця кваліфікуюча ознака не є розповсюдженою, не чинить істотного впливу на суспільну безпеку розгляданого злочину, а тому її існування є необґрунтованим (Гармаш Д.О. Вказана праця. – С. 5).

небезпечності та рівня розповсюдженості порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом, поєданого із залученням неповнолітніх осіб у його вчинення<sup>540</sup>.

Висувається також цікава пропозиція доповнити ст. 213 КК такою кваліфікуючою ознакою, як тривалий період (більше, ніж один рік з моменту створення) діяльності незаконного пункту прийому, схову та збуту металобрухту<sup>541</sup>.

**Умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції** (ст. 227 КК). Ч. 3 ст. 42 Конституції України проголошує, що держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт. Відповідно до ст. 14 Закону України «Про захист прав споживачів» споживач має право на те, щоб продукція за звичайних умов її використання, зберігання і транспортування була безпечною для його життя, здоров'я, навколишнього природного середовища, а також не завдавала шкоди його майну. Право фізичної особи на безпечні для неї продукти споживання (харчові продукти і предмети побуту) закріплене у ст. 293 ЦК, а у ст. 39 ГК передбачено, що споживачі мають право на безпеку товарів (робіт, послуг). Ст. 4 Закон України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» закріплює право громадян на безпечні для здоров'я і життя харчові продукти, питну воду, умови праці, навчання, виховання, побуту, відпочинку та навколишнє природне середовище.

Проте, мабуть, кожен із нас як споживач практично щодня відчуває на собі проблему обігу недоброякісних і небезпечних товарів, робіт, послуг. Серед причин погіршення здоров'я населення далеко не останнє місце займає споживання неякісних харчових продуктів і води. Не є секретом, наприклад, що прання за допомогою низькоякісних синтетичних миючих засобів негативним чином позначається на здоров'ї людей, викликаючи алергічні захворювання і захворювання шкіри. Вражають і цифри про кількість людей, які кожного року стають в Україні жертвами харчових отруєнь, – в середньому це понад 10 тисяч осіб<sup>542</sup>.

Щоправда, подібне трапляється не лише в Україні. Так, на початку літа 1999 р. у Бельгії, Люксембурзі та Франції були заборонені імпорти і

<sup>540</sup> Гармаш Д.О. Вказана праця. – С. 4-5, 12.

<sup>541</sup> Шем'яков О.П., Андрейцев М.В. Відповідальність за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2012. – № 1. – С. 220-221.

<sup>542</sup> Див., наприклад: От отравления некачественными продуктами в нашей стране гибнет 10 тысяч человек в год // Факты. – 23 ноября 2010 г. – № 217.



продаж газованих напоїв відомої американської компанії «Кока-Кола». Причиною масових отруєнь мешканців вказаних країн внаслідок вживання напоїв стало їх виготовлення з неякісної сировини і додавання шкідливих барвників. Неабиякого розголосу у 2008-2009 рр. набув «меланіновий» скандал: було встановлено, що один із найбільших виробників дитячих молочних сумішей в Китаї для штучного підвищення білка у своїй продукції та, як наслідок, її кращої реалізації використовував у виробничому процесі меланін – хімічну речовину, яка традиційно використовується при виготовленні пластмас, клеїв, лаків. Внаслідок вживання молочних сумішей, виготовлених із додаванням меланіну, шестеро дітей померло, а ще понад триста тисяч захворіло на сечокам'яну хворобу.

Не викликає сумнівів, що за умов ринкової економіки і притаманної їй жорсткої конкуренції між суб'єктами господарювання особа потребує особливого захисту, коли вона виступає споживачем товарів, робіт, послуг.

У попередній редакції ст. 227 КК передбачалась відповідальність за випуск на товарний ринок або іншу реалізацію споживачам недоброякісної (такої, що не відповідає встановленим стандартам, нормам, правилам і технічним умовам) або некомплектної продукції і товарів, якщо такі дії вчинялись у великих розмірах.

З огляду на те, що якість – це об'єктивний та узагальнюючий показник науково-технічного, економічного і соціального розвитку, державне регулювання процесами, покликаними забезпечити якість товарів, робіт і послуг, звичайно, є виправданим. Водночас норму КК, присвячену випуску або реалізації недоброякісної продукції, у наведеній вище редакції були підстави охарактеризувати як законодавчий пережиток планової, соціалістичної системи господарювання. Спрямованість цієї кримінально-правової заборони, не враховуючи соціально-економічних перетворень, що відбулися в нашому суспільстві, фактично відбивала ті уявлення, які призвели до появи у кримінальному законодавстві ще Радянської України кінця 20-х років минулого століття норми про відповідальність за випуск недоброякісної або некомплектної продукції та за випуск продукції з порушенням обов'язкових стандартів (ст. 135-3 КК УСРР 1927 р.)<sup>543</sup>. Як відомо, це був час переходу до методів командної

<sup>543</sup> 23 листопада 1929 р. було ухвалено спільну постанову ЦВК і РНК СРСР «Про кримінальну відповідальність за випуск недоброякісної продукції і за недотримання стандартів». Згідно з цією постановою злочиним визнавалися не будь-які випадки випуску недоброякісної продукції, а лише найбільш небезпечні, коли вони мали масовий або систематичний характер. Визначалось і місце вчинення злочину – промислове або торговельне підприємство.

економіки, що супроводжувався істотним збільшенням переліку злочинних діянь, коли позаекономічний примус нерідко здійснювався у формі кримінально-правової репресії. Разом з тим ефективність норми про кримінальну відповідальність за реалізацію недоброякісної продукції як дієвого засобу боротьби з випуском такої продукції ставилась під сумнів ще у радянський період, оскільки кримінальний закон не був здатен якимось чином впливати на причини та умови виготовлення браку.

У тих випадках, коли реалізація споживачам та іншим особам недоброякісних товарів, робіт, послуг не пов'язана зі створенням загрози для життя і здоров'я людини чи фактичним заподіянням їм шкоди, застосування заходів кримінально-правової репресії, вочевидь, є недоцільним. Якщо право особи на безпеку товарів, робіт, послуг не порушується, варто обмежуватись реалізацією (у т.ч. у судовому порядку) прав особи у разі придбання ним продукції неналежної якості, зокрема, на відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товару (робіт, послуг). Щодо відносин між суб'єктами господарювання з приводу поставки недоброякісної продукції, то у цьому разі доречною є регламентована ГК і ЦК майнова відповідальність контрагента за неналежне виконання господарсько-правових і цивільно-правових зобов'язань.

З огляду на те, що законодавець явно завищив обсяг поведінки, що заслуговує на кримінально-правову оцінку, ст. 227 КК пропонувалось викласти у новій редакції, пов'язавши кримінальну відповідальність за реалізацію недоброякісної продукції, товарів, робіт, послуг із порушенням встановлених вимог безпеки для життя і здоров'я споживачів. Зазначалось, що основний склад злочину з використанням формулювання «створення небезпеки для життя або здоров'я споживача» міг би бути побудований як делікт поставлення у небезпеку, а кваліфіковані види злочину залежно від тяжкості фактично заподіяної шкоди здоров'ю або життю людини (людей) дозволили б диференціювати кримінальну відповідальність за скоєне<sup>544</sup>.

Подібним чином вирішується розглядувана проблема у кримінальному законодавстві окремих зарубіжних країн. Наприклад, ст. 174 КК Нідерландів встановлює відповідальність для того, хто продає, пропонує для продажу, доставляє або безоплатно передає товари, знаючи про те, що вони шкідливі для життя або здоров'я, і приховує цю обставину. Покарання посилюється (до довічного тюремного ув'язнення) у разі на-

<sup>544</sup> Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика. Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 820.

стання внаслідок вказаних дій смерті людини. Ст. 175 КК Нідерландів передбачає менш сувору відповідальність за такі ж дії із шкідливими для життя або здоров'я товарами, якщо їх вчинено з необережності.

Ст. 202 КК Латвії встановлює, що відповідальність за умисне виготовлення або реалізацію товарів чи надання споживачу платних послуг, які не відповідають вимогам якості, встановленим нормативними актами, нормативно-технічними документами або договорами, настає лише у тому разі, коли завдано істотної шкоди здоров'ю споживача, його майну або природному середовищу. Такі ж суспільно небезпечні наслідки є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 203 КК Латвії. Тут говориться про недотримання вимог безпеки товарів або платних послуг, встановлених нормативними актами, нормативно-технічними документами, договорами або нормативами, затвердженими уповноваженими державними установами.

У ст. 238 КК РФ мова йде про виробництво, зберігання, перевезення з метою збуту або збут товарів і продукції, виконання робіт або надання послуг, що не відповідають вимогам безпеки життя або здоров'я споживачів, а так само про неправомірну видачу або використання офіційного документа, який посвідчує відповідність вказаних товарів, робіт або послуг вимогам безпеки. Ця норма, покликана забезпечити захист життя і здоров'я громадян, які придбавають для особистого споживання продовольчі і промислові товари або користуються різними послугами, розміщена у главі 25 КК РФ, присвяченій злочинам проти здоров'я населення і громадської моральності. Основною ідеєю, якою керувався російський законодавець, конструюючи як формальний склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 238 КК РФ, було те, що ця норма має відігравати профілактичну роль і попереджати настання шкідливих наслідків для життя і здоров'я людей<sup>545</sup>.

Виходячи з необхідності переорієнтувати кримінальний закон на захист життя і здоров'я людини, О.М. Готін висунув загалом конструктивну пропозицію замінити статтю 227 КК статтею 327-1 під назвою «Виготовлення з метою збу-

ту або збут товарів, надання послуг чи виконання робіт, які не відповідають встановленим вимогам щодо безпеки життя та здоров'я людини», місце якій – у розділі XIII Особливої частини КК («Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення»). Йшлося у т.ч. про те, щоб: 1) термін «недоброякісні товари» замінити вказівкою на товари, які не відповідають вимогам щодо безпеки життя та здоров'я людей; 2) розширити сферу застосування аналізованої норми КК за рахунок охоплення її диспозицією злочинного надання послуг і виконання робіт; 3) не обмежувати коло потерпілих від розглядуваного злочину лише категорією споживачів<sup>546</sup>.

Вироблений кримінально-правовою доктриною і викладений вище підхід частково знайшов своє відображення у ст. 227 КК, викладений у редакції Закону України від 2 грудня 2010 р. «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції». У диспозиції цієї норми КК наразі говориться про умисне введення в обіг (випуск на ринок України) небезпечної продукції, тобто такої продукції, що не відповідає вимогам щодо безпечності продукції, встановленим нормативно-правовими актами, якщо такі дії вчинені у великих розмірах.

Традиційно передбачений ст. 227 КК злочин (поряд з обманом покупців і замовників, фальсифікацією засобів вимірювання і незаконним виготовленням, збутом або використанням державного пробірної клейма, кримінальну відповідальність за вчинення яких було скасовано на підставі Закону від 15 листопада 2011 р.) у вітчизняній юридичній літературі відносився до злочинів проти прав споживачів. Видається однак, що з урахуванням викладення ст. 227 КК у новій редакції та положень регулятивного законодавства, до яких відсилає бланкетна диспозиція цієї кримінально-правової норми, питання про видовий об'єкт розглядуваного злочину має вирішуватись інакше.

Так, у законодавчому визначенні безпечної нехарчової продукції як антиподу небезпечної

<sup>545</sup> Гарусов С., Гребенкин Ф., Маликов С. О проблемах ограничения признаков преступления и административного правонарушения в действиях, связанных с оборотом товаров и продукции, выполнением работ и оказанием услуг, не отвечающих требованиям безопасности // Уголовное право. – 2007. – № 1. – С. 14.

Про відповідний зарубіжний досвід див. також: Цюра А. Кримінальна відповідальність за аналогічний до «випуску або реалізації недоброякісної продукції» КК України злочин у кримінальному законодавстві деяких зарубіжних держав // Вісник Львівського ун-ту. Серія юридична. – 2007. – Вип. 44. – С. 295-306.

<sup>546</sup> Готін О.М. Кримінальна відповідальність за випуск або реалізацію недоброякісної продукції в умовах ринкової економіки (проблеми теорії та практики): Дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2003. – С. 9-10, 30-31, 57-58, 61-62, 84-86, 103-104, 179.

Деякі автори висловлюються за перенесення розглядуваної кримінально-правової заборони до розділу КК про злочини проти життя та здоров'я особи або розділу КК про злочини проти громадської безпеки (Кайдашов В.С. Кримінально-правова відповідальність за випуск або реалізацію продукції ненаалежної якості як засіб забезпечення безпечності та якості сільськогосподарської продукції // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 423, с. 425 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10kvcjcp.pdf>).

нехарчової продукції вказується на недопущення створення загрози суспільним інтересам; під останніми ж розуміються безпека життя і здоров'я людей, безпечні умови праці, захист прав споживачів і користувачів, а також довкілля (ст. 1 Закону України від 2 грудня 2010 р. «Про загальну безпечність нехарчової продукції»). Навіть у Законі України «Про захист прав споживачів» поняття безпеки продукції пов'язується із відсутністю будь-якого ризику не лише для життя, здоров'я і майна споживачів, а й для навколишнього природного середовища. Вже із сказаного випливає, що розглядати умисне введення в обіг на ринку України небезпечної продукції як злочинне посягання лише на споживачів, вочевидь, неправильно.

Закон «Про загальну безпечність нехарчової продукції», покладаючи обов'язок вводити в обіг (постачати) лише безпечну продукцію (продукцію, що відповідає вимогам щодо забезпечення безпеки продукції) на виробників і розповсюджувачів, відносить виробників, їх уповноважених представників, імпортерів і розповсюджувачів продукції до суб'єктів господарювання. Закон «Про захист прав споживачів» визначає ключове з точки зору застосування ст. 227 КК поняття введення продукції в обіг як відповідні дії саме суб'єкта господарювання, а Закон «Про безпечність та якість харчових продуктів», дія якого не поширюється на харчові продукти, призначені для особистого споживання, тлумачить виробництво як господарську діяльність, пов'язану з виробленням певних об'єктів.

Викладені законодавчі положення і визначили місце кримінально-правової характеристики умисного введення в обіг на ринку України небезпечної продукції у цій главі підручника.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 227 КК, пропонуємо визнавати встановлений порядок здійснення господарської діяльності, покликаний унеможливити випуск на ринок України небезпечної продукції<sup>547</sup>, а **додатковими об'єктами** – зокрема, право споживача на безпеку продукції, жит-

<sup>547</sup> Основний безпосередній об'єкт аналізованого злочину А.М. Ришелюк визначає як встановлений порядок виготовлення та реалізації продукції у частині забезпечення її безпечності (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 690).

Основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого попередньою редакцією ст. 227 КК, О.М. Готін визнавав «структурно організовану і нормативно врегульовану систему відносин між людьми, їх об'єднаннями та спільнотами, що спрямована на забезпечення безпеки населення при споживанні товарів, послуг або робіт» (Готін О.М. Вказана праця. – С.47). Наведене визначення не враховувало того, що внаслідок вчинення реалізації недоброякісної продукції як злочину у сфері господарської діяльності страждало право споживачів (до речі, не тільки населення) не лише на безпеку, а й на належну якість продукції і товарів.

тя і здоров'я людини, довкілля, власність.

*Предметом* злочину є *небезпечна продукція*, тобто продукція<sup>548</sup>, що не відповідає вимогам щодо її безпечності, встановленим нормативно-правовими актами.

Чинне законодавство містить кілька визначень поняття «продукція». Зокрема, продукція – це: будь-яка продукція (товари) вітчизняного виробництва або імпортована на митну територію України, призначена для споживання та (або) виробництва іншої продукції, у т.ч. напівфабрикати і сировина, а також матеріали, які використовуються у процесі її виробництва, зберігання, транспортування, реалізації, пакування і маркування (Закон «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції»); будь-яка речовина, препарат або інший товар, виготовлений у ході виробничого процесу (Закон «Про загальну безпечність нехарчової продукції»); будь-яке рухоме майно, включаючи готову продукцію, сировину та комплектувальний виріб, у т.ч. майно, що є складовою частиною іншого рухомого або нерухомого майна (Закон «Про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції»); будь-які виріб (товар), процес чи послуга, що виготовляються, виконуються чи надаються для задоволення суспільних потреб (Закон «Про захист прав споживачів»).

За умов відсутності бажаної уніфікації відповідної термінології найбільш прийнятним для кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 227 КК, видається останнє з наведених визначень продукції, поняттям якої, як бачимо, охоплюються харчові і нехарчові товари, а також роботи і послуги<sup>549</sup>.

Варто звернути увагу на те, що вказівки на послуги і роботи у попередній редакції ст. 227 КК не містилось, що було неправильним. Адже недоброякісне виконання робіт або надання послуг може бути не менш суспільно небезпечним, ніж реалізація недоброякісних товарів. Наприклад, траплялися випадки отруєння свинцем при вживанні харчових продуктів, що зберігалися в глиняному глазурованому посуді. Поширення дістали також отруєння цинком при зберіганні

<sup>548</sup> Про те, що у цьому разі продукція є саме предметом злочину, а не засобом чи знаряддям його вчинення, див.: Цюра А. Теоретико-прикладні проблеми предмета злочину у злочинах, що посягають на права споживачів // Вісник Львівського ун-ту. Серія юридична. – 2008. – Вип. 46. – С. 231-239.

<sup>549</sup> Законодавство України відносить до послуг, зокрема послуги з перевезення пасажирів та вантажів, житлово-комунальні послуги, послуги з технічного сервісу, послуги із зберігання зерна та продуктів його переробки, послуги в галузі охорони здоров'я, послуги з доставки балонів з газом, послуги в закладах (підприємствах) ресторанного господарства, освітні послуги, послуги мобільного зв'язку та доступу до мережі Інтернет, ритуальні послуги, банківські послуги.



кислих харчових продуктів в оцинкованому посуді<sup>550</sup>.

Треба, щоправда, зробити застереження: будучи певною діяльністю (або процесом), роботи і послуги як такі через відсутність матеріальності – однієї з фізичних ознак, притаманних предмету злочину, не можуть визнаватися предметом злочину, передбаченого ст. 227 КК<sup>551</sup>. Якщо ж послуга або робота знаходить своє вираження як результат, що є предметом матеріального світу, цей матеріалізований результат може бути визнаний предметом злочину. Показовою у цьому плані позиція О.М. Готіна. Виходячи з того, що процес охоплюється об'єктивною стороною складу злочину, науковець запропонував визначити предмет злочину, передбаченого ст. 327-1 КК, – «замінника» ст. 227 КК, як товари, матеріалізовані результати послуг або робіт, що не відповідають встановленим вимогам щодо безпеки життя та здоров'я людини<sup>552</sup>.

Та обставина, що дія Закону «Про загальну безпечність нехарчової продукції» не поширюється на певні види продукції (зокрема, на харчові добавки, ароматизатори, дієтичні добавки та допоміжні матеріали для переробки харчових продуктів, продукти тваринного походження, корми, кормові добавки та премікси, живі рослини і тварини, продукцію людського, рослинного і тваринного походження, що безпосередньо використовується як репродуктивний матеріал, призначений для відтворення, лікарські засоби та ветеринарні препарати, вироби військового призначення, продукцію, що була у вжитку, поставлену як предмет антикваріату або як продукцію, що підлягає ремонту чи відновленню перед її використанням), не означає того, що ці види продукції не можуть бути предметом злочину, передбаченого ст. 227 КК.

Як слушно зазначає М.І. Хавронюк, немає потреби у тому, щоб в окремих статтях КК передбачати відповідальність за випуск на товарний ринок таких предметів, як, наприклад, ліки, харчова продукція, вода, електроприлади, вогне- чи вибухонебезпечна продукція, ветеринарні препарати, отрутохімікати (за при-

<sup>550</sup> Истомин А.В., Хаммидулин Р.С. Актуальные проблемы гигиены питания населения // Гигиена и санитария. – 1997. – № 6. – С. 71-73.

<sup>551</sup> Див. з цього приводу: Музика А.А., Лашук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: Монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – С. 110-114.

<sup>552</sup> Готін О.М. Вказана праця. – С. 172. Цікаво, що у російській кримінально-правовій літературі роботи і послуги розглядаються не як предмети злочину, передбаченого ст. 238 КК РФ, а як альтернативні ознаки об'єктивної сторони передбаченого цією статтею злочину (Агафонов А.В. Ответственность за посягательства на безопасность жизни или здоровья потребителей (историко-правовой анализ) / Под общ. ред. С.Н. Сабанина. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 121-122).

кладом кримінального законодавства Литви, Грузії, Естонії, Молдови, Норвегії, Данії, Італії, Сан-Марино, Албанії, Іспанії, Польщі, Китаю, Аргентини). Справді, немає різниці, внаслідок споживання яких саме товарів (виробів) настала шкода особі: відповідальність за одне і те саме діяння з аналогічними наслідками та з однаковим психічним ставленням до вчиненого має бути однаковою<sup>553</sup>.

Продукція як предмет аналізованого злочину має бути небезпечною, а не просто недоброякісною чи некомплектною, як це передбачалось попередньою редакцією ст. 227 КК. Причини, внаслідок яких сталося так, що продукція не відповідає вимогам щодо її безпечності (вади виробництва, використання для виготовлення товарів недоброякісних матеріалів, напівфабрикатів, сировини, бажання виробника здешевити, спростити або прискорити процес виробництва продукції, незадовільна організація приймального контролю тощо) на кваліфікацію за ст. 227 КК не впливають.

Небезпечною нехарчовою визнається продукція, що не відповідає законодавчому визначенню безпечної нехарчової продукції. У свою чергу безпечною нехарчовою вважається продукція, яка за звичайних або обґрунтовано передбачуваних умов використання не становить жодного ризику чи становить лише мінімальні ризики, зумовлені використанням такої продукції, які вважаються прийнятними і не створюють загрози суспільним інтересам, з урахуванням: 1) характеристик продукції, у т.ч. її складу, упаковки, вимог щодо встановлення і технічного обслуговування; 2) впливу продукції на іншу продукцію, якщо вона буде використовуватись разом з нею; 3) попереджень, що містяться в етикетці продукції, інструкції з її використання та знищення, іншій інформації стосовно продукції; 4) застережень щодо споживання чи використання продукції певними категоріями населення – дітьми, вагітними, людьми похилого віку тощо (ч. 1 ст. 1 Закону «Про загальну безпечність нехарчової продукції»). Нехарчова продукція не може вважатись небезпечною лише з тих підстав, що є можливість досягнення вищого рівня безпечності продукції або що на ринку пропонується інша продукція, яка становить менший ступінь ризику.

Наприклад, відповідно до Технічного регламенту безпеки іграшок, затвердженого постановою КМУ від 8 жовтня 2008 р. № 901, небезпека іграшки може бути пов'язана з її конструкцією та складом матеріалів, з яких вона виготовлена.

<sup>553</sup> Хавронюк М.І. Право споживачів на безпечність продукції: кримінально-правове забезпечення. Монографія. – К.: Атіка, 2011. – С. 142.

Зокрема, іграшки (їх складові частини та будь-які відокремлювані деталі), призначені для дітей віком до трьох років, повинні мати розміри, які унеможливають їх ковтання та (або) вдихання. Іграшка не повинна змінювати колір через відмивання барвників, форму та масу під час гігієнічного догляду за нею (миття, прання тощо).

«Нехарчова продукція може вважатись небезпечною не лише тоді, коли вона завдає шкоди здоров'ю людини безпосередньо внаслідок її використання за призначенням, а й тоді, коли така шкода має вигляд «побічного ефекту» (наприклад, внаслідок шкідливого випромінювання, яке виникає під час роботи певного пристрою, у той час як сама по собі така робота не завдає шкоди здоров'ю) або завдається опосередковано (наприклад внаслідок надзвичайно шкідливого впливу відповідної продукції на навколишнє середовище, який згодом відображається на здоров'ї людини)»<sup>554</sup>.

Ст. 5 Закону «Про загальну безпечність нехарчової продукції» передбачає, що у разі відсутності встановлених законодавством вимог щодо забезпечення безпечності продукції відповідна продукція вважається безпечною, якщо орган державного ринкового нагляду не доведе, що вона є небезпечною. Доказом безпечності нехарчової продукції є її відповідність національним стандартам, гармонізованим із відповідними європейськими стандартами. У разі відсутності встановлених законодавством вимог щодо забезпечення безпечності певної нехарчової продукції або за відсутності національних стандартів при доведенні того, що продукція є небезпечною, беруться до уваги: національні стандарти інших держав щодо забезпечення безпечності продукції, гармонізовані з відповідними європейськими та міжнародними стандартами; регіональні стандарти щодо забезпечення безпечності продукції, які відповідають міжнародним договорам України; стандарти України щодо забезпечення безпечності продукції, що не узгоджені з відповідними європейськими та міжнародними стандартами; кодекси усталеної практики із забезпечення безпечності продукції у відповідних галузях; досягнення науки і техніки у сфері безпечності продукції; очікування споживачів (користувачів) щодо безпечності продукції за звичайних або обґрунтовано передбачуваних умов її використання (у т.ч. щодо строку служби та за необхідності введення в експлуатацію вимог стосовно встановлення і технічного обслуговування).

Не враховуючи викладених вище поло-

жень щодо доведення небезпечності тієї чи іншої продукції, диспозиція ст. 227 КК пов'язує небезпечність продукції як предмета передбаченого нею злочину лише з вимогами, встановленими нормативно-правовими актами. Інакше кажучи, бланкетна вказівка на якісну характеристику предмета злочину у ст. 227 КК є не зовсім вдалою. Для того, щоб усунути з'ясовану неузгодженість між кримінальним і регулятивним законодавством, зі ст. 227 КК варто виключити слова «тобто такої продукції, що не відповідає вимогам щодо безпечності продукції, встановленим нормативно-правовими актами».

Щодо харчової продукції, то небезпечним визнається харчовий продукт<sup>555</sup>, який не відповідає вимогам, встановленим Законом України від 23 грудня 1997 р. «Про безпечність та якість харчових продуктів». Це – продукт, який безпосередньо чи опосередковано чинить шкідливий вплив на здоров'я людини.

Безпечність харчових продуктів визначається шляхом лабораторних досліджень на основі вимог, встановлених щодо певного виду продуктів законодавством (зокрема, щодо гранично допустимих рівнів наявності певних речовин в продуктах або сировині, яка використовується для їх виготовлення, щодо заборон на використання певних речовин для промислового виготовлення харчових продуктів). Безпечність харчових продуктів відповідно до ст. 3 Закону «Про безпечність та якість харчових продуктів» забезпечується шляхом встановлення: 1) обов'язкових параметрів безпечності для харчових продуктів; 2) мінімальних специфікацій якості харчових продуктів у технічних регламентах; 3) санітарних заходів і ветеринарно-санітарних вимог для потужностей (об'єктів) та осіб, які зайняті у процесі виробництва, продажу (постачання), зберігання (експонування) харчових продуктів; 4) стандартів для харчових продуктів з метою їх ідентифікації; 5) особливих вимог до спеціального дієтичного споживання, функціональних харчових продуктів і дієтичних добавок; 6) вимог щодо знань та умінь відповідального персоналу виробників, продавців (постачальників).

Згідно з ч. 2 ст. 27 названого Закону для забезпечення безпечності харчових продуктів, вироблених в Україні, забороняється: 1) використання харчових добавок, які не зареєстровані для використання в Україні; 2) використання ароматизаторів та допоміжних матеріалів для переробки, які не зареєстровані для використан-

<sup>554</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. –К.: Юридична думка, 2012. – С. 691.

<sup>555</sup> Харчовий продукт або їжа – це будь-яка речовина або продукт (сирий, необроблений, напівоброблений або оброблений), призначений для споживання людиною. Харчовий продукт включає напій, жувальну гумку та будь-яку іншу речовину, включаючи воду, які включені до харчового продукту під час виробництва, підготовки або обробки.

ня в Україні; 3) використання дієтичних добавок, які не зареєстровані для використання в Україні; 4) використання допоміжних засобів і матеріалів для виробництва та обігу, які не дозволені для прямого контакту з харчовими продуктами; 5) використання допоміжних засобів і матеріалів для виробництва та обігу, які за своєю природою та складом можуть передавати забруднюючі речовини харчовим продуктам; 6) використання харчових продуктів як інгредієнтів для виробництва, включаючи сільськогосподарську продукцію, якщо вони містять небезпечні фактори на рівнях, що перевищують обов'язкові параметри безпечності.

Особливості забезпечення безпечності певних видів продукції передбачені спеціальними законами України – «Про питну воду та питне водопостачання», «Про дитяче харчування», «Про молоко та молочні продукти», «Про рибу, інші водні живі ресурси та харчову продукцію з них», «Про виноград та виноградне вино», «Про пестициди і агрохімікати», «Про хімічні джерела струму», «Про захист прав покупців сільськогосподарських машин», «Про автомобільний транспорт», «Про міський електричний транспорт», «Про залізничний транспорт», «Про туризм», «Про театри і театральну справу» тощо.

Небезпечну продукцію не слід ототожнювати з фальсифікованою продукцією. Під останньою розуміється продукція, виготовлена з порушенням технології або неправомірним використанням знака для товарів та послуг, чи копіюванням форми, упаковки, зовнішнього оформлення, а так само неправомірним відтворенням товару іншої особи (п. 27 ч. 1 ст. 1 Закону «Про захист прав споживачів»). За своїми характеристиками фальсифікована продукція теоретично може бути і якісною, і безпечною.

Збут завідомо фальсифікованих лікарських засобів має кваліфікуватись не за ст. 227, а за ст. 321-1 КК.

*Потерпілим* від злочину, передбаченого ст. 227 КК, виступає як споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника (п. 22 ч. 1 ст. 1 Закону «Про захист прав споживачів»), так і користувач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для потреб, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, або для забезпечення виконання обов'язків найманим працівником (ч. 1 ст. 1 Закону «Про загальну безпечність нехарчової продукції»).

Юридична особа, яка придбаває, замовляє,

використовує продукцію або має намір придбати чи замовити продукцію, відповідно до чинного законодавства також визнається користувачем. Згідно з деякими законами України юридичні особи визнаються споживачами (наприклад, ст. 1 Закону «Про житлово-комунальні послуги», ст. 1 Закону «Про питну воду та питне водопостачання», ст. 2 Закону «Про хімічні джерела струму», ст. 1 Закону «Про теплопостачання»)<sup>556</sup>.

Водночас слід враховувати, що потерпілими від розглядуваного злочину можуть бути не лише споживачі та користувачі продукції.

Наприклад, під час пострілу з мисливської рушниці через те, що ствол рушниці було виготовлено з неякісного металу, відбувся його розрив. Шматками металу було заподіяно шкоду здоров'ю, але не тієї особи, яка здійснила постріл (споживача), а особи, яка знаходилася поруч. Визнання постраждалої особи споживачем мисливської рушниці не є обґрунтованим, оскільки не вона придбала рушницю для власних побутових потреб<sup>557</sup>.

З огляду на сказане, потребує уточнення визначення небезпечної продукції, яке М.І. Хавронюк пропонує закріпити у примітці до ст. 270-3 КК «Випуск на товарний ринок небезпечної продукції»: «Під небезпечною продукцією у статті 270-3 цього Кодексу розуміється виріб (товар), робота чи послуга, якими створено ризик для життя, здоров'я, майна споживача і навколишнього природного середовища за звичайних умов використання, зберігання, транспортування, виготовлення і утилізації продукції...»<sup>558</sup>. Тим більше, що вказану кримінально-правову заборону пропонується розмістити у розділі IX Особливої частини КК, присвяченому злочинам проти громадської безпеки (тобто злочинам проти безпеки невизначеної кількості людей), і сам дослідник слушно зазначає, що внаслідок використання небезпечної продукції шкода може бути завдана як споживачеві (додамо від себе – і відмінному від споживача користувачеві), так і третій особі. Як відповідний приклад наводиться ситуація з вибухом небезпечного феєрверка, внаслідок чого шкода заподіюється випадковому перехожому<sup>559</sup>.

Викликає заперечення і пропозиція замінити ст. 227 КК не однією, а двома нормами – ст. 270-2 і ст. 270-3 КК, які визнаватимуть злочинами, відповідно, випуск на товарний ринок завідомо фальсифікованої продукції, яка створює загрозу

<sup>556</sup> Відповідно до ст. 55 КПК 2012 р. потерпілим у кримінальному провадженні може бути і юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди.

<sup>557</sup> Готін О.М. Вказана праця. – С. 104.

<sup>558</sup> Хавронюк М.І. Вказана праця. – С. 172.

<sup>559</sup> Там само. – С. 26.



для життя чи здоров'я споживачів, і випуск на товарний ринок небезпечної продукції<sup>560</sup>. Адже якщо фальсифікована продукція створює загрозу для життя чи здоров'я споживачів, то ця продукція за визначенням (у т.ч. сформульованим М.І. Хавронюком) визнається небезпечною. Як наслідок, матимемо навряд чи виправдану конкуренцію кримінально-правових норм, зайвістю якої посилюється тим, що передбачені ними кваліфікуючі ознаки значною мірою збігаються.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 227 КК, полягає у введенні в обіг (випуску на ринок України) небезпечної продукції, вчиненому у великих розмірах.

З'ясовуючи зміст звороту «введення в обіг», звернемося до положень регулятивного законодавства, в якому, як і з питання розуміння поняття «продукція», спостерігається відсутність єдиного підходу. Закони України «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції», «Про підтвердження відповідності», «Про захист прав споживачів», «Про загальну безпечність нехарчової продукції» і «Про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції» по-різному визначають поняття введення продукції в обіг.

З точки зору застосування аналізованої кримінально-правової заборони під *введенням небезпечної продукції в обіг* слід розуміти перше платне або безплатне постачання цієї продукції для її розповсюдження або споживання на ринку України. Це може бути реалізація споживачу або користувачу небезпечної продукції, здійснювана виробником<sup>561</sup> на підставі цивільно-правового договору (купівлі-продажу, міни, поставки, оренди тощо), передача<sup>562</sup> такої продукції її виготовлювачем або імпортером<sup>563</sup> розповсюдженню

<sup>560</sup> Там само. – С. 170-172.

<sup>561</sup> Виробник – це: 1) фізична чи юридична особа – резидент України, яка є виготовлювачем продукції, або будь-яка інша особа – резидент України, яка заявляє про себе як про виготовлювача, розміщуючи на продукції відповідно до законодавства своє найменування, торговельну марку чи інше позначення, або особа – резидент України, яка відновлює продукцію; 2) уповноважений представник виготовлювача продукції в Україні (у разі якщо виготовлювачем продукції є фізична чи юридична особа – нерезидент України); 3) імпортер продукції (у разі якщо виготовлювачем продукції є фізична чи юридична особа – нерезидент України, яка не має свого уповноваженого представника в Україні) (ч. 1 ст. 1 Закону «Про загальну безпечність нехарчової продукції»).

<sup>562</sup> Передачею майна визнається вручення його набувачеві або перевізникові, організації зв'язку тощо для відправлення, пересилання набувачеві майна, відчуженого без зобов'язання доставки. До передачі майна прирівнюється передача коносамента або іншого товарно-розпорядчого документа на майно (ч. 2 ст. 334 ЦК).

<sup>563</sup> Імпортер – фізична або юридична особа, яка є резидентом України та вводить в обіг на ринку України продукцію

– юридичній або фізичній особі, яка пропонує продукцію на ринку України. Карана за ст. 227 КК передача товарів споживачам може здійснюватися і на безплатній основі (спонсорство, меценатство тощо).

Якщо під випуском на товарний ринок продукції у сенсі *de lege ferenda* розуміти реалізацію продукції споживачам, а також її безплатне надання у формі спонсорства, меценатства, для проби тощо<sup>564</sup>, то це, вочевидь, означатиме недоцільне звуження сфери застосування кримінального закону, позаяк під таке тлумачення випуску на товарний ринок не підпадатимуть, зокрема, випадки передачі небезпечної продукції її виготовлювачами або імпортерами розповсюдженню.

Згода споживача, користувача або розповсюдженнювача отримати небезпечну продукцію на кваліфікацію за чинною редакцією ст. 227 КК не впливає.

В юридичній літературі висловлено думку про те, що під введенням продукції в обіг (випуском її на ринок) слід розуміти у т.ч. дії, внаслідок яких предмети злочину ввозяться в Україну з метою їх подальшої реалізації. У цьому випадку злочин пропонується визнавати закінченим з моменту, коли небезпечна продукція опинилась на території України, і в суб'єкта, який здійснив її ввезення, з'явилась можливість для її реалізації<sup>565</sup>.

Навряд чи таку поведінку можна розцінювати як закінчене введення небезпечної продукції в обіг. Виготовлення або ввезення в Україну небезпечної продукції, що не супроводжувалось її подальшою реалізацією споживачу або передачею розповсюдженнювачу, навіть якщо така дія вчинялась з метою ввести небезпечну продукцію в обіг, з урахуванням законодавчого положення про декриміналізацію готування до злочину невеликої тяжкості (ч. 2 ст. 14 КК) відповідальність за ст. 227 КК тягнути не повинне, однак може утворювати склад іншого злочину (передбаченого, наприклад, ч. 3 ст. 204 КК або ст. 367 КК). Удосконалена ст. 227 КК мала б передбачати відповідальність і за виробництво, ввезення в Україну, транспортування або зберігання з метою збуту небезпечної продукції<sup>566</sup>.

Оформленням уповноваженою особою суб'єкта господарювання (виготовлювача або імпортера продукції) документації, яка засвідчує

походженням з іншої держави (ч. 1 ст. 1 Закону «Про загальну безпечність нехарчової продукції»).

<sup>564</sup> Хавронюк М.І. Вказана праця. – С. 171.

<sup>565</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 692.

<sup>566</sup> Іншої точки зору з цього питання дотримується М.І. Хавронюк (Хавронюк М.І. Вказана праця. – С. 143-145).

відповідність продукції встановленим вимогам щодо її безпечності, також не може розглядатись як закінчений злочин, передбачений чинною редакцією ст. 227 КК. Тут доречно нагадати, що у п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 5 квітня 1985 р. № 1 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за випуск з промислових підприємств недоброякісної, нестандартної або некомплектної продукції та за випуск у продаж таких товарів у торговельних підприємствах» роз'яснювалось, що під випуском відповідної продукції слід розуміти не лише передачу або відправлення продукції споживачу, а й прийняття її відділом технічного контролю або іншою уповноваженою на те службою підприємства з оформленням документів, які засвідчують якість продукції. При цьому треба мати на увазі те, що наведене роз'яснення давалось стосовно кримінального закону, який встановлював відповідальність за випуск продукції з промислового підприємства, а не за випуск продукції на ринок – введення її в обіг

Відповідно до ст. 16 Закону України «Про загальну безпечність нехарчової продукції» виробник не несе відповідальності у вигляді штрафних санкцій, якщо доведе, зокрема, що: з урахуванням усіх обставин відповідна продукція після введення її в обіг стала небезпечною внаслідок дій або бездіяльності інших осіб чи обставин непереборної сили; відповідна продукція є небезпечною внаслідок додержання виробником вимог законодавства чи виконання обов'язкових для нього приписів органів державної влади; виробник є виробником комплектувального виробу чи складової частини продукції, а продукція є небезпечною внаслідок конструкції готової продукції, до якої входить цей виріб чи складова частина, або інструкцій, наданих такому виробнику виробником готової продукції. Розповсюджувач не несе відповідальності, якщо доведе, що: продукція стала небезпечною внаслідок недодержання іншим розповсюджувачем умов її зберігання, за умови, що іншого розповсюджувача такої продукції може бути встановлено; поставлена ним продукція відповідає встановленим вимогам щодо забезпечення безпечності продукції, однак, незважаючи на це, є небезпечною.

Введення небезпечної продукції в обіг, здійснене виробником (розповсюджувачем) за наявності однієї з вказаних вище обставин, інкримінування ст. 227 КК виключає через відсутність злочинного діяння.

Згідно з приміткою до ст. 227 КК введення в обіг небезпечної продукції вважається вчиненим *у великих розмірах*, якщо загальна вартість такої продукції перевищує п'ятсот НМДГ. За попередньою редакцією ст. 227 КК великими вважались

розміри, що перевищують триста НМДГ. Виходить, що виробники небезпечної продукції стали ще більш захищеними від дії кримінального закону.

Якщо введення в обіг предметів злочину відбулось у декілька прийомів, вартість цих предметів, з огляду на законодавчу вказівку, має підсумовуватись, і залежно від загальної вартості випущеної на ринок небезпечної продукції вчиненому має даватись адміністративно-правова або кримінально-правова оцінка.

З урахуванням формальної конструкції складу аналізованого злочину такий показник, як великі розміри характеризує не суспільно небезпечні наслідки, які винесені законодавцем за межі складу злочину, а діяння як ознаку об'єктивної сторони злочинного введення небезпечної продукції в обіг. Як слушно зазначає О.М. Готін, конструювання складу, передбаченого ст. 227 КК, як формального зумовлене: виконанням цією статтею загально-превентивної та спеціально-превентивної функцій; можливістю завдати суспільно небезпечним діянням шкоди життю і здоров'ю людини; труднощами конкретизації, виміру, обчислення і фіксації обсягу та характеру злочинного результату; складністю виокремлення причинного зв'язку між суспільно небезпечними діяннями та наслідками, що настали<sup>567</sup>.

Тут доречно нагадати, що у п. 16 постанови Пленуму ВСУ від 25 квітня 2003 р. № 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» роз'яснювалось, що за ст. 227 КК треба кваліфікувати виготовлення з доброякісної сировини (матеріалів) недоброякісних (фальсифікованих) підакцизних товарів (продукції) та їх реалізацію за умови, якщо при цьому було отримано дохід у великих розмірах.

Наведене роз'яснення не брало до уваги те, що передача недоброякісної або некомплектної продукції й товарів споживачам у відповідних розмірах могла і не супроводжуватись отриманням виробником, імпортером або торговельним посередником будь-якого доходу (наприклад, у випадку безоплатної передачі такими суб'єктами господарювання дошкільним навчальним закладам недоброякісних харчових продуктів). Крім цього, вирішуючи проблему змісту кримінально-правового поняття «дохід», Пленум ВСУ врешті-решт визначився у своїй позиції і вказав на необхідність врахування витрат, безпосередньо пов'язаних з одержанням доходу (п. 10 постанови ВСУ від 25 квітня 2003 р. № 3). А із диспозиції ст.

<sup>567</sup> Готін О.М. Кримінальна відповідальність за випуск або реалізацію недоброякісної продукції в умовах ринкової економіки (проблеми теорії та практики): Дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2003. – С. 98, 173-174.

227 КК і примітки до неї однозначно впливало і впливає наразі, що при встановленні великих розмірів реалізації недоброякісної продукції (нині – умисного введення в обіг небезпечної продукції) співвідношення одержаних матеріальних благ і понесених при цьому витрат враховуватись не повинне.

Взагалі якщо взяти до уваги зміну описання предмета аналізованого злочину, збереження у ст. 227 КК великих розмірів як криміноутворюючої ознаки слід визнати не виправданим кроком законодавця. Називаючи чинну редакцію ст. 227 КК черговим проявом законодавчого лицемірства, М.І. Хавронюк щодо ознаки великих розмірів цілком справедливо зауважує: «...за задумом законодавця, діями однакового ступеню суспільної небезпечності стають випуск на ринок, наприклад, як однієї одиниці небезпечного автомобіля вартістю 236 000 грн., так і 236 дитячих іграшок вартістю 1000 грн. кожна або 236 000 небезпечних цукерок вартістю 1 гривня за штуку. Між тим, один автомобіль становить небезпеку для декількох, а 236 000 небезпечних цукерок – для 236 000 людей»<sup>568</sup>.

Вказівка на великі розміри була б доречною, якби суспільна небезпека розглядуваного злочину, як і раніше, визначалась б насамперед марнотратством матеріальних, трудових та інших ресурсів. Оскільки заподіяння шкоди здоров'ю людини суттєво не залежить від розмірів небезпечної продукції (на відміну від шкоди, яка заподіювалася господарським відносинам за часів радянської планової економіки), заслугове на підтримку пропозиція виключити зі ст. 227 КК слова «якщо такі дії вчинені у великих розмірах»<sup>569</sup>.

Введення в обіг небезпечної продукції не у великих розмірах залежно від конкретних обставин може утворювати склад адміністративного проступку (ст. ст. 42-1, 42-2, 42-3 та інші норми КпАП). Так, ст. 167 КпАП передбачає

<sup>568</sup> Хавронюк М.І. Вказана праця. – С. 124.

<sup>569</sup> Готін О.М. Вказана праця. – С. 173. Така ж пропозиція міститься у законопроекті «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо посилення відповідальності за незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару, та злочини, пов'язані з оборотом товарів, що не відповідають встановленим вимогам законодавства)», розробленому народними депутатами України А.К. Кінахом, М.В. Круцем і В.М. Чудновим. З огляду на сказане, важко погодитись з думкою Т.В. Одинцоваї обмежитись у цьому разі зменшенням нижньої межі великих розмірів як ознаки складу злочину, передбаченого ст. 227 КК, до двохсот НМДГ (Одинцова Т.В. До питання про кримінальну відповідальність за випуск або реалізацію недоброякісних продуктів харчування // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20-21 травня 2011 р. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 359).

відповідальність за введення в обіг (випуск на ринок України, в т.ч. з ремонту) продукції, яка не відповідає вимогам стандартів, сертифікатів відповідності, норм, правил і зразків, зокрема, щодо безпечності продукції. А ст. 168-1 КпАП визнає адміністративним проступком виконання робіт, надання послуг громадянам – споживачам, що не відповідають вимогам стандартів, норм і правил.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 227 КК, є місце вчинення злочину – ринок України. В широкому розумінні ринок – це форма зв'язку виробництва із споживанням, виробників продукції один з одним, всіх ланок суспільного виробництва і видів господарської діяльності за допомогою процесів купівлі-продажу товарів, капіталів, робочої сили, житла, технологій тощо<sup>570</sup>. У тексті ст. 227 КК поняття ринку вживається в його вузькому розумінні – як сфера безпосереднього товарного обороту, обміну грошей на товари, роботи, послуги і навпаки<sup>571</sup>.

Якщо умисне введення в обіг небезпечної продукції поєднується з підробленням документів, дії винного слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 227 і ст. 358 (366) КК.

Ознаки **суб'єкта** злочину у диспозиції ст. 227 не фіксуються<sup>572</sup> і встановлюються шляхом тлумачення законодавства, у т.ч. регулятивного. Із положень останнього випливає, що кримінальну відповідальність за умисне введення в обіг небезпечної продукції передусім мають нести керівники юридичних осіб – суб'єктів господарювання, які є виготовлявачами, імпортерами або розповсюджувачами<sup>573</sup> відповідної продукції, і ті працівники вказаних суб'єктів господарювання, на яких покладено службовий обов'язок здійснювати контроль за безпечністю продукції, що виготовляється, імпортується або розповсюджується. Наявність вказаного обов'язку встановлюється у кожному конкретному випадку із залученням посадових інструкцій, наказів, інших локальних документів,

<sup>570</sup> Рыночная экономика: 200 терминов / Под ред. Г.Я. Кипермана. – М.: Политиздат, 1991. – С. 165-166.

<sup>571</sup> Ринком товару (товарним ринком) визнається сфера обороту товару (взаємозамінних товарів), на який протягом певного часу і в межах певної території є попит і пропозиція (ст. 1 Закону від 11 січня 2001 р. «Про захист економічної конкуренції»).

<sup>572</sup> Ст. 227 КК, на відміну від ст. 147 попереднього КК, не містить ні словосполучення «відповідальними за це особами», ні вказівки на адміністративну преюдицію, з огляду на які раніше робився однозначний висновок про те, що суб'єкт реалізації недоброякісної продукції був спеціальним.

<sup>573</sup> Розповсюджувач – це будь-яка інша, ніж виробник або імпортер, фізична чи юридична особа в ланцюгу постачання продукції, яка пропонує продукцію на ринку України (ч. 1 ст. 1 Закону «Про загальну безпечність нехарчової продукції»).



що визначають межі службової компетенції того чи іншого працівника<sup>574</sup>. Інші працівники зазначених суб'єктів господарювання можуть притягуватись до кримінальної відповідальності як співучасники.

Суб'єктами аналізованого злочину мають визнаватись також фізичні особи (включаючи підприємців і тих, хто займається підприємницькою діяльністю без належної реєстрації), які є виготовлювачами, імпортерами або розповсюджувачами продукції, а так само керівники та інші відповідні працівники суб'єктів господарювання, які є уповноваженими представниками виготовлювачів продукції в Україні (якщо виготовлювачами продукції є нерезиденти України).

За ст. 227 КК за наявності підстав можуть нести відповідальність, зокрема, особи, які реалізують вироблені у кустарних умовах товари, а так само вирощену в особистому підсобному господарстві, на присадибній, дачній або садовій ділянці продукцію рослинництва і бджільництва, кролів, нутрій, птицю або продукти їх забою в сирому вигляді або у вигляді первинної обробки, а також особи, які, будучи працівниками сільськогосподарських підприємств і рибних господарств, реалізують одержану ними натурою продукцію власного виробництва зазначених підприємств і продукцію її переробки.

**Суб'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 227 КК, характеризується прямим умислом. Винний усвідомлює, що продукція, яка вводиться ним в обіг, є небезпечною і бажає випустити її на ринок України.

Попередня редакція ст. 227 КК не конкретизувала форму вини, а тому робився висновок про те, що суб'єктивна сторона передбаченого цією статтею злочину характеризувалась як умисною, так і необережною формою вини. Міркування про те, що за умов ринкової економіки кримінальну відповідальність має тягнути лише умисна

реалізація недоброякісної продукції споживачам, могли бути сприйняті хіба що у контексті вдосконалення КК. У чинній редакції ст. 227 КК чітко вказується на те, що введення в обіг небезпечної продукції повинне вчинятись умисно.

У тому разі, коли використання або споживання небезпечної продукції потягло за собою заподіяння шкоди здоров'ю людини або настання її смерті, вказані суспільно небезпечні наслідки потребують окремої кримінально-правової оцінки за допомогою норм, що містяться у розділі II Особливої частини КК («Злочини проти життя та здоров'я людини»). Наприклад, внаслідок вживання фальсифікованих продуктів харчування відбулося отруєння споживача або в результаті користування недоброякісним побутовим приладом сталося смертельне ураження електрострумом. Невизнання загибелі людей або інших тяжких наслідків кваліфікуючою ознакою злочину, передбаченого ст. 227 КК, справедливо визнається прогалиною, яка має бути усунена у законодавчому порядку<sup>575</sup>.

Висновок про необхідність кваліфікації за сукупністю злочинів буде доречним і у тому разі, коли внаслідок реалізації споживачам або користувачам недоброякісної продукції знищується або пошкоджується чуже майно. У таких випадках, крім ст. 227 КК, застосовуються відповідні норми розділу VI Особливої частини КК («Злочини проти власності»).

Порушення під час розроблення, конструювання, виготовлення чи зберігання промислової продукції правил, що стосуються безпечної її використання, якщо порушення зазначених правил зобов'язаною особою створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків, спричинило шкоду здоров'ю потерпілого, загибель людей або інші тяжкі наслідки, має кваліфікуватись не ст. 227, а за ст. 275 КК, а збут радіоактивної забрудненої продукції, якщо це створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків, спричинило шкоду здоров'ю потерпілого, загибель людей або інші тяжкі наслідки, – за ст. 327 КК.

Порушення ветеринарних правил, яке спричинило тяжкі наслідки (предметом цього злочину проти довкілля може бути, зокрема, продукція тваринного походження), має кваліфікуватись за ст. 251 КК.

Умисне введення в обіг небезпечної продукції слід відмежовувати і від караного за ст. 325 КК порушення санітарних правил і норм щодо

<sup>574</sup> Щодо попередньої редакції ст. 227 КК коло осіб, спроможних нести на її підставі відповідальність, визначалось у літературі таким чином: 1) працівники підприємств, на яких посадовими інструкціями, наказами чи розпорядженнями покладено обов'язок із контролю відповідності якості продукції вимогам, закріпленим у законодавстві; 2) службові особи підприємства, котрі очолюють структурні підрозділи, на які установчими документами юридичної особи покладено обов'язок контролювати якість продукції; 3) керівники підприємств – у випадку обмеженого штату працівників підприємства і відсутності окремої службової особи чи працівника, уповноваженого здійснювати контроль за якістю продукції (Цюра А. Проблеми встановлення суб'єкта злочину «випуск або реалізація недоброякісної продукції» // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XVII регіональної науково-практичної конференції. 3-4 лютого 2011 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2011. – С. 318).

<sup>575</sup> Шепелева Н.В. До питання про диференціацію кримінальної відповідальності за виготовлення або реалізацію (збут) недоброякісної продукції // Проблеми запобігання службовим злочинам у сфері господарської діяльності: Матеріали наук.-практ. семінару. Харків, 9 листопада 2004 р. / Редкол.: В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 75.

запобігання інфекційним захворюванням та масовим отруєнням. За ст. 325 КК продукція, що реалізується споживачам, повинна бути не просто невідповідною будь-яким вимогам щодо її безпечності, а має бути зараженою збудниками інфекційних хвороб, у зв'язку з чим вона може стати причиною поширення епідемічних та інших інфекційних захворювань. Також обов'язковою умовою настання відповідальності за ст. 325 КК є наслідки у вигляді поширення відповідних захворювань або створення загрози поширення захворювань, загибелі людей чи інших тяжких наслідків.

### 9.7. Злочини проти прав кредиторів

**Доведення до банкрутства** (ст. 219 КК). **Суспільна небезпека** злочину полягає в заподіянні матеріальної шкоди кредиторам і державі внаслідок невиконання боржником – суб'єктом підприємницької діяльності грошових зобов'язань, у т.ч. зі сплати податкових внесків, у підриві засад кредиту, позбавленні працівників робочих місць та, як наслідок, збільшенні масштабів безробіття.

Розглядувана кримінально-правова заборона з'явилась не на порожньому місці. Ще понад сто років тому відомий дореволюційний цивіліст Г.Ф. Шершеневич писав, що нерідко мають місце випадки, коли неспроможність створюється умисно з тією метою, щоб зменшити загальну суму боргів і задовольнити лише частково вимоги кредиторів<sup>576</sup>. Визнання злочином доведення до банкрутства є виправданим з погляду економічної теорії, оскільки причинами виникнення і посилення неспроможності можуть виступати у т.ч. внутрішні (ендогенні) фактори – діяння самих суб'єктів господарювання. Відомі аналоги ст. 219 КК і зарубіжному законодавству (це, наприклад, § 156 КК Австрії, ст. 240 КК Білорусі, ст. 260 КК Іспанії, ст. 216 КК Казахстану, ст. 168 КК КНР, ст. 213 КК Латвії, ст. 252 КК Молдови, ст. 196 КК РФ, ст. 147 Швейцарії, ст. 11 глави 11 КК Швеції, ч. 2 § 283 КК ФРН, ст. 314-7 КК Франції).

До ухвалення Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» проблема банкрутства у вітчизняному КК, крім ст. 219 КК, була репрезентована ще трьома статтями – ст. 218 («Фіктивне банкрутство»), ст. 220 («Приховування стійкої фінансової неспроможності») і ст. 221 («Незаконні дії

<sup>576</sup> Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. – М.: Статут, 2000. – С. 266.

у разі банкрутства»)<sup>577</sup>. Відносно незначна кількість кримінальних справ, порушуваних та розслідуваних за цими нормами КК, свідчила, на нашу думку, не про те, що відповідні злочини не були розповсюдженими, а про те, що йшлося про: 1) латентні злочини; 2) злочини складні з точки зору їх розслідування; 3) диспозиції вказаних кримінально-правових заборон не були позбавлені вад, що ускладнювало процес притягнення винних до кримінальної відповідальності.

Нагадаємо, що криміналізація приховування банкрутства і фіктивного банкрутства (ст. ст. 156-2, 156-3 КК 1960 р.) відбулася у 1994 р., доведення до банкрутства (ст. 156-4 КК 1960 р.) – у 1999 р., а незаконних дій у разі банкрутства – у 2001 р. У більшості країн – учасниць СНД система злочинів, пов'язаних із банкрутством, включає в себе три види діянь: неправомірні дії при банкрутстві; умисне (злісне) банкрутство; фіктивне банкрутство<sup>578</sup>.

Запровадження кримінальної відповідальності за порушення регламентованих господарським законодавством процедур неплатоспроможності було зумовлене принциповою зміною в Україні соціально-економічних відносин, становленням і розвитком механізмів ринкового господарства. Будучи невід'ємним елементом ринкової економіки, банкрутство<sup>579</sup> виконує функцію своєрідного засобу відбору найбільш ефективних форм і методів господарювання. Без ризику банкрутства неможливим є поступальний розвиток економіки; неплатоспроможність виступає зворотною стороною підприємництва як ризикованої діяльності. Інститут банкрутства є одним з найважливіших інструментів трансформації вітчизняної економіки в напрямі соціально орієнтованої моделі: на сучасному етапі він створює справедливий баланс між при-

<sup>577</sup> На момент підготовки підручника до друку зазначені діяння визнаються адміністративними проступками (відповідно, ст. ст. 166-17, 164-15, 166-16 КпАП).

<sup>578</sup> Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 230.

<sup>579</sup> Вважається, що поняття «банкрутство» має італійське походження (banca rotta — зламана лави): у італійських мінял, які перед своїми закладами ставили лави для відпочинку клієнтів, був звичай ламати ці лави на знак припинення торговельних операцій внаслідок неплатоспроможності (Белогриц-Котляревский Л.С. Учебник русского уголовного права. Общая и Особенная части. – К., 1903. – С. 451). В юридичній літературі зустрічається і дещо інше розуміння етимології зазначеного терміну: слова bank broken або bench broken могли означати, що клієнти перевертали стіл, на якому неудачливий торговець міняв гроші на площі або ж просто торгував (Степанов В.В. Правовое регулирование несостоятельности в Германии, США, Англии, Франции и России // Актуальные проблемы гражданского права. Сб. статей под ред. М.И. Брагинского. – М.: Статут, 1998. – С. 163).

ватними та публічними інтересами, будучи покликаним забезпечувати як справедливе задоволення вимог кредиторів, так і охорону інтересів самого боржника від несумлінних кредиторів і збереження суб'єкта господарювання.

Основним нормативним актом, до положень якого необхідно звертатись, аналізуючи описово-бланкетну диспозицію ст. 219 КК, є викладений у редакції Закону від 22 грудня 2011 р. Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі – Закон від 22 грудня 2011 р.). Разом з тим слід враховувати, що дія цього Закону не поширюється на банки. Питання неплатоспроможності і ліквідації банків вирішуються в порядку, визначеному законами «Про банки і банківську діяльність» і «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 219 КК, вважаємо права кредиторів, у т.ч. держави щодо задоволення їх вимог за рахунок майна боржника – суб'єкта підприємницької діяльності<sup>580</sup>, *додатковими* – зокрема, власність і порядок здійснення службовими особами покладених на них повноважень.

Предметом аналізованого злочину у літературі інколи називають грошове зобов'язання, під яким розуміється зобов'язання боржника сплатити кредитору певну грошову суму відповідно до цивільно-правового договору або інших підстав, передбачених цивільним законодавством України<sup>581</sup>. Термін «зобов'язання», як відомо, має кілька значень. Автор наведеної точки зору при визначенні цього поняття пропонує звертатися до ч. 1 ст. 509 ЦК, де сказано, що зобов'язання – це правовідносини. Однак визнання правовідносин предметом злочину не відповідає вченню про

<sup>580</sup> Інакше визначає безпосередній об'єкт аналізованого злочину А.М. Ришелюк, розуміючи під ним «встановлений законодавством порядок здійснення господарської діяльності у частині забезпечення інтересів громадян, юридичних осіб та держави від ризиків, пов'язаних з неплатоспроможністю (стійкою фінансовою неспроможністю) суб'єктів господарської діяльності, яка юридично фіксується під час розгляду справ про банкрутство такого суб'єкта» (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 665). На нашу думку, запропоноване визначення безпосереднього об'єкта є занадто загальним, оскільки не зовсім зрозуміло, як вказаний порядок співвідноситься з порядком відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом. Якщо це одне й те ж, то чому він має іншу назву, а якщо ні, то як тоді ці поняття між собою співвідносяться?

Докладний аналіз висловлених у літературі підходів з питання про об'єкт «банкрутських» злочинів зроблений Г.М. Зеленовим (Зеленов Г.М. Злочини, які порушують установлений порядок виникнення та виконання майнових зобов'язань (кримінально-правова характеристика): Дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2009. – С. 60-64).

<sup>581</sup> Грек Б.М. Кримінально-правова відповідальність за фіктивне банкрутство: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 101.

предмет злочину в теорії кримінального права.

*Потерпілим* від злочину виступає кредитор – це юридична або фізична особа, орган ДПС або інший державний орган, які мають вимоги, підтверджені у встановленому порядку документами, щодо грошових зобов'язань до боржника<sup>582</sup> (ч. 1 ст. 210 ГК). Грошовими визнаються зобов'язання боржника сплатити кредитору певну грошову суму відповідно до цивільно-правового правочину та на інших підставах, передбачених законодавством України. До грошових зобов'язань належать у т.ч. зобов'язання щодо сплати податків і зборів, а також щодо страхових внесків на загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Кредитори поділяються на конкурсних, поточних і забезпечених.

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується активною поведінкою винного – *вчиненням дій, що призводять до стійкої фінансової неспроможності суб'єкта господарювання*, та в результаті цього до заподіяння великої матеріальної шкоди державі чи кредитору, а також причинним зв'язком між вказаними діями та суспільно небезпечними наслідками.

До дій, які створюють неплатоспроможність суб'єкта господарювання, фактично викликають заплановану самоліквідацію цього суб'єкта і спрямовані проти його інтересів, слід відносити: вчинення явно невігідних, збиткових правочинів, тобто правочинів, які з самого початку розраховані на менший прибуток порівняно з витратами (наприклад, реалізація продукції підприємства за заниженими цінами, придбання сировини і матеріалів за завищеними цінами); укладання очевидно несприятливих договорів, за якими зобов'язання боржника наперед носитимуть характер сумнівного боргу (наприклад, надання кредитів особам, які завідомо не збираються їх повертати); отримання великих партій товарів, за які підприємство завідомо не здатне розрахуватись; отримання кредитів під незвично високі відсотки; заздалегідь задумане збиткове, нераціональне використання кредитних ресурсів; дострокове виконання зобов'язань або переведення на себе зобов'язань, що не можуть бути виконані, у т.ч. боргів інших суб'єктів підприємницької діяльності; витрачання грошових коштів суб'єкта підприємництва на потреби, безпосередньо не пов'язані з його діяльністю, у т.ч. їх привласнення або розтрата; безпідставне переведення грошових коштів підприємства на рахунки інших суб'єктів господарювання або

<sup>582</sup> Боржник – це суб'єкт підприємницької діяльності, неспроможний виконати протягом трьох місяців після настання встановленого строку виконання свої грошові зобов'язання, підтверджені судовим рішенням, що набрало законної сили, та постановою про відкриття виконавчого провадження, якщо інше не передбачено законом.



уступку належного підприємству права вимоги до інших осіб; звільнення контрагентів від виконання зобов'язань за договорами; укладання завідомо нереальних договорів із великими штрафними санкціями; умисну несвоєчасну сплату податків і страхових внесків із метою застосування до суб'єкта господарювання фінансових санкцій; ухвалення рішення про списання дебіторської заборгованості без вжиття заходів щодо її погашення; прийняття інших управлінських рішень, здатних серйозно погіршити фінансове становище суб'єкта господарювання. Про відповідальність на підставі ст. 219 КК за так зване завідомо некомпетентне ведення справ суб'єкта господарювання можна вести мову лише у тому разі, коли така поведінка виражається у конкретних діях, приблизний (невичерпний) перелік яких наведено вище.

Якщо, наприклад, ВАТ уклало низку консалтингових договорів на суму близько 4 млн. грн. протягом останніх трьох кварталів, що значно погіршило його фінансовий стан, це може свідчити про умисне доведення до банкрутства<sup>583</sup>. Банки можуть доводитись до банкрутства шляхом придбання за великою номінальною вартістю цінних паперів («сміттєвих акцій», векселів і борових зобов'язань фірм – «одноденок»), які на ринку нічого не коштують, видачі кредитів на підставні компанії тощо<sup>584</sup>.

Регулятивне законодавство не забороняє суб'єктам підприємницької діяльності як учасникам ринкового господарства вчиняти перераховані та інші подібні, так би мовити, економічно недоцільні дії. Наприклад, завідомо збиткові правочини на певному етапі діяльності того чи іншого підприємства можуть використовуватись для розширення у майбутньому ринку збуту товарів і послуг. Запроваджуючи кримінальну відповідальність за дії, що призводять до стійкої фінансової неспроможності суб'єкта господарювання та обмежуючи за допомогою ст. 219 КК свободу підприємництва, законодавець прагне захистити від несумлінних боржників права кредиторів і держави.

*Голова правління ВАТ «Дніпродзержинський хлібокомбінат» С. впродовж 2001 р. умисно, з іншої особистої заінтересованості довів підприємство до стійкої фінансової неспроможності. Спо-*

*чатку він уклав економічно необґрунтований договір з ВАТ «Дніпропетровський хлібокомбінат № 2» на ремонт опалювальної системи на суму 29895 грн. У кошторисі і акті виконаних робіт не відмічено, на яких об'єктах і в яких об'ємах проводився цей ремонт. Крім того, С. уклав договір на проведення капітального ремонту печей ВАТ «Дніпродзержинський хлібокомбінат» із ПП «Альт» на суму 42500 грн. Проведення капітального ремонту печей, які на той час перебували в оренді ВАТ «Дніпропетровський хлібокомбінат № 2», призвело до утворення значних сум кредиторської заборгованості. Також С. в період, коли більшість основних фондів ВАТ «Дніпродзержинський хлібокомбінат» перебувала в оренді, прийняв економічно необґрунтоване рішення і придбав на підприємство копіювальний апарат вартістю 191666 грн. та два комп'ютери вартістю 46666 грн. В результаті зазначених дій підприємство було доведено до стійкої фінансової неспроможності, а кредиторам було завдано шкоду на загальну суму 507000 грн.<sup>585</sup>*

При з'ясуванні ознак об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 219 КК, доцільно брати до уваги положення, викладені у підпункті 3.2 п. 3 розділу III Методичних рекомендацій щодо виявлення ознак неплатоспроможності підприємства та ознак дій з приховування банкрутства, фіктивного банкрутства чи доведення до банкрутства, затверджених наказом Мінекономіки України від 19 січня 2006 р. № 14 у редакції наказу Мінекономіки України від 26 жовтня 2010 р. № 1361. У цьому документі зазначається, що економічними ознаками дій з доведення до банкрутства може вважатися такий фінансово-економічний стан боржника, коли виконання умов договорів призвело до погіршення показників оцінки його фінансового стану. Йдеться, зокрема, про: підписання завідомо не вигідних для підприємства (у т.ч. фіктивних) договорів; необґрунтовану виплату грошових коштів; необґрунтовану передачу третім особам майна; прийняття нераціональних управлінських рішень, які негативно впливають на виробничу, торговельну, іншу статутну діяльність підприємства, що призводить до фінансових збитків та втрат; заплутування звітності, знищення документів або інформації, унаслідок чого неможлива ефективна робота підприємства.

Крім того, необхідно аналізувати заходи, вжиті керівництвом підприємства щодо стягнення заборгованості (повнота та своєчасність проведеної претензійно-позовної роботи) та своєчасності розв'язання проблем у виробничому процесі. Умисне погіршення фінансово-

<sup>583</sup> Белкін М.А., Белкіна Ю.А. Актуальні питання призначення судових експертів у господарському процесі // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 3. – С. 186.

<sup>584</sup> Шахрайство на фінансовому ринку. Практичний посібник з протидії / За ред. В. Феценка. – К.: Українське агентство фінансового розвитку, 2011. – С. 9-11. «Сміттєві» або технічні акції використовуються також у схемах, пов'язаних з ухиленням від сплати податку на прибуток підприємств, виведенням валютних коштів за межі України та легалізацією доходів, одержаних злочинним шляхом.

<sup>585</sup> Архів Заводського районного суду м. Дніпродзержинська Дніпропетровської області. Справа № 1-249 за 2004 р.

господарського стану підприємства можна визначити за такими основними ознаками: 1) зменшення розміру, приховування та заниження оцінки майна, що знаходиться у розпорядженні підприємства; 2) штучне збільшення розміру кредиторської та дебіторської заборгованості; 3) продаж задіяних у виробничо-господарській діяльності основних засобів (особлива увага має приділятися договорам відчуження майна або оренди майна, зокрема, перевіряється відповідність ціни реалізації ринковій та наявність дозволу на вказані операції органу, уповноваженого управляти майном); 3) продаж товарів (робіт, послуг), які виготовляє підприємство, за ціною, нижчою за собівартість, без належних економічних підстав (наприклад, регульована ціна реалізації, яка корегується за рахунок коштів державної підтримки; продаж за передоплатою; тимчасове зниження ціни в рекламних цілях; продаж морально застарілої продукції; продаж продукції, що не користується попитом; продаж товарних залишків готової продукції для перепрофілювання або запуску нового виробництва; продаж товарних залишків (сезонної продукції) у зв'язку із закінченням сезону); 4) у разі збиткової діяльності підприємства спрямування отримуваних грошових засобів та інвестицій на закупівлю товарів, робіт, послуг, безпосередньо не задіяних у виробничо-господарській діяльності; 5) необґрунтоване зменшення або збільшення штату підприємства.

Застосовуючи аналізовану кримінально-правову заборону, потрібно встановлювати відсутність в діях особи виправданого ризику як обставини, що виключає злочинність діяння (ст. 42 КК).

Якщо доведення до банкрутства супроводжується вчиненням іншого злочину (наприклад, проти власності), дії винного потребують кваліфікації за сукупністю відповідних злочинів.

Оскільки об'єктивна сторона розглянутого злочину, з огляду на вказівку законодавця, полягає лише в діях, диспозицією ст. 219 КК не охоплюються, зокрема, відмова від укладання вигідних договорів, невиконання цивільно-правових зобов'язань; нездійснення передбачених законом заходів, спрямованих на стягнення дебіторської заборгованості, потурання розкраданню майна суб'єкта господарювання, невиконання належних управлінських обов'язків (наприклад, особа припиняє подавати звітність до контролюючих органів, не бере участі в роботі органу управління юридичної особи і в такий спосіб ухиляється від прийняття рішення, здатного попередити настання стійкої фінансової неспроможності). Вказана поведінка службових осіб за наявності підстав може розцінюватись як

той чи інший злочин у сфері службової діяльності.

Водночас, як слушно зауважує А.М. Ришелюк, якщо бездіяльність мала місце після вчинення відповідних дій (наприклад, удаваного правочину, справжньою метою якого була передача іншій особі майна, сплата грошових коштів без належної компенсації тощо), і була безпосередньо пов'язана з їх вчиненням, вона може вважатися ознакою об'єктивної сторони аналізованого злочину<sup>586</sup>. Інакше кажучи, не виключається вчинення злочину, караного за ст. 219 КК, шляхом поєднання відповідних дій і бездіяльності.

*Так, був визнаний винним у вчиненні злочину, передбаченого ст. 219 КК, керівник Будівельно-монтажного потягу № 3 ЗАТ «Трест Донбастрансбуд» Е., який в період з 2002 р. по 2005 р., порушуючи свої посадові обов'язки, вчинив умисні діяння з іншої особистої заінтересованості, що полягали: 1) у відсутності претензійної роботи по стягненню через господарський суд дебіторської заборгованості; 2) в укладенні завідомо збиткових угод на виконання підприємством робіт і послуг; 3) у реалізації векселів із заниженням їх номінальної вартості. В результаті цих діянь у підприємства виникла кредиторська заборгованість на суму 1 млн. 746 тис. 400 грн., а кредиторам було завдано шкоду на суму 1 млн. 201 тис. 915 грн.<sup>587</sup>*

Оскільки згадані вище та інші прояви «чистої» бездіяльності здатні істотно погіршити фінансове становище суб'єкта підприємництва і врешті-решт викликати його стійку фінансову неспроможність, формулювання «вчинення ... дій» у диспозиції ст. 219 КК вважаємо за доцільне замінити словосполученням «вчинення ... діяння».

Аналізований злочин може набувати вигляду «змішаної бездіяльності», поняттям якої охоплюються випадки неповного або часткового виконання суб'єктом покладених на нього обов'язків. Такий варіант протиправної поведінки дозволяє винній особі створити в інших осіб враження про правомірність своєї злочинної бездіяльності<sup>588</sup>.

Одна з поширених у сьогоденній Україні схем доведення до банкрутства полягає у створенні на базі підприємства – боржника перед бюджетом нового суб'єкта господарювання, якому передаються ліквідне майно, дебіторська заборгованість і трудові ресурси. Старе підпри-

<sup>586</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 665.

<sup>587</sup> Архів Артемівського міськрайонного суду Донецької області. Справа № 1п-25 за 2006 р.

<sup>588</sup> Фролова О.Г. Злочини, пов'язані з банкрутством в Україні: кримінально-правова характеристика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 14.

емство, за яким залишається основна сума податкової заборгованості, не здатне її погасити та оголошується банкрутом<sup>589</sup>. У періодично оприлюднюваних в Україні типологіях легалізації злочинних коштів вказується на поширеність випадків штучної самоліквідації організацій в кінці звітного податкового періоду або перед очікуваною перевіркою, а так само після проведення податкової перевірки, яка встановила великі суми прихованих від оподаткування доходів<sup>590</sup>.

Виявляється, що подібний прийом ігнорування прав кредиторів і держави зустрічається не лише у бізнесовій практиці України. Так, § 1 ст. 301 КК Польщі встановлює кримінальне покарання у вигляді позбавлення волі на строк від трьох місяців до п'яти років для боржника кількох кредиторів, який зриває або обмежує виплату належних їм сум шляхом створення всупереч правовим приписам нової господарської одиниці і передачі їй складових частин свого майна. Показово, що таке ж покарання має призначатись тому боржнику кількох кредиторів, який доводить себе до банкрутства чи неплатоспроможності (§ 2 ст. 301 КК).

Злочин визнається *закінченим* з моменту настання пов'язаних між собою наслідків, вказаних у диспозиції ст. 219 КК.

Стийка фінансова неспроможність суб'єкта господарської діяльності, яка фігурує у чинній редакції аналізованої норми КК і передусе заподіяння великої матеріальної шкоди державі чи кредиту, – це, вочевидь, не будь-яка неплатоспроможність боржника. При цьому не слід забувати, що тільки після настання другого, не менш важливого наслідку, яким є велика матеріальна шкода, що завдається кредиту або державі, досліджуваний злочин вважається *закінченим*.

Під неплатоспроможністю Закон від 22 грудня 2011 р. розуміє неспроможність суб'єкта підприємницької діяльності виконати після настання встановленого строку грошові зобов'язання не інакше, як через відновлення його платоспроможності<sup>591</sup>. За загальним правилом,

<sup>589</sup> Схемы уклонения от налогообложения, известные ГНАУ. Дубль 2 // Бухгалтерия – 6 сентября 1999 г. – № 36. – С. 44.

<sup>590</sup> Возвращение «Бриллиантовой руки» // Бухгалтерия. – 29 мая 2006 г. – № 22. – С. 15.

<sup>591</sup> Щодо неплатоспроможності банку, то відповідно до ст. 76 Закону «Про банки і банківську діяльність» НБУ зобов'язаний прийняти рішення про віднесення банку до категорії неплатоспроможних у разі: 1) неприведення банком своєї діяльності у відповідність із вимогами законодавства, у т.ч. нормативно-правових актів НБУ, після віднесення його до категорії проблемних, але не пізніше, ніж через 180 днів із дня визнання його проблемним; 2) зменшення розміру регулятивного капіталу або нормативів капіталу банку до однієї тре-

справа про банкрутство порушується господарським судом, якщо безспірні вимоги кредитора (кредиторів) до боржника сукупно становлять не менше трьохсот мінімальних розмірів заробітної плати, які не були задоволені боржником протягом трьох місяців після встановленого для їх погашення строку (ч. 3 ст. 10 Закону від 22 грудня 2011 р.).

Саме з наведеними положеннями регулятивного законодавства у літературі зазвичай пов'язується наявність стійкої фінансової неспроможності суб'єкта господарської діяльності<sup>592</sup>. На нашу думку, питання про те, чи є фінансова неспроможність *стійкою* (оціночна ознака), як цього вимагає ст. 219 КК, має вирішуватись у кожному конкретному випадку на підставі всебічного аналізу фінансово-господарської діяльності конкретної юридичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності.

Слід враховувати і те, що в Законі від 22 грудня 2011 р. банкрутство розглядається як визнана господарським судом неспроможність боржника відновити свою платоспроможність за допомогою процедур санації та мирової угоди і погасити у встановленому порядку грошові вимоги кредиторів не інакше, як через застосування ліквідаційної процедури. Тобто банкрутство – це юридичний факт, що встановлюється в особливій процесуальній формі та оформляється за допомогою документа – постанови господарського суду. Банкрутом є боржник, неспроможність якого виконати свої грошові зобов'язання встановлена судом (ч. 1 ст. 37 Закону від 22 грудня 2011 р.). З погляду ж кваліфікації за ст. 219 КК банкрутство – це стійка фінансова неспроможність незалежно від того, чи встановлено такий факт у порядку господарського судочинства<sup>593</sup>.

тини від мінімального рівня, встановленого законом та (або) актами НБУ; 3) невиконання банком протягом 10 робочих днів після 10 і більше % своїх зобов'язань перед вкладниками та іншими кредиторами.

<sup>592</sup> Див., наприклад: Зеленев Г.М. Злочини, які порушують установлені порядок виникнення та виконання майнових зобов'язань (кримінально-правова характеристика): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 12; Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – С. 239; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 665.

<sup>593</sup> Диспозиція ст. 196 КК РФ, яка встановлює відповідальність за умисне банкрутство (рос. – «преднамеренное банкротство»), також сформульована таким чином, що не пов'язує злочинні дії винного з обов'язковим визнанням арбітражним судом юридичної особи або індивідуального підприємця банкрутом. В літературі констатується характерна для цього складу злочину відсутність обов'язкового зв'язку між заподіянням великої шкоди кредиторам і судовим визнанням боржника банкрутом (Кондрашина І.А. Ответственность за преднамеренное и фиктивное банкротство по уголовному законодательству России и зарубежных стран: Дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2006. – С. 51-52). У зв'язку з



Задля справедливості відзначимо, що у літературі з цього приводу зустрічається і інший підхід, суть якого зводиться до того, що треба очікувати підтвердження господарським судом факту неспроможності як необхідну підставу для порушення кримінальної справи за ст. 219 КК<sup>594</sup>. Стверджується, що доведення до банкрутства – це доведення підприємства до такого стану, коли щодо нього господарським судом запроваджено одну з процедур банкрутства. Після порушення кримінальної справи (наприклад, після введення судом щодо боржника процедури розпорядження майном) виникає колізія: банкрутства як такого ще немає, воно може бути визначено лише через рік – півтора, а може взагалі не настати, якщо компанія сплатить борги або боржник із кредитором укладуть мирову угоду, або справу про банкрутство буде припинено з інших підстав. За своєю правовою суттю усі процедури, крім ліквідації, є процедурами не банкрутства, а відновлення платоспроможності. Отже, на цьому етапі не може йтися про доведення до банкрутства як злочин. Тільки після винесення постанови господарського суду про визнання боржника банкрутом підприємство вважається доведеним до банкрутства. Одна лише велика матеріальна шкода державі чи кредиторам без наявності юридичного факту банкрутства не утворює об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 219 КК. Після закінчення провадження у справі про банкрутство у правоохоронних органах з'являються безспірні докази вчинення злочинів: наявність факту банкрутства, встановленого постановою суду; наявність розміру матеріальної шкоди, завданої кредиторам, що підтверджено звітом, ліквідаційним балансом та ухвалою господарського суду про припинення провадження у справі про банкрутство<sup>595</sup>.

Вважаємо однак, що якби для застосування ст. 219 КК вимагалось прийняття господарським судом постанови про визнання боржника банкрутом інколи пропонується таким чином змінити редакцію ст. 196 КК РФ, щоб у ній мова йшла тільки про умисне створення або збільшення неплатоспроможності юридичної особи або індивідуального підприємця без згадування про банкрутство (Ненайденко А.Г. Преднамеренное и фиктивное банкротства: актуальные проблемы уголовной ответственности: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – С. 13, 15, 95-98, 113).

<sup>594</sup> Чернявський С.С. Фінансове шахрайство: методологічні засади розслідування. – К.: «Хай-Тек Прес», 2010. – С. 169-170, 175. Одним із суспільно небезпечних наслідків доведення до банкрутства дослідник усвідомлює за П. Пригузою пропонує визнавати винесення судом ухвали про визнання суб'єкта банкрутом.

<sup>595</sup> Пригуза П. Об'єктивна сторона злочину при доведенні до банкрутства // Юридичний вісник України. – 23-29 вересня 2006 р. – № 38; Пригуза П. Підстави відповідальності за банкрутство та кваліфікація злочинів. Господарсько-правовий аспект // Вісник прокуратури. – 2007. – № 1. – С. 89-90; Пригуза Д. Підстави кримінальної відповідальності за банкрутство та кваліфікація злочинів // Вісник прокуратури. – 2007. – № 8. – С. 99-108.

крутом, то виникла б досить незвична ситуація: дії, що до моменту ухвалення такої постанови були незлочинними, надалі трансформувались б у кримінально карані, тобто постанові господарського суду надавалась ретроспективна сила у визначенні ознак складу аналізованого злочину. Переконані і в тому, що на кваліфікацію за ст. 219 КК не впливає і те, чи порушив господарський суд справу про банкрутство певного суб'єкта підприємництва.

Погоджуємось з О.Г. Фроловою у тому, що час вчинення дій, караних за ст. 219 КК, охоплює період, що триває до моменту порушення господарським судом провадження у справі про банкрутство<sup>596</sup>.

На нашу думку, господарсько-правове поняття банкрутства пов'язується з ліквідаційною процедурою (регулюється Розділом III Закону від 22 грудня 2011 р.), а з точки зору відповідальності за ст. 219 КК стійка фінансова неспроможність – це і власне банкрутство (банкрутство у господарсько-правовому розумінні цього поняття), і неплатоспроможність, яку можна подолати. Досягнення фінансово-господарського оздоровлення боржника в результаті застосування до нього тієї чи іншої судової процедури, відмінної від ліквідаційної процедури (йдеться про мирову угоду або санацію), саме по собі не може свідчити про відсутність стійкої фінансової неспроможності, а, отже, складу злочину «доведення до банкрутства».

З огляду на сказане і необхідність досягнення термінологічної узгодженості між кримінальним і регулятивним законодавством, пропонуємо замінити назву ст. 219 КК на іншу – «Доведення до неплатоспроможності», термін «стійка фінансова неспроможність» у диспозиції ст. 219 КК замінити поняттям «неплатоспроможність» і виключити з диспозиції цієї статті КК слова «Доведення до банкрутства, тобто...».

*Змінюючи вирок Дзержинського міського суду, яким директора ТОВ «Дзержинський молокозавод» Г. було засуджено за сукупністю злочинів, передбачених ст. 219 і ч. 2 ст. 364 КК, і скасовуючи засудження Г. за доведення до банкрутства через відсутність складу злочину, Апеляційний суд Донецької області виходив з того, що стійка фінансова неспроможність ТОВ «Дзержинський молокозавод» не була результатом умисних дій Г. як керівника цього підприємства. Із матеріалів кримінальної справи вбачається, що вказане підприємство не працювало вже тривалий час (починаючи з липня 1997 р.); його обладнання морально застаріло та розукомплектовано, для його відновлення потрібні значні кошти; спроможності сплатити будь-які послуги ТОВ не мало. Ще до призначення Г. директором ТОВ*

<sup>596</sup> Фролова О.Г. Вказана праця. – С. 8.

«Держинський молокозавод» щодо останнього за заявою місцевої ДПП господарським судом було порушено справу про банкрутство.

Разом з тим апеляційний суд визнав обґрунтованим інкримінування Г. ч. 2 ст. 364 КК за те, що вона, знаючи про стійку фінансову неспроможність ТОВ «Держинський молокозавод» і використовуючи своє службове становище з корисливих спонукань та іншої особистої заінтересованості, вчинила дії з передачі основних засобів очолюваного нею підприємства вартістю 876101 грн. директору ТОВ «Продукти України» Ж. та уклала з підприємцем С. договори про надання юридичних і консалтингових послуг на загальну суму 51200 грн., за які ТОВ не в змозі було розрахуватись. Тим самим Г. суттєво погіршила фінансово-господарське становище ТОВ і завдала шкоди його кредиторам<sup>597</sup>.

Матеріальна шкода вважається великою, якщо вона у п'ятсот і більше разів перевищує НМДГ (примітка до ст. 219 КК)<sup>598</sup>.

Велика матеріальна шкода при вчиненні аналізованого злочину може бути завдана одному кредитору, кільком кредиторам або іншим особам і, відповідно, бути сумарною. У зв'язку з цим диспозицію ст. 219 КК бажано уточнити відповідним чином.

Під час визначення шкоди необхідно керуватись положеннями ст. 623 ЦК і ст. ст. 224, 225 ГК, які регламентують склад і розмір збитків, завданих порушенням зобов'язань.

При кваліфікації за ст. 219 КК мають бути враховані як реальні збитки, так і упущена вигода. При цьому упущена вигода може бути врахована за умов, що: вона викликана суспільно небезпечною поведінкою винної особи; є причинний зв'язок між діянням і упущеною вигодою; ці наслідки охоплювалися умислом винної особи.

Якщо у боржника є майнові активи, що підлягають продажу в ліквідаційній процедурі для часткового задоволення вимог кредиторів, розмір шкоди кредиторам можна визначити після затвердження господарським судом звіту ліквідаційного балансу банкрута. Якщо у боржника такі майнові активи відсутні, розмір шкоди кредиторам можна встановити в період здійснення ліквідаційної процедури до затвердження ліквідаційного балансу<sup>599</sup>.

<sup>597</sup> Архів Держинського міського суду Донецької області. Справа № 1-589 за 2005 р.

<sup>598</sup> Визначення у кримінальному законі складів злочинів, пов'язаних з банкрутством, як матеріальних створює серйозні перешкоди, іноді нездоланні, для порушення кримінальної справи (наприклад, у випадку застосування відновлювальних процедур) (Клепицький І.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – С. 302).

<sup>599</sup> Пригуза П. Об'єктивна сторона злочину при доведенні до банкрутства // Юридичний вісник України. – 23–29 вересня 2006 р. – № 38.

Вказівка на виключно матеріальний характер великої шкоди як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складу злочину не дозволяє кваліфікувати за ст. 219 КК випадки доведення до банкрутства, що супроводжувались, наприклад, такими суспільно небезпечними наслідками, як масове захворювання працівників підприємства-банкрута, масові звільнення з роботи, припинення виробництва продукції, необхідної для певного регіону, психічне захворювання або самогубство кредитора.

Доведення до банкрутства у частині дій, якими завдано шкоду кредиторам (треба так розуміти – відмінним від державних органів), віднесено до кримінальних правопорушень, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення (ст. 477 КПК 2012 р.).

**Суб'єкт** злочину є спеціальним: це громадянин – засновник (учасник) суб'єкта господарської діяльності або службова особа такого суб'єкта.

Засновник (учасник) як суб'єкт доведення до банкрутства може займати у суб'єкті господарської діяльності будь-яке службове становище.

Засновником (учасником) суб'єкта господарської діяльності здатна виступити не лише фізична особа (або, як зазначено, у ст. 219 КК громадянин), а й юридична особа, яка, наприклад, може створити дочірнє підприємство. Законодавча вказівка на те, що засновником (учасником) суб'єкта господарської діяльності виступає саме громадянин, унеможлиблює кримінальну відповідальність за доведення до банкрутства, іноземців та осіб без громадянства<sup>600</sup>, а також, наприклад, службових осіб органів, уповноважених управляти державним або комунальним майном, якщо зазначені у ст. 219 КК дії вчинено щодо суб'єктів господарської діяльності державної та комунальної власності. Отже, у випадку, коли засновником юридичної особи є інша юридична особа, притягнути службових осіб останньої до кримінальної відповідальності за ст. 219 КК немає можливості, оскільки відсутній належний суб'єкт (громадянин – засновник суб'єкта господарювання), і це треба визнати вадою чинного КК.

Якщо об'єктивна сторона розглядуваного злочину виконана декількома особами з числа вказаних вище спеціальних суб'єктів, питання про притягнення їх до відповідальності за ст. 219 КК потрібно вирішувати з урахуванням компетенції винних осіб та організаційно-правової форми суб'єкта господарювання

У тому разі, коли особа діяла, виконуючи обов'язкове для неї рішення колективного органу

<sup>600</sup> Виходячи зі змісту ч. 2 ст. 55 ГК, засновниками суб'єкта господарської діяльності можуть бути не тільки громадяни України, а й іноземці та особи без громадянства.

управління, питання про кримінально-правову оцінку її поведінки має вирішуватись з огляду на інститут виконання наказу чи розпорядження (ст. 41 КК).

Якщо доведення до банкрутства стає результатом виконання рішення колегіального органу, яке є остаточним і обов'язковим, кожний учасник такого органу, котрий голосуванням чи в інший спосіб сприяв його прийняттю, має нести кримінальну відповідальність як виконавець злочину<sup>601</sup>. Не повинен відповідати за доведення до банкрутства той учасник господарського товариства, який голосував проти ухвалення рішення, що призвело до виникнення стійкої фінансової неспроможності товариства.

Визначаючи коло виконавців злочинного доведення до банкрутства, слід враховувати, що: 1) боржником не можуть бути відокремлені підрозділи юридичної особи – філії, представництва, відділення тощо (ст. 1 Закону від 22 грудня 2011 р.); 2) положення відповідного регулятивного законодавства не застосовуються до юридичних осіб – казенних підприємств (ч. 5 ст. 2 Закону від 22 грудня 2011 р.); 3) арбітражний керуючий з моменту винесення ухвали (постанови) господарського суду про призначення його розпорядником майна, керуючим санацією або ліквідатором до моменту припинення здійснення ним повноважень прирівнюється до службової особи підприємства – боржника (ч. 1 ст. 4 Закону від 22 грудня 2011 р.). Разом з тим арбітражний керуючий, на нашу думку, не здатен виконати об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 219 КК, оскільки стійка фінансова неспроможність суб'єкта підприємницької діяльності як один з обов'язкових наслідків доведення до банкрутства виникає (треба так розуміти) ще до призначення арбітражного керуючого господарським судом.

Не визнається суб'єктом розглядуваного злочину фізична особа – підприємець при тому, що така особа може бути визнана боржником (за зобов'язаннями, що виникли у неї у зв'язку зі здійсненням підприємницької діяльності), а ст. 90–92 Закону від 22 грудня 2011 р. встановлюють особливості визнання банкрутами приватних підприємців, які здійснюють свою діяльність без створення юридичної особи. Оскільки фізична особа – підприємець може умисно довести себе до банкрутства та з використанням відповідних процедур списати з себе борги та уникнути покладених на нього зобов'язань, удосконалена ст. 219 КК має передбачати відповідальність і такої особи за доведення до неплатоспроможності.

Відповідно до ст. 62 ГК підприємства можуть

створюватись як для здійснення підприємництва, так і для некомерційної господарської діяльності. Згідно з ч. 1 ст. 52 ГК некомерційне господарювання – це самостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку (наприклад, підприємства об'єднань громадян і релігійних організацій, споживчі та обслуговуючі кооперативи, казенні підприємства, товарні біржі). При цьому за Законом від 22 грудня 2011 р. боржником визнається лише суб'єкт підприємницької діяльності. На відміну від попереднього законодавства, присвяченого відновленню платоспроможності боржника або визнанню його банкрутом, цей Закон не містить положень про його застосування і щодо тих юридичних осіб, які не є суб'єктами підприємництва, наприклад, споживчих товариств, благодійних чи інших фондів. У зв'язку з цим навряд чи виправдано використовувати у тексті ст. 219 КК словосполучення «суб'єкт господарської діяльності». До речі, відповідно до ч. 3 ст. 215 ГК умисним банкрутством визнається стійка неплатоспроможність *суб'єкта підприємництва*, спричинена цілеспрямованими діями власника майна або посадової особи *суб'єкта підприємництва*, якщо це завдало істотної матеріальної шкоди охоронюваному законом інтересам держави, суспільства або кредиторів<sup>602</sup>.

Чинна редакція ст. 219 КК не містить застереження про те, що винний своєю поведінкою зумовлює стійку фінансову неспроможність саме того суб'єкта господарської діяльності, засновником (учасником) або службовою особою якого він є. Цілоком очевидно, що вкрай несприятливе фінансове становище певного суб'єкта підприємництва може бути викликано поведінкою сторонніх щодо цього суб'єкта осіб, включаючи учасників і службових осіб інших юридичних осіб – суб'єктів господарської діяльності. З'ясована невизначеність з питання про коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за доведення до банкрутства, має усуватись у законодавчому порядку<sup>603</sup>.

<sup>602</sup> Щоправда, з урахуванням того, що лише КК визнає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами, та їх кримінально-правові наслідки (ч. 2 ст. 1, ч. 3 ст. 3 КК), закріплені у ст. 215 ГК норми, які встановлюють власні ознаки злочинів, пов'язаних із банкрутством (наразі – це лише один злочин, передбачений ст. 219 КК), не мають жодного правового значення, а тому мають бути виключені із ГК.

<sup>603</sup> До речі, І.О. Кондрашина пропонує доповнити ст. 196 КК РФ частиною 2, яка б визнавала злочином, відмінним від традиційного умисного банкрутства, умисне вчинення керівником або засновником юридичної особи чи індивідуальним підприємцем дій (бездіяльності), спрямованих на заподіяння великої шкоди з метою

<sup>601</sup> Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 287.



**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною формою вини: особа усвідомлює, що своїми діями здатна викликати стійку фінансову неспроможність суб'єкта господарювання, передбачає настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді великої матеріальної шкоди державі чи кредиторам і бажає настання таких наслідків (прямий умисел) або ставиться до їх настання байдуже (непрямий умисел)<sup>604</sup>. Вчиняючи певні дії, спрямовані на досягнення стійкої фінансової неспроможності суб'єкта господарської діяльності, винна особа не може хоча б у загальних рисах не передбачати, що в результаті досягнення першого злочинного наслідку є загроза заподіяння і другого злочинного наслідку. Адже вона розуміє, що своїми діями умисно створює такий фінансовий стан, за якого суб'єкт господарювання самостійно не може розрахуватися зі своїми кредиторами через недостатність належного йому майна для повного задоволення усіх вимог.

При доведенні до банкрутства, звичайно, складно доказати, що особа бажає довести суб'єкт господарської діяльності до стійкої фінансової неспроможності. На практиці про бажання досягнути злочинного результату у вигляді банкрутства може свідчити: неодноразове вчинення певних дій, що призводять до ослаблення фінансової стабільності суб'єкта підприємництва; вчинення однорідних або різних, але погоджених дій кількома суб'єктами підприємництва, що перебувають між собою в господарських зв'язках або займаються аналогічною діяльністю; укладення угод, що вже на момент їх укладення були завідомо збитковими або економічно не виправданими, тощо<sup>605</sup>.

В російській літературі висловлено думку про те, що для злочинів, передбачених ст. ст. 195–197 КК РФ, характерним є лише прямий умисел. Стверджується, що визнання можливості вчинення злочинів, пов'язаних із банкрутством, із непрямим умислом суперечить самій природі заснованої на ризику і невизначеності

створення неплатоспроможності *іншої* юридичної особи або індивідуального підприємця. Стверджується, що криміналізація зазначеної поведінки матиме превентивний вплив на суб'єктів господарського обороту, які умисно ухиляються від виконання зобов'язань перед контрагентами (Кондрашина І.А. Вказана праця. – С. 87–88).

<sup>604</sup> В юридичній літературі не виключається необережне ставлення до заподіяння великої матеріальної шкоди державі чи кредиторам як кінцевого наслідку доведення до банкрутства (Фролова О.Г. Вказана праця. – С. 16; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 3 кн. / за заг. ред. Гончаренка В.Г., Андрушка П.П. – К.: ФОРУМ, 2005. – Кн. 2. – 2005. – С. 507; Киричко В.М., Перепелиця О.І. Вказана праця. – С. 240).

<sup>605</sup> Бенедисюк І. Кримінальна відповідальність за доведення до банкрутства // Вісник податкової служби України. – 2000. – № 19. – С. 56.

підприємницької діяльності, оскільки будь-який підприємець, починаючи справу, допускає можливість невдачі, краху, а, отже, ставиться до своєї неспроможності з непрямим умислом<sup>606</sup>. Якщо сприйняти таку логіку, то запроваджувати кримінальну відповідальність за діяння, пов'язані з банкрутством, взагалі недоречно, позаяк стан невизначеності і ризик зазнати майнових втрат за умов непередбачуваної економічної кон'юнктури, справді, іманентно притаманний підприємництву. Обмежувальне тлумачення кримінального закону (доведення до банкрутства може бути вчинене лише з прямим умислом) видається неприйнятним і з урахуванням того, що у цьому злочині потрібно встановлювати психічне ставлення не лише щодо фінансової неспроможності суб'єкта господарської діяльності, а й щодо великої матеріальної шкоди, завданої кредиторам або державі.

Такі, наприклад, дії, як недбалий вибір контрагентів, недбале ведення фінансової документації, реалізація ризикованого інвестиційного проекту, охоплюються не умисною, а необережною формою вини, у зв'язку з чим відповідальність за ст. 219 КК тягнути не повинні.

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони доведення до банкрутства є *мотив* – корисливий спонукання, інша особиста заінтересованість, прагнення задовольнити інтереси третіх осіб. Вказівку на мотиви зі ст. 219 КК варто виключити, оскільки вона безпідставно завантажує законодавче визначення складу злочину, не є конкретизуючою – такою, що обмежує коло можливих спонукань.

Конкретно мотиви, якими керуються особи, умисно створюючи неплатоспроможність боржника, можуть бути різними: бажання ухилитись від повернення боргу чи від сплати податків та інших обов'язкових платежів<sup>607</sup>; прагнення приховати нецільове використання кредитних коштів; бажання добитись ліквідації чи реорганізації юридичної особи або її санації; бажання знизити вартість майна підприємства в процесі його

<sup>606</sup> Михалёв И.Ю. Кримінальное банкротство. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – С. 168–171.

<sup>607</sup> Умисне банкрутство, не дивлячись на відсутність у ст. 196 КК РФ вказівки на спеціальну мету – несплату податків, нерідко є нічим іншим, як ухиленням від оподаткування (Гудков Ф.А. Правовые границы налоговых схем // Ваш налоговый адвокат. – 2004. – № 2. – С. 73; Корчагин А.Г. Преступления в сфере экономики и экономическая преступность. Монография. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 2001. – С. 90–91). Казахський дослідник А.К. Айкімбаєв пропонує використовувати мету «ухилення від сплати податків» як кваліфікуючу ознаку у тих статтях КК, що передбачають відповідальність за посягання на фінансові інтереси держави, включаючи умисне банкрутство (Айкімбаєв А.К. Проблемы борьбы с уклонением от уплаты налогов в Республике Казахстан: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Караганда, 2000. – С. 10–11).

приватизації та (або) придбати підприємство на пільгових умовах; прагнення особисто збагатитись, помститись, завдати неприємностей власнику підприємства, догодити іншим особам, отримати взаємну послугу, приховати розкрадання майна або власний непрофесіоналізм, усунути юридичну особу – конкурента з ринку тощо.

Головою ВАТ «Ємільчинське районне підприємство по виробничо-технічному і матеріальному забезпеченню сільськогосподарського виробництва «Райагропромтехніка» за період з 2005 р. по 2006 р. безпідставно за заниженою вартістю було реалізовано майно підприємства. Договори про реалізацію майна підприємства були фіктивно проведені через збори акціонерів, про що були складені підроблені протоколи зборів. Майно ВАТ «Райагропромтехніка» продане близьким до голови цього ВАТ фірмам, які надалі реалізували це майно за реальною ринковою вартістю. Внаслідок таких угод ВАТ «Райагропромтехніка» понесло суттєві збитки, його акції дуже знизилися в ринковій вартості. Голова ВАТ «Райагропромтехніка», використовуючи кошти, отримані від різниці по продажу майна, придбав більшість акцій підприємства, ставши фактично господарем ВАТ «Райагропромтехніка». Своїми злочинними діями голова ВАТ «Райагропромтехніка» заподіяв збитків підприємству на 1 589 000 грн.<sup>608</sup>

Дискусійною є проблема встановлення кримінальної відповідальності за необережне банкрутство. Злободенність цієї проблеми посилюється у зв'язку з очевидними труднощами встановлення і доказування умислу як обов'язкової суб'єктивної ознаки складу злочину «доведення до банкрутства». Питання, наскільки виправдано в сучасних умовах не застосовувати кримінально-правову репресію, наприклад, до бізнесмена, який внаслідок легковажного витрачання коштів на надання безвідсоткових позик родичам і знайомим або інших подібних діянь завдає майнової шкоди своїм кредиторам, на сьогодні в Україні залишається відкритим.

Відповідний зарубіжний досвід є неоднозначним. В одних країнах, (наприклад, Іспанії, Франції, США) злочинами, пов'язаними з банкрутством, є тільки ті кримінально карані діяння, що вчинюються умисно. Водночас кримінальне законодавство Австрії, ФРН і Швейцарії встановлює відповідальність не лише за злісне (умисне або шахрайське) банкрутство, а й за просте банкрутство, суб'єктивна сторона якого характеризується здебільшого необережною формою вини. Криміналізація необережного банкрутства пояснюється, по-перше, тим, що недба-

ла поведінка боржника у сфері підприємництва порушує добросовісні зобов'язання, які боржник покладає на себе для захисту інтересів своїх кредиторів, по-друге, тим, що неспроможність боржника і заподіяння майнової шкоди кредиторам є закономірним результатом неправомірної поведінки суб'єкта<sup>609</sup>. Кримінально караним банкрутством, вчиненим із необережності, визнається така поведінка: надмірні, нерентабельні витрати боржника, що не відповідають його майновому становищу та елементарним правилам обачності; незадовільне розміщення капіталу; легковажне використання наданого кредиту; отримання у борг нових сум особою, яка знає або повинна знати про свою неплатоспроможність; надання легковажних гарантій; укладення збиткової або спекулятивної угоди з товарами або цінними паперами, що не відповідає вимогам належного ведення господарської практики, тощо.

Звертає на себе увагу широке використання зарубіжним законодавцем оціночних ознак. В літературі з цього приводу зазначається, що висновок про належну добросовісність робиться шляхом зіставлення з моделлю «добросовісного і розсудливого підприємця». Суддя має подумки поставити себе на місце суб'єкта під час вчинення діяння і виходити з того, як поводити би себе в цій ситуації сумлінний і розсудливий підприємець<sup>610</sup>. Поряд з цим законодавство передбачає певні обмеження для притягнення особи до кримінальної відповідальності саме за необережне банкрутство<sup>611</sup>.

Не викликає сумнівів, що регламентація у КК необережного банкрутства як окремого господарського злочину можлива тільки за результатами глибокої кримінологічної та соціальної оцінки такої поведінки. Конструктивною видається ідея обмежити коло суб'єктів необережного банкрутства (звичайно, у випадку його криміналізації) лише керівниками фінансових установ, містоутворюючих та інших підприємств, що мають важливе державне чи громадське значення, наприклад, стратегічних та особливо небезпечних<sup>612</sup>.

Насамкінець зауважимо, що кримінально-

<sup>609</sup> Тимербулатов А.Х. Защита прав кредиторов в уголовном законодательстве Австрии, ФРГ и Швейцарии /

<sup>610</sup> Там само. – С. 99.

<sup>611</sup> Про зарубіжний і власний історичний досвід, пов'язаний із запровадженням кримінальної відповідальності за необережне банкрутство, див., наприклад: Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 616-620.

<sup>612</sup> Тимербулатов А. Неосторожное банкротство как противоправное деяние // Законность. – 2000. – № 11. – С. 4; Болдарь Г.Е. Незаконні дії у разі банкрутства: проблеми кримінально-правової кваліфікації: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2007. – С. 14.

<sup>608</sup> Архів Ємільчинського районного суду Житомирської області. Кримінальна справа № 1-22 за 2007 р.

правова оцінка необережної поведінки службових осіб суб'єктів підприємництва (у т.ч. названих керівників) – поведінки на кшталт вчинення ризикованих правочинів, необґрунтованих витрат і видачі незабезпечених кредитів в Україні можлива на підставі ст. 367 КК («Службова недбалість»).

**Шахрайство з фінансовими ресурсами** (ст. 222 КК). **Безпосереднім об'єктом** злочину є встановлений законодавством порядок фінансування потреб суб'єктів господарювання і фізичних осіб, які не є такими суб'єктами, права кредиторів<sup>613</sup>, система оподаткування.

Деякі автори і після внесення до ст. 222 КК змін на підставі Закону від 22 вересня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» об'єктом шахрайства з фінансовими ресурсами продовжують визнавати встановлений законодавством порядок фінансування і кредитування господарської діяльності, права та законні інтереси кредиторів<sup>614</sup>. З урахуванням розширення сфери застосування аналізованої кримінально-правової заборони, здійсненого законодавцем, визначення безпосереднього об'єкта шахрайства з фінансовими ресурсами не може обмежуватись встановленим порядком фінансування лише господарської діяльності. Крім цього, з огляду на наявність у ч. 1 ст. 222 КК вказівки на пільги щодо податків, невиправданим є ігнорування податкової складової суспільної небезпеки злочину, передбаченого цією нормою КК.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає в активній поведінці – у наданні органам державної влади, органам влади АРК чи органам місцевого самоврядування, банкам, іншим кредиторам завідомо неправдивої інформації з метою одержання субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг щодо податків.

*Бердянський районний суд Запорізької області за ч. 1 ст. 366 КК за службове підроблення засудив голову правління КСП «Прогрес» Г. З метою погашення заборгованості КСП перед Бердянськими районними електричними мережами за спожиту електроенергію Г. підписав і*

<sup>613</sup> Основним безпосереднім об'єктом шахрайства з фінансовими ресурсами (у частині надання завідомо неправдивої інформації кредиторам) Г.М. Зеленов вважає кредитні господарсько-договірні зобов'язання (Зеленов Г.М. Злочини, які порушують установленний порядок виникнення та виконання майнових зобов'язань (кримінально-правова характеристика): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 5, 10).

<sup>614</sup> Особливості кваліфікації та організація розслідувань злочинів, пов'язаних із незаконним одержанням банківського кредиту: метод. рекомендації / За заг. ред. О.М. Джужі. – К., 2012. – С. 7.

*засвідчив печаткою КСП протокол-реєстр про проведення заліку взаємної заборгованості з ПП «Запоріжбудсервіс». Останнє, отримавши для проведення взаємозаліку у Енергодарському відділенні Промінвестбанку одноденний кредит на суму понад 89000 грн., погасило заборгованість КСП за електроенергію, за що КСП розрахувалось, поставивши ПП з листопада 1999 р. по квітень 2000 р. сільськогосподарську продукцію на суму заборгованості. Розглянувши справу, суд зробив висновок про безпідставність обвинувачення Г. за статтею КК про відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами і виправдав його за ч. 2 ст. 148-5 КК 1960 р., інкримінованою слідчим<sup>615</sup>.*

Позиція суду є правильною, оскільки з матеріалів кримінальної справи випливає, що сфальсифікований протокол-реєстр з метою отримання кредиту до банку подавав не Г., а директор ПП «Запоріжбудсервіс» Д., який і повинен (за наявності всіх ознак складу злочину) визнаватись виконавцем шахрайства з фінансовими ресурсами. Стосовно ж Г. слідству варто було з'ясувати питання про можливу співучасть голови правління КСП у формі пособництва у злочині, вчиненому Д.

Відповідно до ст. 2 Закону «Про банки і банківську діяльність» банком визнається юридична особа, яка на підставі банківської ліцензії має виключне право надавати банківські послуги, відомості про яку внесені до Державного реєстру банків. Банки здійснюють у сукупності такі операції, як залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб.

До інших кредиторів належать відмінні від банків фінансові установи, наприклад, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії. Згідно зі ст. 1 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» фінансовою установою визнається юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг та яка внесена до відповідного реєстру. Фінансові послуги – це операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

<sup>615</sup> Архів Бердянського районного суду Запорізької обл. Справа № 1-187 за 2001 р.



Відповідальність за ст. 222 КК виключається у разі, коли обман має пасивний характер і полягає у приховуванні інформації, яку особа зобов'язана була повідомити на підставі закону чи договору.

*З метою отримання кредиту підприємство подало у банк пакет документів. Серед них не було довідки про відсутність заборгованості підприємства перед бюджетом. Головна бухгалтера пояснила цю обставину зволіканням з боку податківців. Враховуючи тривалі стосунки підприємства з банком, останній видав кредит без вказаної довідки, зобов'язавши надати її згодом. Після видачі кредиту банку стало відомо про значну заборгованість підприємства на момент отримання ним кредиту. Головного бухгалтера не було притягнуто до кримінальної відповідальності за ст. 222 КК на тій підставі, що обман банку з її боку носив пасивний характер<sup>616</sup>.*

Натомість § 265 b КК ФРН («Шахрайство, пов'язане з отриманням кредиту») передбачає покарання не лише за надання підприємству або організації з метою отримання кредиту неправильних або неточних відомостей, значущих для прийняття відповідного рішення, а й за неповідомлення про погіршення господарської ситуації, відображеної у раніше поданих документах та інших відомостях, якщо це мало значення для прийняття рішення про кредитування та його умови. Відповідно до § 264 КК ФРН злочин визначається і поведінка особи, яка всупереч правовим приписам про надання субвенцій залишає в невіданні орган надання субвенцій про факти, значущі для надання субвенцій<sup>617</sup>.

§ 2 ст. 297 КК Польщі визнає злочинцем того, хто всупереч покладеним на нього обов'язкам не повідомляє у відповідний орган або установу про виникнення обставин, які можуть вплинути на зупинення або обмеження розміру наданого кредиту, банківської позички, кредитного поручительства, дотації, субвенції або публічного замовлення. Ст. 273 КК Білорусі як форму вимагання кредиту чи дотації виокремлює умисне неповідомлення індивідуальним підприємцем або посадовою особою юридичної особи кредиторю або органу, що виділив дотацію, інформації про виникнення обставин, які тягнуть зупинення кредитування чи дотування.

Інколи стверджується, що предметом злочину, передбаченого ст. 222 КК, України, виступають субсидії, субвенції, дотації, кредити або

пільги щодо оподаткування<sup>618</sup>. На нашу думку, фінансові ресурси, вказані у ч. 1 ст. 222 КК, безпідставно визнавати предметом передбаченого цією нормою злочину, позаяк їх одержання винесено за межі основного складу злочину «шахрайство з фінансовими ресурсами». Відтак, винний об'єктивно позбавлений можливості впливати на ці фінансові ресурси під час вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 222 КК<sup>619</sup>.

Під дотацією розуміють грошові кошти, які на безоплатній основі надходять з бюджету. Дотація застосовується в Україні не лише як метод бюджетного регулювання у разі перевищення видатків нижчих бюджетів над їхніми доходами (наприклад, дотації вирівнювання місцевим бюджетам<sup>620</sup>), а й як допомога, що надається підприємствам, зокрема, для покриття збитків від їх господарської діяльності (дотації можуть надаватись суб'єктам господарювання, що опинились у критичній соціально-економічній або екологічній ситуації, з метою фінансування капіталовкладень на рівні, необхідному для підтримання їх діяльності). Видом дотації є компенсація або доплати сільськогосподарським товаровиробникам за сільськогосподарську продукцію, що реалізується ними державі.

*Будучи головою сільськогосподарського кооперативу «Жабинський» і знаючи про наявність у кооперативу заборгованості з податку на доходи фізичних осіб на загальну суму 37000 грн., вказана службова особа з метою одержання дотації звернулася з відповідною заявою до управління сільського господарства Зборівської райдержадміністрації і подала при цьому завідомо неправдиві відомості про відсутність у підприємства податкового боргу. В результаті кооператив був включений до реєстру сільськогосподарських підприємств, що мають право на одержання бюджетних коштів, а згодом отримав дотацію у розмірі 3500 грн., які були витрачені на потреби кооперативу. Суд кваліфікував дії підсудної за ч. 1 ст. 222 КК, розцінивши їх як шахрайство з фінансовими ресурсами – надання службовою особою суб'єкта господарської діяльності завідомо неправдивої інформації органу державної влади з метою одержання дотації<sup>621</sup>.*

<sup>618</sup> Курман О.В. Методика розслідування шахрайства з фінансовими ресурсами: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2002. – С. 17.

<sup>619</sup> Мойсик В.Р. Кримінальна відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами в Україні: аналіз правотворчості і правозастосування: Монографія. – К.: Атіка-Н, 2010. – С. 47-48, 52.

<sup>620</sup> Дотація вирівнювання – це міжбюджетний трансферт на вирівнювання дохідної спроможності бюджету, який його отримує (ст. 2 БК). Див. також ст. 98 і ст. 99 БК.

<sup>621</sup> Архів Зборівського районного суду Тернопільської області. Справа № 1-51 за 2007 р.

<sup>616</sup> Чернявський С.С. Фінансове шахрайство: методологічні засади розслідування. – К.: «Хай-Тек Прес», 2010. – С. 321.

<sup>617</sup> Більш детально про це див.: Берзін П. Злочинні діяння, пов'язані з незаконним одержанням і використанням субвенцій, за кримінальним законодавством Федеративної Республіки Німеччини // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 3. – С. 70-74.

На відміну від дотації, субвенція є різновидом тієї грошової допомоги, яка спрямовується на фінансування певного заходу, проекту, програми і підлягає поверненню у разі нецільового використання коштів. Відповідно до ст. 2 БК субвенції – це міжбюджетні трансферти для використання на певну мету в порядку, визначеному органом, який прийняв рішення про надання субвенції<sup>622</sup>.

Субсидією визнається допомога у грошовій або натуральній формах, яка надається державою місцевим органам влади, фізичним або юридичним особам, у т.ч. суб'єктам господарювання, і спрямовується на фінансування конкретних заходів, напрямів економічної і соціальної діяльності, бажаних для суспільства (наприклад, на фундаментальні наукові дослідження, створення нових робочих місць, перепідготовку кадрів, виробництво певного виду продукції). Це може бути і субсидія для відшкодування витрат на оплату користування житлом або його утримання та комунальних послуг, а також на придбання скрапленого газу, твердого та рідкого пічного побутового палива.

Кредит – це надання одним суб'єктом (кредитором) позички у грошовій або натуральній формах іншому суб'єктові (позичальнику) на умовах повернення її у встановлений термін і, за загальним правилом, поєднане зі сплатою відсотків. Потрібно розрізняти такі форми кредиту: фінансовий, у т.ч. банківський, міжбанківський, комерційний (товарний), державний, споживчий, лізинговий, іпотечний, бланковий, консорціумний, кредит під цінні папери тощо. Різновидом кредиту є кредити з бюджету і бюджетні позички, оскільки кошти з бюджету надаються на умовах повернення, платності і строковості.

На кваліфікацію за ст. 222 КК не впливає форма надання банківського кредиту – готівкова чи безготівкова.

Так, директор ТОВ «Тучне» С. з метою незаконного отримання товарного кредиту уклав з директором державного підприємства «Агросервіс» договір купівлі-продажу насінневого ячменю на загальну суму 72139 грн. на умовах товарного кредиту з виплатою відсотків за користування кредитом. Того ж дня між вказаними службовими особами для забезпечення товарного кредиту було укладено договір застави майбутнього врожаю ТОВ «Тучне», а також насіння ячменю врожаю 2002 р. на загальну суму 12234 грн. Укладаючи вказані договори, С. приховав, що предмет договору застави вже знаходиться у податковій заставі, а також те, що він не має права одно-

особово приймати рішення про передачу майна в заставу. В результаті вказаних дій ТОВ «Тучне» отримало насінневого ячменю на загальну суму 72139 грн. У строк, зазначений в договорі, товарний кредит і відсотки за користування ним не були погашені, а державному підприємству «Агросервіс» була заподіяна матеріальна шкода, яка у 3537 разів перевищує НМДГ С. Був визнаний винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 222 КК<sup>623</sup>.

Не утворює складу розглядуваного злочину надання завідомо неправдивої інформації фізичній особі – позикодавцю з метою одержати грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками. Зроблений висновок впливає з того, що глава 71 ЦК України розмежує, з одного боку, договір позики та, з іншого, кредитний договір, за яким банк або інша фінансова установа зобов'язується надати позичальнику кредит. А в ч. 1 ст. 222 КК згадується саме кредит, а не позика.

Пільга щодо податків – це передбачене податковим та митним законодавством звільнення платника податків від обов'язку щодо нарахування та сплати податку, а також сплата податку у меншому розмірі за наявності визначених законодавством підстав. Такими підставами є особливості, що характеризують певну групу платників податків, вид їх діяльності, об'єкт оподаткування, характер або суспільне значення здійснюваних платниками витрат. Поняття пільги щодо податків, яке фігурує у ст. 222 КК, не є тотожним вжитому у ст. 30 ПК поняттю податкової пільги, оскільки останнє охоплює і пільги щодо зборів.

У ст. 222 КК мова йде лише про податки тоді, як у ст. 212 КК для позначення предмета злочину використовується інше формулювання – податки, збори (обов'язкові платежі), що входять в систему оподаткування. А це ставить запитання про те, за якою статтею КК треба кваліфікувати обманне використання одержаної пільги зі сплати збору, який у систему оподаткування входить, проте податком не визнається. Вочевидь, за ст. 212 КК.

Держава, використовуючи податкові пільги як альтернативу дотаціям, субсидіям, іншим варіантам бюджетного фінансування та пільговому кредитуванню, прагне досягнути певних соціально-економічних цілей (зміни в структурі виробництва, стимулювання пріоритетних сфер діяльності, залучення інвестицій, регулювання інфляційних та інноваційних процесів, підтримка осіб і організацій, які потребують посиленого соціального захисту, тощо).

Всі податкові пільги мають спільну рису –

<sup>622</sup> Субвенціям присвячено статті 98–107 БК. Постановою КМУ від 6 лютого 2012 р. від 6 лютого 2012 р. затверджено Порядок та умови надання субвенції з державного бюджету місцевим бюджетам на здійснення заходів щодо соціально-економічного розвитку окремих територій.

<sup>623</sup> Архів Білопольського районного суду Сумської області. Справа № 1-3 за 2004 р.

це скорочення розміру або перенесення строків погашення податкових зобов'язань платників податків. Пільги щодо податків поділяються на: 1) вилучення (характеризуються виведенням з-під оподаткування окремих об'єктів чи предметів); 2) скидки (означають скорочення податкової бази); 3) звільнення (у формі зниження податкової ставки, податкових канікул тощо). Відповідно до ст. 30 ПК податкова пільга надається шляхом: податкового вирахування (знижки), що зменшує базу оподаткування до нарахування податку та збору; зменшення податкового зобов'язання після нарахування податку та збору; встановлення зниженої ставки податку та збору; звільнення від сплати податку та збору. Суми податку та збору, не сплачені суб'єктом господарювання до бюджету у зв'язку з отриманням податкових пільг, обліковуються таким суб'єктом – платником податків<sup>624</sup>.

Податкові пільги, порядок та підстави їх надання встановлюються ПК, рішеннями Верховної Ради АРК та органів місцевого самоврядування. При цьому сільським, селищним і міським радам не дозволяється встановлювати індивідуальні пільгові ставки місцевих податків і зборів для окремих категорій юридичних і фізичних осіб або звільняти їх від сплати таких податків та зборів (ст. 212 ПК). Відповідно до ст. 26 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» до виключної компетенції сільських, селищних, міських рад віднесено, зокрема, прийняття рішень щодо надання пільг по місцевих податках і зборах, а також земельному податку. Звільнення від оподаткування митом регламентується ст. ст. 282–284 МК.

Кримінально-правова оцінка використання особою податкової пільги, регламентованої не у ПК і МК, має ґрунтуватись на закріпленій у ст. 4, ст. 56 ПК і ч. 4 ст. 3 МК презумпції правомірності рішень платника податків. Про неї мова йшла вище – при аналізі складу злочину, передбаченого ст. 212 КК. Крім цього, тлумачення на свою користь суперечливих законодавчих приписів щодо пільгового оподаткування може свідчити про відсутність у поведінці платника податків (його службової особи) умислу як обов'язкової суб'єктивної ознаки складів злочинів, передбачених статтями 222 і 212 КК. Водночас варто зауважити, що останнім часом законодавець інтенсивно позбавляється норм, закріплених не у ПК і присвячених податковим пільгам (див., наприклад, Закон від 24 грудня 2010 р. «Про вне-

<sup>624</sup> Перелік податкових пільг, передбачених законодавством, регулярно затверджується ДПС у вигляді Довідника. Порядок обліку сум податків та зборів, не сплачених суб'єктом господарювання до бюджету у зв'язку з отриманням податкових пільг, затверджений постановою КМУ від 27 грудня 2010 р. № 1233.

сення змін до Бюджетного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України»).

Надання інформації у плані відповідальності за ст. 222 КК – це надіслання або інша передача (вручення) документації відповідному підрозділу банку чи його уповноваженому співробітнику, державному органу в будь-який спосіб: поштою, телеграфом, посильним тощо і фіксування факту легального одержання саме такого роду документів<sup>625</sup>.

Надання завідомо неправдивої інформації, передбачене ч. 1 ст. 222 КК, – це обман держави або кредиторів, який набуває письмової форми і супроводжується використанням підроблених документів. Неможливо вчинити шахрайство з фінансовими ресурсами шляхом усного обману, особистих запевнень, іншим способом, не пов'язаним із наданням належному адресатові певних документів, у т.ч. в електронному вигляді.

В.Р. Мойсик пише, що інформація, яка подається з метою одержання фінансових ресурсів, вказаних у ч. 1 ст. 222 КК, як правило, подається у документованому вигляді, однак не виключається її подання в електронному варіанті. Тому документ як носій завідомо неправдивої інформації не є обов'язковим способом надання цієї інформації кредиторам<sup>626</sup>. Видається, що і у такому випадку має місце перекручення документа, щоправда, електронного. Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» електронним визнає документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа<sup>627</sup>.

Наприклад, у сфері банківського кредитування зняряддям розглядуваного злочину виступають документи, які надаються позичальниками банкам і в яких можуть міститись неправдиві дані: 1) кредитні заявки (клопотання); 2) установчі

<sup>625</sup> Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності: окремі криміналістичні методики / За ред. В.Ю. Шепітька. – Х.: Право, 2006. – С. 286. Неправдива інформація у контексті диспозиції ст. 222 КК виступає не предметом злочину, передбаченого цією статтею, а зняряддям його вчинення. Використовуючи її з метою отримання кредитів, винна особа порушує порядок виникнення кредитних господарсько-договірних зобов'язальних правовідносин. (Зеленов Г.М. Злочини, які порушують установлений порядок виникнення та виконання майнових зобов'язань (кримінально-правова характеристика): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 11).

<sup>626</sup> Мойсик В.Р. Кримінальна відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами в Україні: аналіз правотворчості і правозастосування: Монографія. – К.: Атіка-Н, 2010. – С. 51, 53.

<sup>627</sup> Електронний документ може бути створений, переданий, збережений і перетворений електронними засобами у візуальну форму. Це – відображення даних, які містить електронний документ, електронними засобами або на папері у формі, придатній для приймання його змісту людиною.



документи; 3) контракти, угоди, інші документи, які підтверджують, що кредит отримується для придбання товарів, робіт або послуг; довідки про результати дослідження кон'юнктури ринку; бізнес-плани; складські довідки про наявність товарно-матеріальних цінностей; 4) техніко-економічні обґрунтування; 5) проектно-кошторисна документація, рішення про відведення земельних ділянок, дозволи архітектурно-будівельних служб місцевих органів влади на будівництво; 6) документи про фінансовий стан, кредитоспроможність позичальника, страховика або поручителя (бухгалтерські звіти і баланси, звіти аудиторів тощо); 7) документи, які стосуються застави, поручительства, гарантії як способів забезпечення кредиту (фіктивні гарантійні листи, документи, які підтверджують нібито належність предмету застави боржнику чи перекручують вартість заставленого майна<sup>628</sup>, підроблені договори страхування і страхові поліси тощо); 8) довідки про розмір заробітної плати (при споживчому кредитуванні).

*З. і К., працюючи, відповідно, директором і головним бухгалтером ПП «Транзит-2», з метою отримання кредиту у Житомирській філії ТОВ «Укрпромбанк» подали у банк завідомо неправдиву інформацію, зокрема, щодо належності підприємству певного майна. У результаті між банком і ПП «Транзит-2» було укладено кредитний договір, відкрито кредитну лінію на суму 380000 грн., а також укладено договір застави майна, згідно з яким ПП передало банку у заставу 8 вантажних автомобілів «МАЗ», пилораму стрічкову, станки фугувочний і циркулярний загальною вартістю понад 465000 грн. Для створення вигляду належності заставного майна очолюваному ними підприємству, З. і К. виготовили підроблені документи, у т.ч. нотаріально посвідчені генеральні доручення на управління та розпорядження вантажними автомобілями. Суд кваліфікував дії З. і К за ч. 2 ст. 222 і ч. 2 ст. 366 КК<sup>629</sup>.*

У разі шахрайства з фінансовими ресурсами шляхом використання підроблених документів у діях винного вбачається не конкуренція частини і цілого, а різнооб'єктна ідеальна сукуп-

<sup>628</sup> Неправдивість відомостей при забезпеченні кредиту шляхом застави може полягати у такому: предмет застави фактично відсутній; предмет застави уже заставлений; предмет застави не є власністю заставодавця і знаходиться у нього на умовах оренди; предмет застави є складовою певного об'єкта і його самостійне функціонування неможливе; вказана вартість предмета застави нижча за реальну ринкову; заставодавець вказаний як єдиний власник заставленого майна (Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності: окремі криміналістичні методики / За ред. В.Ю. Шепітька. – Х.: Право, 2006. – С. 289).

<sup>629</sup> Архів Олевського районного суду Житомирської області. Справа № 1-45 за 2005 р.

ність злочинів, у зв'язку з чим вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. ст. 222, 358 КК.

Не виключається, щоправда, й інше вирішення цього питання кваліфікації, яке виходить з того, що деякі злочинні діяння можуть вважатися способами вчинення інших злочинів. За правилами кримінально-правової кваліфікації, усталеними у юридичній науці, при конкуренції частини та цілого злочини, які є складовими одиничного складеного злочину (злочин-спосіб як частина цілого), не потребують кваліфікації за сукупністю з основним злочином (ціле). У випадку із шахрайством з фінансовими ресурсами використання підроблених документів (частина) є підстави визнати обов'язковим способом вчинення злочину, передбаченого ст. 222 КК (ціле). Таким чином, можна дійти думки про те, що шахрайство з фінансовими ресурсами додаткової кваліфікації за ч. 4 ст. 358 КК не потребує. Виходячи з того, що без використання підроблених документів вчинити шахрайство з фінансовими ресурсами неможливо, окремі дослідники вважають, що ст. 148-5 КК 1960 р. (ст. 222 КК 2001 р.) не утворює сукупності зі статтями про відповідальність за підроблення документів<sup>630</sup>.

Варто уточнити, що дискутувати, вочевидь, варто хіба що стосовно використання підробленого документа. Підроблення ж документа, надалі використаного при вчиненні шахрайства з фінансовими ресурсами, утворюючи з останнім реальну сукупність злочинів, потребує окремої кваліфікації за ст. 358 або ст. 366 КК.

Інформація, що надається особою, яка вчинює шахрайство з фінансовими ресурсами, повинна бути неправдивою, тобто має не відповідати дійсності, приховувати або перекручувати у гірший або, навпаки, у кращий бік справжній стан речей і стосуватись тих обставин, які дають змогу отримати дотації, субсидії, субвенції, кредити або податкові пільги. Це ті дані, що сприяють незаконному отриманню фінансової допомоги, зумовлюють її надання. Наприклад, у сфері банківського кредитування завідомо неправдива інформація – це дані, які, впливаючи на волю кредитора, відповідно до вимог чинного законодавства, локальних нормативних актів банків і усталеної практики ділового обороту, враховуються в процесі прийняття рішення про надання кредиту та його умови (розмір кредиту, розмір відсотків, строк по-

<sup>630</sup> Коржанський М.Й. Кримінальне право України. Частина Особлива. – К.: Генеза, 1998. – С. 276; Осадчий В.И. Мошенничество с финансовыми ресурсами // Все о бухгалтерском учете. – 27 ноября 1996 г. – № 46; Кваліфікація злочинів: Навч. посібник / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – С. 42-43.

вернення кредиту, його забезпечення тощо). Як слушно зазначається у літературі, якби позичальник надав правильні відомості, банк не надав би кредит взагалі або надав у меншому розмірі, або збільшив відсоток за кредитом у зв'язку з великим ризиком, або вимагав більш якісного забезпечення його повернення тощо<sup>631</sup>.

Завідомо неправдива інформація з точки зору кваліфікації за ст. 222 КК за своїм змістом має бути такою, що могла бути підставою для прийняття рішення про надання субсидії, субвенції, дотації, кредиту чи пільги щодо податків (п. 21 постанови Пленуму ВСУ від 25 квітня 2003 р. № 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності»). Наприклад, у документах, наданих банку, не зазначається, що у позичальника є інший неповернутий кредит, або вказується неправдива мета використання бюджетних коштів, які особа має намір одержати як дотацію, субсидію, субвенцію. Повідомлення завідомо неправдивої інформації, яка не впливає на прийняття рішення про надання дотації, субсидії, субвенції, податкової пільги або кредиту, розглядуваного складу злочину не утворює і за наявності до цього підстав має кваліфікуватися за статтями 358 або 366 КК.

Так, немає складу розглядуваного злочину в діях службової особи підприємства Українського товариства сліпих чи Українського товариства глухих, яка надає податковій інспекції відомості про те, що чисельність працюючих на цьому підприємстві інвалідів становить 70% від загальної кількості працюючих, хоча фактично вона дорівнює 60%, оскільки для одержання пільг щодо податків достатньо, щоб інваліди склали не менше, ніж 50% працюючих<sup>632</sup>.

У плані з'ясування характеру інформації, подання якої відповідному адресату може утворювати склад злочину «шахрайство з фінансовими ресурсами», викликає інтерес така ситуація із судової практики.

*Ш., працюючи завідувачем аптеки і знаючи порядок придбання патентів на окремі види підприємницької діяльності, з метою одержання пільги щодо податку – плати за торговий патент 27 листопада 2002 р. подала до*

*Бердянської міжрайонної ДПП завідомо неправдиву інформацію про те, що очолюване нею підприємство продаватиме населенню лише ті товари, які вказані у ч. 6 ст. 3 Закону «Про патентування окремих видів підприємницької діяльності». Отримавши на підставі цієї інформації пільговий торговий патент, аптека, завідувачем якої була Ш., у період з 2002 р. по 2003 р. насправді здійснювала реалізацію й інших товарів, у зв'язку з продажем яких відповідно до законодавства необхідно було придбавати за більш високою ціною звичайний торговий патент. Суд, правильно кваліфікувавши дії Ш. за ч.1 ст. 222 КК як надання службовою особою суб'єкта господарської діяльності завідомо неправдивої інформації державному органу з метою одержання пільги щодо податку, звільнив Ш. від кримінальної відповідальності у зв'язку з актом амністії<sup>633</sup>.*

Зміст завідомо неправдивої інформації може стосуватись не лише особи, яка отримує у тій чи іншій формі фінансові ресурси, а й інших осіб (наприклад, страховиків або поручителів). Тому неточною слід визнати думку про те, що обман у ст. 222 КК стосується тільки фінансового стану або господарського положення суб'єкта підприємницької діяльності – отримувача фінансових ресурсів<sup>634</sup>.

Якщо відповідний суб'єкт, маючи намір використати кредитні ресурси на цілі, не вказані у пакеті документів, звертається до банку з проханням надати кредит і подає документи, в яких міститься неправдива інформація про напями використання позичених коштів, його дії слід кваліфікувати за ст. 222 КК. Охоплюються складом розглядуваного злочину ситуації, в яких нецільове використання кредиту заздалегідь планувалось особою, яка бажала спочатку заробити на кредитних коштах, а потім використати позичку на цілі, передбачені кредитним договором. Нецільове використання кредиту може полягати, наприклад, у: внесенні коштів на депозит і отриманні за ним відсотків; придбанні нерухомості та іншого майна, що не має відношення до цілі, вказаної у кредитному договорі; переведенні кредитних коштів у готівку і використанні їх на власні потреби; погашенні інших отриманих раніше кредитів. Питання про відповідність вкладення позичкових коштів цілям, вказаним у кредитній угоді, потребує вирішення у кожному конкретному випадку.

На підставі вивчення матеріалів право-

<sup>631</sup> Ларичев В.Д., Абрамов В.Ю. Проблемы совершенствования уголовного законодательства в области защиты прав кредиторов // Государство и право. – 1998. – № 8. – С. 99.

<sup>632</sup> Мойсик В.Р., Андрушко П.П. Шахрайство з фінансовими ресурсами (ст. 148-5 КК України) // Вісник Верховного Суду України. – 2000. – № 2. – С. 35.

Порядок надання дозволу на право користування пільгами з оподаткування для підприємств та організацій громадських організацій інвалідів затверджений постановою КМУ від 8 серпня 2007 р. № 1010.

<sup>633</sup> Архів Бердянського міськрайонного суду Запорізької обл. Справа № 115-П/03 за 2003 р.

<sup>634</sup> Курман О.В. Методика розслідування шахрайства з фінансовими ресурсами: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2002. – С. 13, 16, 29.

застосовної практики харківські криміналісти зазначають, що нецільове використання коштів, одержаних як кредит, при вчиненні шахрайства з фінансовими ресурсами може полягати у таких діях: одержані кошти витрачаються на виробничо-господарські потреби, не передбачені кредитним договором; кошти надаються іншій фірмі під відсотки; кошти спрямовуються на виплату раніше отриманих кредитів, на сплату відсотків за ними; здійснюється сплата податків і комунальних платежів, виплачується зарплата, сплачується оренда приміщень; придбавається нерухомість, службовий автотранспорт, робиться ремонт в офісах; повертаються особисті борги; здійснюється оплата банківського обслуговування; кошти витрачаються на відрядження; кошти конвертуються у готівку<sup>635</sup>.

*Працюючи директором ПП «Тракія», П. внесла завідомо неправдиві дані у баланс ПП, умисно вказавши у ньому меншу, порівняно із справжньою, суму заборгованості «Тракії». Подавши перекручений баланс разом з іншими необхідними документами до комерційного банку «Еліта», П. отримала кредит у розмірі 12000 грн., кошти якого були перераховані на банківський рахунок ПП «Аверс» для погашення заборгованості підприємства «Дари ланів». Суд кваліфікував дії П. за ч. 2 ст. 148-5 попереднього КК, а дії Т. — директора підприємства «Дари ланів», з ініціативи якої було вчинене незаконне одержання кредиту, — за ч. 5 ст. 19, ч. 2 ст. 148-5 КК 1960 р. як підбурювання до шахрайства з фінансовими ресурсами»<sup>636</sup>.*

*С., працюючи на посаді директора ТОВ «Спецпроект», з метою одержання кредиту на будівництво житлового будинку, надав у банк необхідні документи, із яких підробленими виявилися техніко-економічне обґрунтування кредитного проекту, календарний план проведення робіт по об'єктах і видах робіт, договори підрядів з житлово-будівельним комбінатом. Одержані кредитні кошти були витрачені на сплату податків, виплату заробітної платні, кредитування іншої фірми»<sup>637</sup>.*

Якщо суб'єкт з об'єктивних причин, які виникли після укладення кредитної угоди, коригує свої фінансові плани, використовує кредит не за цільовим призначенням і не може своєчасно погасити заборгованість, склад злочину, передбаченого ст. 222 КК, відсутній.

<sup>635</sup> Курман О.В. Вказана праця. — С. 33; Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності: окремі криміналістичні методики / За ред. В.Ю. Шепітька. — Х.: Право, 2006. — С. 289.

<sup>636</sup> Архів Бердянського міського суду Запорізької обл. Справа № 1-79 за 1999 р.

<sup>637</sup> Архів Дзержинського районного суду м. Харкова. Кримінальна справа № 1-867 за 1999 р.

У літературі тривають дискусії з питання кваліфікації в тих випадках, коли факт надання завідомо неправдивої інформації та одержання внаслідок цього фінансових ресурсів має місце, а обман уповноваженого органу чи кредитора — відсутній. Існує точка зору, згідно з якою шахрайство з фінансовими ресурсами може бути вчинено шляхом як обману, так і підкупу банківських працівників з метою схилити їх до видачі кредитів з порушенням техніко-економічних нормативів, вимог про забезпечення повернення кредиту<sup>638</sup>. Висловлюється також думка про те, що службова особа банку, яка усвідомлює неправдивість відомостей, наведених у поданих до банку документах, має визнаватись співучасником шахрайства з фінансовими ресурсами<sup>639</sup>.

Вважаємо, що у тому разі, коли керуючий філією комерційного банку як службова особа, яка у кредитних відносинах діє від імені банку і має право укладати кредитні договори, знає про те, що поданий до банку пакет документів містить неправдиві дані, склад злочину, передбаченого ст. 222 КК, відсутній. Наприклад, керівництво банку сподівається на дієвість неформальних стосунків з клієнтом, або кредит отримується шляхом підкупу керівного банківського працівника, або неповернення кредиту за домовленістю з позичальником заздалегідь планується кредитором. У таких ситуаціях немає обману банку з боку позичальника і кримінально-правову оцінку вчиненому треба давати не за допомогою ст. 222 КК, назва якої вказує на шахрайство, а з використанням норм КК про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності. Виходимо з того, що термін «шахрайство» використано у назві ст. 222

<sup>638</sup> Головіна В.П. Обман як засіб вчинення шахрайства з грошово-кредитними ресурсами у банківській сфері // Вісник Луганської академії внутрішніх справ імені 10-річчя незалежності України. — 2002. — № 3. — С. 127-128.

На думку Н.О. Лопашенко, як окремий спосіб незаконного отримання кредиту (ст. 176 КК РФ) варто передбачити підкуп працівників банків та інших кредитних організацій (Лопашенко Н.А. Глава 22 Уголовного кодексу нуждается в совершенствовании // Государство и право. — 2000. — № 12. — С. 24). Вважається, що це дозволить уніфікувати кваліфікацію однакових за своїм змістом злочинних дій, які здійснюються у кредитній сфері.

Поставлена проблема на законодавчому рівні вирішена у Болгарії. Ст. 254 КК цієї країни встановлює однакове покарання як для керівників юридичних осіб та підприємств, які з метою отримання вигідних умов кредитування надають неправильні відомості, так і для посадових осіб, які дозволили видачу кредиту, знаючи про те, що надані відомості є неправильними. «... було б доцільно в межах ст. 222 КК України передбачити відповідальність посадових осіб кредитора, з дозволу яких надано кредит, за умов, що їм було відомо про неправдивість наданої інформації» (Константинова О. Деякі проблемні питання, які виникають при застосуванні ст. 222 КК України // Юридична Україна. — 2008. — № 8. — С. 81).

<sup>639</sup> Мойсик В.Р. Кримінальна відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами в Україні: аналіз правотворчості і правозастосування: Монографія. — К.: Атіка-Н, 2010. — С. 117.



КК цілком свідомо – для того, щоб акцентувати увагу на обмані як ключовій характеристиці (серцевині) складу розглядуваного злочину.

В.Р. Мойсик також називає обман обов'язковою ознакою об'єктивної сторони шахрайства з фінансовими ресурсами, способом одержання чужого майна, внаслідок застосування якого кредитор добровільно, за власною волею і переконанням надає винному відповідні фінансові ресурси. Саме обман як спосіб досягнення злочинної мети відображає якісну своєрідність вчинення шахрайства з фінансовими ресурсами і дозволяє відмежовувати це суспільно небезпечне посягання від суміжних злочинів<sup>640</sup>.

Таку ж позицію зайняв і Пленум ВСУ, який у п. 23 постанови від 25 квітня 2003 р. № 3 вказав на те, що, якщо винна особа надавала завідомо неправдиву інформацію з метою привласнення коштів у вигляді субсидії, субвенції, дотації чи кредиту, її дії потрібно кваліфікувати як готування до заволодіння чужим майном шляхом шахрайства чи замах на вчинення цього злочину. Таким чином, на погляд Пленуму, склади злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 222 КК, слід розмежовувати не за ознаками об'єктивної сторони (у т.ч. за способом вчинення вказаних злочинів), а за ознаками суб'єктивної сторони.

Засновник ТОВ «Ірбіс» А., директор П. і головний бухгалтер підприємства Ш. з метою отримання кредиту для закупівлі телевізорів у фірми «Юнікарт Корпорейшин» подали до Бердянської філії Акціонерного банку «Еліта» неправдиву інформацію, а саме фіктивну накладну про отримання ТОВ «Ірбіс» 9 телевізорів від ТОВ «Колос», яких на момент укладення кредитного договору насправді у позичальника не було, а також фіктивний баланс, який включав вартість цих телевізорів. Унаслідок надання неправдивої інформації банк видав підприємству кредит у розмірі 12642 грн. строком на три місяці під 85% річних. У результаті цих дій банку з урахуванням суми неповерненого кредиту, несплачених відсотків за користування кредитом, на які банк нарахував і авансом сплатив податок на прибуток, було завдано матеріальної шкоди в сумі 16267 грн. Дії А., П., і Ш. були кваліфіковані судом за ч. 2 ст. 148-5 КК 1960 р. як шахрайство з фінансовими ресурсами, що завдало великої матеріальної шкоди. Розглядаючи кримінальну справу, суд не взяв до уваги той факт, що підсудні, визнаючи себе винними частково, стверджували, що керуючий філією Акціонерного банку «Еліта» Б. було відомо про те, що надана банку інформація містить неправдиві відомості. Б. ні органами

досудового слідства, ні судом з приводу умов надання кредиту ТОВ «Ірбіс» не допитувалася. Вона зникла з постійного місця проживання, встановити її місцезнаходження працівникам міліції не вдалося<sup>641</sup>.

Після ознайомлення з матеріалами кримінальної справи не можуть не виникнути сумніви з приводу того, чи був насправді у цьому разі обман кредитора з боку позичальника, а, отже, стосовно того, чи обґрунтовано дії підсудних були кваліфіковані як шахрайство з фінансовими ресурсами.

Інший підхід було застосовано при кваліфікації дій директора МП «Полімертехмаш» С., який, маючи умисел на незаконне отримання кредиту, надав філії АППБ «Аваль» завідомо неправдиві відомості про придбання МП «Полімертехмаш» у ТОВ «Зовнішеконмсоюз» 50 тонн окису цирконію загальною вартістю 840000 грн. На підставі цих відомостей було укладено кредитний договір і договір застави, а МП «Полімертехмаш» було надано кредитну лінію на суму 100000 грн. Через кілька днів на підставі наданих раніше неправдивих відомостей С. уклав додаткову угоду з банком і збільшив кредитну лінію до 300000 грн. У зазначений договором строк С. кредит не повернув і своїми діями завдав банку матеріальної шкоди, яка в 17647 разів перевищує НМДГ.

У судовому засіданні підсудний свою вину визнав повністю і пояснив, що підроблену довідку надав за пропозицією заступника голови банку С. Допитаний як свідок заступник голови банку С. пояснив, що ніяких грошей від підсудного за видачу кредиту не отримував, а рішення про надання кредиту приймає кредитний комітет, на засіданні якого він не був присутній. Суд визнав С. винним у вчиненні шахрайства з фінансовими ресурсами, яке завдало великої матеріальної шкоди. При цьому суд критично поставився до показань підсудного в тій частині, що надати документи, які містять неправдиві відомості, йому порадив заступник голови банку С., за що отримав відповідну винагороду, оскільки вказаний факт не було доведено в судовому засіданні<sup>642</sup>.

Вважаємо, що у ст. 222 КК має бути прямо вказано на обман як на спосіб вчинення передбаченого цією статтею злочину. Адже суспільна небезпека аналізованого злочину полягає не стільки у створенні загрози заподіяння злочинним шляхом матеріальної шкоди, скільки в обмані банку або інших кредиторів, через який вони не мають можливості прийняти обґрунтоване рішення про надання кредиту, субсидії, субвенції, про-

<sup>640</sup> Мойсик В.Р. Проблеми кримінальної відповідальності за шахрайство з фінансовими ресурсами: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 9.

<sup>641</sup> Архів Бердянського міського суду Запорізької області. Справа № 1-341 за 1999 р.

<sup>642</sup> Архів Вільногірського міського суду Дніпропетровської області. Справа № 1-51 за 2003 р.

рахувати ризик його неповернення, а також у латентності караних за ст. 222 КК дій.

Оскільки у ст. 222 КК йдеться про надання завідомо неправдивих даних банку з метою одержання кредиту, то ситуації, в яких неправдива інформація надається банку не до або під час укладення кредитного договору, а після його підписання і видачі кредиту, складу аналізованого злочину не утворюють. Водночас у разі використання кредитної лінії, що передбачає надання позички у грошовій безготівковій формі частинами протягом певного проміжку часу, завідомо неправдива інформація може бути надана банку позичальником вже безпосередньо у процесі кредитування, після укладання кредитного договору. Сума кожного кредиту у межах кредитної лінії оформлюється окремим строковим зобов'язанням, в якому вказується конкретний строк погашення позички. Якщо обман банку відбувається перед оформленням чергового строкового зобов'язання і видачею кредиту – частини загальної грошової суми, зазначеної у кредитній угоді, дії винного потрібно кваліфікувати за ст. 222 КК.

Надання завідомо неправдивої інформації щодо платоспроможності з метою одержання субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг щодо податків за наявності до цього підстав може кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 222 і 219 КК.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 222 КК, вважається *закінченим* з моменту надання конкретному адресату відповідної інформації незалежно від того, чи вдалося винному отримати той або інший фінансовий ресурс, ухилитись від сплати податків, чи заподіяна майнова шкода. У літературі обґрунтовується положення про доцільність перенесення у законодавчому порядку моменту закінчення злочину (мається на увазі основний склад злочину «шахрайство з фінансовими ресурсами») на момент фактичного одержання фінансових ресурсів<sup>643</sup>.

До речі, такий підхід знаходив відображення у проекті КК, підготовленому авторським колективом на чолі з проф. В.М. Смітінком. У ст. 271 цього законопроекту йшлося про отримання кредиту чи пільгових умов кредитування шляхом надання банку або іншому кредитору завідомо неправдивих відомостей щодо господарського чи фінансового стану суб'єкта господарської діяльності, а в ч. 2 – про незаконне одержання державного цільового кредиту та його використання

не за прямим призначенням. Незаконне одержання кредиту було сформульоване як матеріальний склад злочину; при цьому розміри суспільно небезпечних наслідків у формі великої шкоди, завданої громадянам, організаціям та державі, диференціювались залежно від потерпілого і складали, відповідно, суму, яка у п'ятдесят, триста і сімсот разів перевищує мінімальний розмір заробітної плати

У випадку надання позичальником недостовірної інформації майнові інтереси банків страждають далеко не завжди, а тому ч. 1 чинної редакції ст. 222 КК в тій частині, в якій ця норма стосується банківського кредитування, вочевидь, є проявом надмірної криміналізації. Наведемо типовий приклад.

*Директор сільськогосподарського товариства «Сафронієве угіддя» С. і головний бухгалтер цього підприємства С-в з метою незаконного одержання банківського кредиту, достовірно знаючи, що статутного фонду цього товариства недостатньо для одержання необхідної суми кредиту, надали в заставу Путивльському відділенню Українського національного комерційного банку поголів'я великої рогатої худоби в кількості 844 голів, які були спільною частковою власністю громадян – співвласників колишнього колгоспу «Імені світової революції» без згоди її власників. В результаті цих дій сільськогосподарське товариство «Сафронієве угіддя» отримало кредит в сумі 20000 грн., який був використаний на господарські потреби та погашений в строк за договором»<sup>644</sup>.*

Кримінальне провадження за ст. 222 КК може негативним чином вплинути на фінансово-господарську діяльність підприємства – позичальника, внаслідок чого банк буде позбавлений можливості повернути наданий підприємству кредит. Видається, що закріпленій у кримінально-процесуальному законодавстві підхід до справ про шахрайство з фінансовими ресурсами в частині банківського кредитування як до справ приватного обвинувачення означав би розумний компроміс між інтересами держави, яка проголошує захист вітчизняної банківської системи, та інтересами самих банків, які, вочевидь, не завжди зацікавлені у порушенні кримінального переслідування щодо несумлінних позичальників<sup>645</sup>. Відсутність за таких обставин згадування ст. 222 КК у ст. 27 попереднього КПК, викладеній у редакції Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до дея-

<sup>644</sup> Архів Путивльського районного суду Сумської області. Справа № 1-640 за 2002 р.

<sup>645</sup> Наприклад, кредитор, з'ясувавши, що кредит одержано шляхом обману, може не вживати будь-яких заходів, і тоді не виключено, що зобов'язання буде виконано належним чином, і шкоди кредитору заподіяно не буде (Клепицький І.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – С. 352).

<sup>643</sup> Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 664-666; Мойсик В.Р. Кримінальна відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами в Україні: аналіз правотворчості і правозастосування: Монографія. – К.: Атіка-Н, 2010. – С. 56-57.

ких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності», як і в ст. 477 КПК 2012 р. («Поняття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення»), навряд чи може бути оцінена позитивно.

**Суб'єкт** розглядуваного злочину – загальний. Це може бути, наприклад, особа, яка займається зареєстрованою підприємницькою діяльністю індивідуально, без створення юридичної особи, особа, яка фактично займається такою діяльністю без належної державної реєстрації, або службова особа юридичної особи – суб'єкта господарської діяльності. Якщо об'єднання громадян надає завідомо неправдиву інформацію для одержання створеним ним підприємством – суб'єктом господарювання субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг щодо податків, то службова особа такого об'єднання, яка надала зазначену інформацію, також може бути визнана суб'єктом злочину, передбаченого ст. 222 КК.

Суб'єктом цього злочину мають визнаватися службові особи і тих юридичних осіб, які не є суб'єктами підприємництва. Вирішуючи питання про притягнення до відповідальності за ст. 222 КК службових осіб некомерційних підприємств, треба встановлювати, що завідомо неправдива інформація, надана ними належним адресатам з метою отримання певних фінансових ресурсів, стосувалась саме господарської діяльності таких підприємств.

Суб'єктом шахрайства з фінансовими ресурсами є також приватні особи, які отримують споживчі кредити. Споживчий кредит – це кошти, що надаються кредитором (банком або іншою фінансовою установою) споживачеві на придбання продукції (ст. 1 Закону «Про захист прав споживачів»). Споживачем є фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника<sup>646</sup>.

Раніше у літературі робився правильний (з точки зору попередньої редакції ст. 222 КК) висновок про відсутність складу злочину, передбаченого цією статтею, в діях особи, наділеної ознаками спеціального суб'єкта шахрайства з фінансовими ресурсами, якщо вона надавала кредиторам завідомо неправдиву інформацію з метою отримання кредиту не на господарську діяльність, а на власні потреби або з метою спи-

яння отриманню побутового кредиту третіми особами, щоб надалі використати цей кредит у своїй господарській діяльності<sup>647</sup>.

До набрання чинності Законом від 22 вересня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» суб'єкт досліджуваного злочину був спеціальним: за ст. 222 КК могли нести відповідальність лише громадяни – підприємці, громадяни – засновники (учасники) або службові особи суб'єктів господарської діяльності.

У висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на відповідний законопроект вказувалось на безпідставність розширення кола осіб, спроможних відповідати за ст. 222 КК, за рахунок фізичних осіб, які не мають відношення до господарської діяльності. Зокрема, експерти звертали увагу на те, що з усіх перелічених у диспозиції ч. 1 ст. 222 КК видів допомоги фізичній особі, яка не є суб'єктом господарювання, може надаватися лише субсидія та грошовий чи товарний кредит. При цьому для їх отримання до вказаних у нормі КК адресатів необхідно подати низку документів, які підтверджують право такої особи на субсидію чи кредит, і такі документи підлягають обов'язковій перевірці. Цілком справедливо був зроблений узагальнюючий висновок про те, що саме по собі подання фізичною особою, яка не є суб'єктом господарювання, до відповідних органів державної влади чи фінансових установ завідомо неправдивої інформації не є суспільно небезпечним діянням, а, отже, в силу вимог ч. 2 ст. 11 КК не повинне визнаватися злочином. Кримінальна відповідальність за такі діяння може наставати лише у разі пред'явлення підроблених документів за відповідною частиною статті 358 КК. Парламент у черговий раз проігнорував слушні міркування своїх експертів.

Службові особи суб'єктів господарської діяльності, які не брали участі у виконанні об'єктивної сторони шахрайства з фінансовими ресурсами, і ті працівники підприємств, установ, організацій, які не є службовими особами, але виконували прохання, накази або розпорядження керівництва, усвідомлюючи спрямованість і злочинний характер своїх дій, мають притягуватись до кримінальної відповідальності як співучасники аналізованого злочину (ст. 27, ст. 222 КК), а за наявності підстав – і за вчинення злочину у сфері службової діяльності.

*Як співучасть у шахрайстві з фінансовими ресурсами розцінив Житомирський обласний суд дії голови акціонерного товариства «Хорс» Н., який підписав завідомо неправдиву накладну про пере-*

<sup>646</sup> За оцінками фахівців НБУ, споживче кредитування є найризикованішим видом кредитного бізнесу. Середній відсоток неповернень за споживчими кредитами сягає 15 % (близько 15 млрд. грн.); у 2012 р. очікується зростання цього показника до 18 % (Чернявський С.С. Вказана праця. – С. 326-327).

<sup>647</sup> Зеленов Г.М. Вказана праця. – С. 11.



дачу приватній фірмі «Еланд» чотирьох станків – термопластаавтоматів. Насправді ці станки зі складу АТ «Хорс» не відпускались і з його балансу не списувались. Директор фірми «Еланд» Б. передав цю накладну у Богунське відділення № 75 Державного спеціалізованого комерційного ощадного банку України, що дало підстави укласти договір застави зазначеного майна між фірмою «Еланд» і банком та отримати під цю заставу короткостроковий кредит. Отримані кошти Б. використав для повернення боргу АТ «Хорс», з банком не розрахувався, чим заподіяв йому шкоду. Правильність засудження Б. за ч. 2 ст. 148-5, а Н. – за ст. 19, ч. 2 ст. 148-5 КК 1960 р. підтвердила судова колегія у кримінальних справах ВСУ<sup>648</sup>.

Діючи за попередньою домовленістю із несумлінним позичальником, працівник кредитного відділу банку, який займався перевіркою поданого для одержання кредиту пакету документів, може приховувати від керуючого філією комерційного банку та інших членів кредитного комітету неправдиву інформацію, внесену у подані документи і важливу з точки зору прийняття рішення про кредитування та його умови. Дії такого банківського працівника повинні кваліфікуватись за ч. 5 ст. 27, ст. 222 КК як пособництво шахрайству з фінансовими ресурсами, а за наявності до цього підстав – і як відповідний злочин у сфері службової діяльності (наприклад, комерційний підкуп).

Н., працюючи директором підприємства «Трансмаркет-Авто», двічі видавав перекручені довідки про доходи водієві М., які той надавав у відділ субсидій Ленінського району м. Харкова для одержання субсидії щодо комунальних платежів. В результаті М. була нарахована субсидія, якою він користувався шість місяців. У літературі стверджується, що у такий спосіб Н. вчинив шахрайство з фінансовими ресурсами<sup>649</sup>.

Погодитись з такою кримінально-правовою оцінкою дій Н. важко. Хоча Н. і був службовою особою суб'єкта господарської діяльності, завідомо неправдиву інформацію до державного органу він не надавав, звідки випливає, що Н. не міг бути визнаний виконавцем шахрайства з фінансовими ресурсами. Співучасником цього злочину, вчиненого М., директор підприємства також визнаний бути не міг, оскільки до набрання чинності Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» дії М. через відсутність ознак спеціального суб'єкта не утворювали скла-

ду злочину, передбаченого ст. 222 КК.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом та спеціальною метою – отримати вказаний у ст. 222 КК різновид фінансових ресурсів або пільгу щодо податків.

Особу, яка, надаючи завідомо неправдиву інформацію, прагнула привласнити одержані нею у вигляді дотацій, субвенцій, субсидій, кредитів кошти, слід притягувати до кримінальної відповідальності за злочин проти власності – за шахрайство чи замах на нього залежно від того, чи вдалося їй заволодіти майном і отримати реальну можливість розпоряджатись або користуватись ним за власним розсудом.

Основними критеріями розмежування злочинів, передбачених статтями 222 і 190 КК, є спрямованість умислу та момент його виникнення. У випадку шахрайства з фінансовими ресурсами умисел винного спрямований на тимчасове отримання кредитних коштів з наступним, можливо, несвоєчасним їх поверненням. Щодо неповернення банківського кредиту як способу шахрайського заволодіння майном, яке не охоплюється диспозицією ст. 222 КК, потрібно виходити з того, що отримання майна під умовою виконання якого-небудь зобов'язання може кваліфікуватись як шахрайство лише у разі, коли винна особа ще в момент заволодіння цим майном мала на меті його присвоїти, а зобов'язання – не виконувати. Відповідне роз'яснення наводиться в абз. 1 п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності». При вчиненні шахрайства винна особа укладає кредитний договір лише для того, щоб приховати злочинний характер своїх дій, спрямованих на безоплатне заволодіння назавжди чужим майном<sup>650</sup>.

Вироком Черкаського районного суду Б. був засуджений за ст. 86-1, ч. 2 ст. 148-5 і ч. 2 ст. 194 КК 1960 р. Будучи приватним підприємцем, Б. надав завідомо неправдиві відомості одному з відділень Промінвестбанку з метою одержання кредиту й отримав кредит у сумі понад 19000 грн. для заготівлі і переробки лісоматеріалів. Районний суд зробив висновок, що частину цих коштів Б. використав не за цільовим призначенням (розрахувався за автопослуги, сплатив

<sup>650</sup> Більш докладно проблема розмежування складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 222 КК, висвітлюється у таких джерелах: Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 674-679; Векленко С., Гудков С. Отграничение получения кредита (ст. 176 УК РФ) от смежных преступлений // Уголовное право. – 2007. – № 3. – С. 21-25; Мойсик В.Р. Кримінальна відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами в Україні: аналіз правотворчості і правозастосування: Монографія. – К.: Атіка-Н, 2010. – С. 134-150.

<sup>648</sup> Рішення Верховного Суду України. – 1998. – С. 99-100.

<sup>649</sup> Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності: окремі криміналістичні методи / За ред. В.Ю. Шепітька. – Х.: Право, 2006. – С. 281.

відсотки за користування кредитом, податкові платежі тощо), а іншу частину коштів привласнив. Виправдовуючи Б. за відсутністю складу злочину, передбаченого ст. 86-1 КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ у своїй ухвалі зазначила, що ні слідчі органи, ні районний суд не встановили і не навели доказів того, що Б., одержуючи у банку кредит, із самого початку мав на меті привласнити кошти, тобто не збирався їх повертати на умовах, передбачених кредитною угодою. Те, що частину кредиту Б. витратив на свої потреби, свідчить лише про нецільове використання коштів, а не про їх викрадення. У справі немає жодного доказу того, що Б. відмовлявся повернути кредит або вчиняв для цього якісь дії. Неповорнення кредиту він пояснював відсутністю коштів, що і знайшло об'єктивне підтвердження<sup>651</sup>.

Показовою в аспекті відсутності умислу на шахрайське заволодіння кредитними ресурсами є і така кримінальна справа.

Фізична особа – підприємець С. з метою одержання кредиту в сумі 30000 грн надала до Сторожинецького відділення Чернігівської філії ЗАТ комерційного банку «Приватбанк» завідомо неправдиву інформацію про наявність у неї майна, яке стало предметом застави, але фактично їй не належало. На підставі цієї інформації було укладено кредитний договір і два договори застави, після чого С. отримав кредит в розмірі 30000 грн. У судовому засіданні підсудний С. пояснив, що взяв кредит на прохання своєї сестри, яка вирішила зайнятися підприємницькою діяльністю. Отримавши гроші, сестра мала сплачувати кредит сама. Після Нового року С. дізнався, що є заборгованість, і поговорив з сестрою, яка пообіцяла борг погасити, але так цього і не зробила. Тоді С. продав свою квартиру та частково погасив заборгованість в сумі 22680 грн. Суд обґрунтовано визнав С. винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 222 КК<sup>652</sup>.

Кошти чи інше майно, правомірно одержані суб'єктом господарювання як субсидії, субвенції, дотації, кредити, переходять у його власність з моменту їх фактичного отримання. Якщо після одержання у службової особи такого суб'єкта виникає умисел на їх привласнення, відповідні дії мають кваліфікуватись за ст. 191 КК.

З приводу вжитого у диспозиції ст. 222 КК застереження «у разі відсутності ознак злочину проти власності» викликають інтерес

міркування Н.О. Гуторової про те, що термін «шахрайство» використано у назві цієї статті з порушенням правил законодавчої техніки. Семантичне та логічне тлумачення словосполучення «шахрайство з фінансовими ресурсами» показує, що воно є окремим видом більш загального поняття «шахрайство», але насправді шахрайство з фінансовими ресурсами має місце за відсутності ознак шахрайства як злочину проти власності<sup>653</sup>. Справді, назва ст. 222 КК здатна певним чином заплутати, оскільки створює враження, що у ній мова йде про звичайне шахрайство як форму заволодіння, предметом якого виступає специфічне майно – фінансові ресурси. Вважаємо однак, що термін «шахрайство» використано у назві ст. 222 КК цілком свідомо – як вже зазначалось, для того, щоб акцентувати увагу на обмані як ключовій характеристиці аналізованого злочину. Інша річ, що таке прагнення законодавця не знайшло логічного завершення: диспозиція ст. 222 КК, передбачуючи караність надання завідомо неправдивої інформації, прямо не вказує на те, що у такий спосіб адресат інформації вводиться в оману.

Для чіткого відмежування шахрайства з фінансовими ресурсами від суміжних злочинів (головним чином від злочинів проти власності) законопроектом «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення механізму кримінальної відповідальності за шахрайство» (реєстраційний № 5427 від 12 жовтня 2009 р., розроблений народним депутатом України В.Р. Мойсиком), зміст негативної ознаки основного складу злочину, передбаченого ст. 222 КК, пропонувалось викласти в такій редакції – «у разі відсутності ознак заволодіння чужим майном».

Видається однак, що використання такого поняття, як «заволодіння», є не зовсім вдалим, оскільки його визначення не міститься в чинному КК, і під ним можна розуміти або тимчасове отримання кредиту, або отримання кредиту, вчинене з метою повернення його на свою користь або користь інших осіб. Для уточнення законодавчого опису шахрайства з фінансовими ресурсами вважаємо за доцільне використати словосполучення, яке вживає Пленум ВСУ в постанові від 25 квітня 2003 р. № 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» при відмежуванні шахрайства з фінансовими ресурсами від суміжних складів. У зв'язку з цим

<sup>651</sup> Практика судів України з кримінальних справ. 2001-2005 рр. / За заг. ред. В.Т. Малярника, В.В. Сташиса. – К.-Х.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 276-279.

<sup>652</sup> Архів Сторожинецького районного суду Чернівецької області. Справа № 242 за 2006 р.

<sup>653</sup> Гуторова Н.О. Кримінальна відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами // Новий Кримінальний кодекс України: Питання застосування і вивчення: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. Харків, 25-26 жовтня 2001 р. / Ред. кол. Сташис В.В. (голов. ред.) та ін. – К.-Х.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 161.

пропонується словосполучення «у разі відсутності ознак злочину проти власності» у ст. 222 КК замінити зворотом «без мети обернення їх на свою користь чи користь третіх осіб». Як зазначено в юридичній літературі, під протиправним оберненням на свою користь чи користь інших осіб чужого майна слід розуміти протиправне безоплатне вилучення чужого майна і обернення його на користь винної особи або інших осіб, що завдає шкоду власникові чи іншому володільцю цього майна<sup>654</sup>. Вважаємо, що використання пропонованого звороту однозначно вказувати на те, що на момент вчинення аналізованого злочину у винного був відсутній умисел безоплатно і назавжди отримати субсидію, субвенцію, дотацію або кредит, які він одержує шляхом обману відповідних адресатів, а, отже, буде чітко зазначено, за якою ознакою слід відмежовувати цей злочин від суміжних складів<sup>655</sup>.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 222 КК) є: 1) вчинення його повторно; 2) заподіяння ним великої матеріальної шкоди.

Матеріальна шкода визнається великою, якщо вона у п'ятсот і більше разів перевищує встановлений законодавством НМДГ (примітка до ст. 219 КК). У цій частині шахрайство з фінансовими ресурсами є матеріальним складом злочину і визнається закінченим з моменту фактичного заподіяння вказаної шкоди. Матеріальна шкода може бути заподіяна внаслідок використання дотацій, субсидій, субвенцій не за цільовим призначенням, неповернення одержаного кредиту, несплати відсотків за ним, ухилення від сплати податків. Шкода, заподіяна кредиторю, може полягати не лише у прямих збитках, викликаних неповерненням всього або частини кредиту, а й у неможливості виконання зобов'язань майнового характеру, в іншій втраченій вигоді.

Сам по собі факт нецільового використання кредитних коштів у разі їх вчасного повернення кредиторів не утворює кваліфікованого складу

<sup>654</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 505-506.

<sup>655</sup> Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Зауваження та пропозиції до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення механізму кримінальної відповідальності за шахрайство з фінансовими ресурсами» // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2010. – Вип. 3. – С. 106-107. Міркування авторів зазначеної публікації були прийняті суб'єктом законодавчої ініціативи. У згаданому законопроекті, викладеному станом на 2 лютого 2011 р. в остаточній редакції, диспозицію ч. 1 ст. 222 КК пропонувалось викласти у такій редакції: «Одержання громадянином – суб'єктом підприємницької діяльності або громадянином – засновником (учасником) чи службовою особою суб'єкта господарської діяльності субсидії, субвенції, дотації або кредиту без мети обернення їх на свою користь чи на користь третіх осіб, вчинене шляхом обману, – карається ...»

злочину, передбаченого ч. 2 ст. 222 КК, оскільки такими діями матеріальна шкода кредиторю не заподіюється.

Вирішуючи питання про те, чи заподіяно кредиторів у разі неповернення у встановлений строк наданого кредиту велику матеріальну шкоду, потрібно враховувати те, що кредитний договір може забезпечуватися договором застави майна, належного боржнику. Якщо стосовно вказаного майна, вартість якого перевищує суму отриманого кредиту і відсотків за ним, було задіяно механізм стягнення і кошти від його реалізації планувалось спрямувати на задоволення інтересів кредиторів, кваліфікація за ч. 2 ст. 222 КК за ознакою заподіяння великої матеріальної шкоди виключається.

У випадку вчинення злочину у формі незаконного одержання пільг щодо податків злочин визнається закінченим з моменту фактичного ненадходження до бюджетів коштів, які мали бути сплачені у строки, передбачені законодавством з питань оподаткування.

У разі неодноразового надання неправдивих відомостей банку для отримання кредитів у межах відкритої кредитної лінії дії винного як такі, що охоплюються єдиним злочинним наміром, потрібно розцінювати як продовжуваний злочин (ст. 32 КК), що виключає кваліфікацію за ч. 2 ст. 222 КК за ознакою повторності.

Ст. 212 КК, яка не конкретизує спосіб ухилення від сплати податків (а, отже, ним може бути і «використання» винним державних органів, і неправомірне одержання податкової пільги), потрібно розглядати як загальну норму щодо ст. 222 КК – у частині незаконного отримання пільг щодо податків<sup>656</sup>. Подання державним органам завідомо неправдивої інформації (наприклад, завищення відсотка певної категорії працюючих) з метою одержання податкових пільг спрямоване на те, щоб ухилитись від оподаткування. Належними адресатами надання завідомо неправдивої інформації з точки зору отримання пільг щодо податків виступають не лише податкові органи, а й, зокрема, міжвідомча Комісія з питань діяльності підприємств та організацій громадських організацій інвалідів, Комісія з питань гуманітарної допомоги при КМУ, митні органи.

Ст. 222 КК (у частині незаконного отри-

<sup>656</sup> Взагалі питання про співвідношення складів злочинів «ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)» і «шахрайство з фінансовими ресурсами» в юридичній літературі і правозастосовній практиці належить до числа дискусійних. Див. з цього приводу, зокрема: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О.Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 453-463; Мойсик В.Р. Кримінальна відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами в Україні: аналіз правотворчості і правозастосування: Монографія. – К.: Атіка-Н, 2010. – С. 151-162.



мання податкової пільги) перебуває стосовно ст. 212 КК, яка не уточнює спосіб ухилення від сплати податків, у логічному відношенні підлеглості за обсягом. У зв'язку з цим надання недостовірних даних з метою одержання пільг щодо податків потрібно кваліфікувати за ст. 222 КК – спеціальною нормою, яка, конкретизуючи за способом посягання на систему оподаткування, найбільш повно враховує специфічні ознаки вчиненого податкового злочину. Підхід, який ґрунтується на співвідношенні загальної і спеціальної кримінально-правових норм, знайшов відображення у п. 15 постанови Пленуму ВСУ від 26 березня 1999 р. № 5 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» і у п. 16 постанови Пленуму ВСУ від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів».

Якщо пільга щодо податків була надана платнику на законних підставах, які згодом було втрачено, дії особи, яка приховала це, необхідно кваліфікувати за відповідною частиною ст. 212 КК. При цьому сума несплаченого податку обраховується з моменту втрати права на податкову пільгу.

Наприклад, не за ст. 222, а за ст. 212 КК (за наявності всіх ознак складу злочину) має кваліфікуватись порушення платником ПДВ вимог щодо цільового використання товарів, устаткування, комплектуючих тощо, звільнених відповідно до законодавства під час митного оформлення від сплати ПДВ. Ст. 212 КК у цьому разі підлягає застосуванню за наявності двох умов: 1) платник ПДВ внаслідок своєї неправомірної поведінки втратив право на податкову пільгу і, приховуючи це, не збільшив податкове зобов'язання за результатами податкового періоду, на який припадає допущене ним порушення; 2) на момент митного оформлення імпортованих предметів мета їх подальшого нецільового використання у винних осіб була відсутня, і митниці як контролюючому органу не надавалась завідомо неправдива інформація з метою звільнення від сплати ПДВ, що виключає інкримінування ст. 222 КК.

Зазначене стосується ввезених у пільговому режимі товарів, визнаних гуманітарною допомогою. Визнання товарів (робіт, послуг) гуманітарною допомогою здійснюється Комісією з питань гуманітарної допомоги при КМУ в порядку, визначеному ст. 6 Закону «Про гуманітарну допомогу». Звільнення від оподаткування гуманітарної допомоги здійснюється в порядку, встановленому ПК і МК. Як приклад відповідної

обманної маніпуляції в літературі наводиться ситуація з благодійною організацією, яка частину гуманітарної допомоги (перев'язочний матеріал і засоби особистої гігієни) використала не за призначенням – реалізувала через приватну мережу аптек<sup>657</sup>.

До речі, ПК відоме поняття умовної податкової пільги – пільги, що надається за умови використання коштів, вивільнених у суб'єкта господарювання внаслідок надання пільги, у визначеному державою порядку. Відповідно до п. 62 ч. 1 ст. 4 МК під умовним звільненням від оподаткування митними платежами розуміється звільнення від сплати нарахованого податкового зобов'язання у раз поміщення товарів у митні режими, що передбачають звільнення від оподаткування митними платежами за умови дотримання вимог митного режиму. Використання товарів, стосовно яких було надано пільги щодо сплати митних платежів, в інших цілях, ніж ті, у зв'язку з якими було надано такі пільги<sup>658</sup>, тягне адміністративну відповідальність (ст. 485 МК), якщо у вчиненому не вбачається ознак складу злочину (ст. 212 КК).

*Один із районних судів м. Києва засудив за ч. 3 ст. 212 і ч. 2 ст. 366 КК президента благодійного фонду «2000-річчя» М., який, отримавши з-за кордону гуманітарну допомогу на суму приблизно 1,5 млн грн для передачі її лікарням, дитячим будинкам, центрам соціальної адаптації та релігійним організаціям і не сплативши під час митного оформлення допомоги обов'язкові внески державі, надалі використав гуманітарний вантаж не у благодійних, а у комерційних цілях<sup>659</sup>*

*Така ж кримінально-правова оцінка давалась органом досудового слідства діям президента благодійного фонду «Надія» С. Цей фонд, отримавши у період з червня 1999 р. по березень 2000 р. продукти харчування, одяг і взуття на безоплатній основі як гуманітарну допомогу, використав її не за цільовим призначенням, не вів належний бухгалтерський та оперативний облік надходження, зберігання, розподілу та використання гуманітарної допомоги і, як наслідок, не сплатив до бюджету податку на прибуток підприємств, ПДВ, мита і митних зборів на загальну суму понад 788000 грн. Голосіївський районний суд м. Києва вироком, ухваленим 3 липня 2003 р., засудив С. не за ухилення від*

<sup>657</sup> Коментар до Митного кодексу України / За ред. П.В. Пашка, М.М. Каленського. – К.: Юстініан, 2004. – С. 599. Гуманітарна допомога, яка ввозиться (пересилається) на митну територію України, звільняється від оподаткування ввізним митом (ст. 287 МК).

<sup>658</sup> Ці ситуації названі, зокрема, у частинах 1–4 ст. 287 МК («Особливості оподаткування митом деяких товарів»).

<sup>659</sup> Кисель В. Кримінальна благодійність // Українська Інвестиційна Газета. – 15 апреля 2003 г. – № 15.

сплати податків і зборів та службове підроблення, а за службову недбалість, яка спричинила для державних інтересів тяжкі наслідки. Перекваліфікуючи дії С. на ч. 2 ст. 367 КК, суд досить переконливо обґрунтував у вироку свій висновок про відсутність у поведінці підсудного умислу як обов'язкової суб'єктивної ознаки складів злочинів, передбачених ст. 212 і ст. 366 КК.

Як вбачається з вироку, С. був класичною підставною фігурою (художником за освітою) – формальним керівником організації, який підписував фінансово-господарські документи, пов'язані з рухом гуманітарних вантажів, не усвідомлюючи при цьому справжнього характеру вчинюваних ним дій. Фактичні керівники благодійного фонду «Надія», позначені у вироку суду як «невстановлені слідством особи», у випадку притягнення їх до кримінальної відповідальності (як «посередніх» виконавців) за заподіяння шкоди фінансовим інтересам держави мали б відповідати за кваліфіковане шахрайство з фінансовими ресурсами. Адже з самого початку вказані особи, маючи на меті отримання пільг щодо податків, робили так, щоб уповноваженим державним органам (Комісії з питань гуманітарної допомоги при КМУ та Київській регіональній митниці) надійшла завідомо неправдива інформація щодо цільового використання вантажів, оформлюваних як гуманітарна допомога.

Оскільки шахрайству з фінансовими ресурсами притаманний специфічний прийом (спосіб) злочинної поведінки – надання державному органу завідомо неправдивої інформації з метою отримання пільг щодо податків, то ситуації, пов'язані із самостійним використанням платниками податкових пільг (у т.ч. поєднані із наданням належного адресату інформації про наявність податкової пільги), диспозицією ст. 222 КК не охоплюються і є підставою для застосування ст. 212 КК. Давши роз'яснення про кваліфікацію за ст. 222 КК випадків надання завідомо недостовірної інформації не лише з метою одержання податкових пільг, а й про наявність таких пільг (п. 16 постанови від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів»), Пленум ВСУ поширювально витлумачив кримінальний закон.

Положення, за якого незаконне отримання і використання податкових пільг отримує різну кримінально-правову оцінку (ст. 212 або ст. 222 КК), має бути усунене у законодавчому порядку. Враховуючи те, що обманне використання (як активне, так і пасивне) податкових пільг є одним із способів ухилення від сплати податко-

вих внесків, доцільно виключити з диспозиції ст. 222 КК вказівку на одержання пільг щодо податків. На користь такої зміни законодавства можна навести додатковий аргумент: згадані у ст. 222 КК дотації, субсидії, субвенції і кредити є фінансовими ресурсами, що навряд чи можна сказати про податкові пільги. Адже під фінансовими ресурсами розуміються кошти (сукупність фондів грошових коштів), які утворюються в процесі розподілу і перерозподілу сукупного суспільного продукту і національного доходу та які знаходяться у розпорядженні держави, підприємств, організацій<sup>660</sup>. Таким чином, незаконне отримання пільг щодо податків і з економічної точки зору недоцільно на законодавчому рівні визнавати різновидом шахрайства з фінансовими ресурсами<sup>661</sup>.

Якщо для шахрайського заволодіння кредитними коштами було використано створену або придбану юридичну особу – фіктивний суб'єкт підприємництва, дії винного слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 190, 205 КК. У разі, коли умисел викрасти кошти, отримані у формі банківського кредиту, не встановлено, а кредитна заявка, техніко-економічне обґрунтування та інші документи надходять від фіктивного підприємства, дії особи, яка обра-ла розглядуваний спосіб обману кредитора, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 205 і 222 КК.

## 9.8. Злочини проти засад добросовісної конкуренції

**Незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару** (ст. 229 КК). Криміналізація незаконного використання товарного знаку і фірмового найменування, здійснена шляхом включення до КК 2001 р. ст. 229, враховуючи ринкові реалії, засвідчила і таку позитивну тенденцію, як зростання в нашому суспільстві значущості результатів інтелектуальної діяльності людини та посилення державою захисту об'єктів права інтелектуальної власності.

<sup>660</sup> Банківська енциклопедія / За ред. А.М. Мороза. – К.: Ельтон, 1993. – С. 80; Фінансово-правовий справочник підприємця / Под ред. В.Н. Селиванова, Л.К. Вороной. – К.: Манускрипт, 1995. – С. 197.

<sup>661</sup> Більш детально про це див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О.Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 463-466; Дудоров О.О., Зеленів Г.М. Зауваження та пропозиції до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення механізму кримінальної відповідальності за шахрайство з фінансовими ресурсами» // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2010. – № 3. – С. 110-112.

Встановлення кримінальної відповідальності за зазначені дії було зумовлене не лише вагомими внутрішньодержавними чинниками, а й необхідністю виконання Україною міжнародно-правових зобов'язань у сфері захисту засобів індивідуалізації учасників цивільного (господарського) обороту, товарів і послуг<sup>662</sup>. Протягом останніх десятиліть країни Європи намагаються боротись з обігом дешевих підроблених товарів, які виготовляються з використанням торговельних марок відомих і авторитетних світових виробників і які зовні (принаймні на перший погляд) не відрізняються від оригіналів. За окремими оцінками, торгівля контрафактною продукцією у світі становить 5-7 % від обсягу всієї міжнародної торгівлі товарами, що в абсолютних величинах складає приблизно 500 млрд. доларів США на рік<sup>663</sup>. Взагалі різні експертні оцінки, які характеризують рівень фальсифікації торговельних марок у сфері міжнародної торгівлі і на теренах СНД, підтверджують правильність тези про те, що «на сьогодні підроблюється все, що продається».

Водночас сучасні підприємці, у т.ч. вітчизняні все більше усвідомлюють ту обставину, що за умов жорсткої конкуренції захист торговельної марки і фірмового найменування як нематеріальних, але вельми цінних активів має для успіху в бізнесі не менше значення, ніж, наприклад, маркетинг, комунікації чи управління фінансами. Особи, які випускають товари під чужими торговельними марками та фірмовими найменуваннями, є класичними недобросовісними конкурентами, які витісняють з ринку оригінальні товари та яким вдається зекономити кошти, необхідні для проведення реклами, маркетингових досліджень, придбання складного і коштовного обладнання тощо.

Внаслідок незаконного використання товарного знаку відбувається необґрунтоване формування і підтримання інтересу споживачів до продукту, який виробляється та (або) реалізується порушником. Використовуючи чужий товарний знак, порушник розширює збут своєї продукції. При цьому на ринку об'єктивно зростає попит на оригінальні товари, які виробляються та (або)

реалізуються власником товарного знаку, останній витісняється з ринку в тій частині платоспроможного попиту, в якій цей попит задовольняється реалізацією незаконного товару. Крім збитків у вигляді втраченої вигоди, завдається шкода діловій репутації власника товарного знаку, оскільки його знак нерідко використовується на товарах значно нижчої якості, що викликає у споживачів негативне ставлення і до товарів, позначених оригінальним товарним знаком<sup>664</sup>. Існування кримінальної відповідальності за незаконне використання товарного знаку обумовлене необхідністю максимального захисту прав виробників товарів, а також ефективної протидії появи на споживчому ринку контрафактних і фальсифікованих товарів<sup>665</sup>.

Уже згадуваний дореволюційний цивіліст Г.Ф. Шершеневич писав, що споживачі, оцінивши якість товарів певного походження, будуть відшукувати їх поміж інших за відмітним знаком. Чим більшим є попит на цей товар, тим більшою є спокуса для інших торговців скористатись таким знаком, ввести публіку в оману і відтягти частину споживачів до себе. Такою дією порушується: а) інтерес публіки, якщо під підробленим знаком їй пропонується товар гіршої якості; б) інтерес купця, який вперше встановив репутацію товару<sup>666</sup>.

Основні новели, пов'язані з викладенням ст. 229 КК України у новій редакції на підставі Закону України від 22 травня 2003 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності», є такими: охоплення диспозицією цієї норми дій із кваліфікованим зазначенням походження товару; усунення вказівки на маркування товару і на те, що знак для товарів і послуг має бути для винного чужим; розширення об'єктивної сторони злочину за рахунок додаткової вказівки на «інше умисне порушення права на ці об'єкти»; заміна доходу у великих розмірах як криміноутворюючої ознаки на матеріальну шкоду у відповідному розмірі тощо.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 229 КК, є встановлений законодавством порядок охорони і використання знаків для товарів і послуг, фірмових найменувань та кваліфікованих зазначень походження товару як засобів індивідуалізації учасників гос-

<sup>662</sup> Маються на увазі, зокрема: Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р.; Мадридська угода про міжнародну реєстрацію знаків від 14 квітня 1891 р.; Договір про закони щодо товарних знаків від 27 жовтня 1994 р.; Протокол до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків від 28 червня 1989 р.; Ніццька угода про Міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знаків від 15 червня 1957 р.

<sup>663</sup> Ворожейкина А.Г., Юсуфов А.Ш. Рынок контрафактной продукции и его структура в России и за рубежом // Интеллектуальная собственность. Контрафакт. Актуальные проблемы теории и практики: сб. научн. трудов. под ред. д-ра юрид. наук В.Н. Лопатина. Т. 2. – М.: Издательство Юрайт, 2009. – С. 49.

<sup>664</sup> Петров И.А. Охрана товарных знаков в Российской Федерации. – М.: Дело, 2002. – С. 71-72.

<sup>665</sup> Жайворонок А.В. Незаконное использование товарного знака: криминологическое и уголовно-правовое исследование: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2010. – С. 9.

<sup>666</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). – М.: СПАРК, 1994. – С. 179.



подарського обороту, товарів і послуг<sup>667</sup>. *Додатковими об'єктами* виступають засади добросовісної конкуренції, права споживачів.

Виходячи з того, що незаконне використання товарного знаку передусім посягає на свободу економічної діяльності у сфері конкуренції, С.В. Устинова основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 180 КК РФ (аналог ст. 229 КК України), визнає засади добросовісної конкуренції. Встановлений ж порядок реєстрації, правової охорони та використання товарних знаків, знаків обслуговування і найменувань місць походження товарів, як і інтереси споживачів, пропонується відносити до додаткових об'єктів аналізованого злочину<sup>668</sup>.

*Предметом* аналізованого злочину є: 1) знак для товарів чи послуг; 2) фірмове найменування; 3) кваліфіковане зазначення походження товару.

Інколи в літературі предметом злочину, передбаченого ст. 229 КК України, називають майнові права на знак для товарів і послуг, фірмове найменування та кваліфіковане зазначення походження товару<sup>669</sup>. З таким підходом погодитися важко. Як справедливо зазначає Є.В. Лашук, суб'єктивне право (а майнові права на об'єкти інтелектуальної власності – це і є суб'єктивні права) фактично є «псевдопредметом», оскільки позбавлене матеріальності і не може виступати предметом злочину<sup>670</sup>.

Відповідно до ст. 1 Закону України від 15 грудня 1993 р. «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» *знаки для товарів чи послуг* – це позначення, за якими товари або послуги одних осіб відрізняються від товарів чи послуг інших осіб. Такі знаки призначені для ідентифікації (індивідуалізації) товарів і послуг, для розрізнення сервісу підприємств. Крім основної (розпізнавальної), *знаки для товарів і*

<sup>667</sup> Досить популярною у вітчизняній кримінально-правовій доктрині є ідея виокремлення в Особливій частині КК розділу, присвяченого злочинним посяганням на право інтелектуальної власності, який би включав (серед інших заборон) і ст. ст. 229, 231, 232 КК. Зазначається, що розташування в системі Особливої частини КК злочинів, передбачених вказаними статтями КК, не відповідає їх родовому об'єкту (див., наприклад: Берзін П.С. Незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів, послуг: аналіз складів злочину, передбаченого ст. 229 КК України: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 12, 29-35, 207, 214; Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності в Україні: перспективи розвитку та гармонізації з європейським законодавством: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2011. – С. 24).

<sup>668</sup> Устинова С.В. Преступления, посягающие на свободу экономической деятельности (уголовно-правовой и криминологический аспекты): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2002. – С. 23-24.

<sup>669</sup> Нерсисян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008 – С. 125.

<sup>670</sup> Лашук Є.В. Предмет злочину в кримінальному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008 – С. 60.

послуг виконують інші функції: вказують на походження товарів або послуг (не географічне, а, так би мовити, виробниче), на їхню певну якість, рекламують товари і послуги, надаючи споживачам відповідну інформацію про них і виконуючи функцію мовчазного продавця. Фахівці з маркетингу виділяють таке поняття, як лояльне ставлення споживачів до брендів.

Знаки для товарів і послуг є найбільш поширеним засобом індивідуалізації товарів і послуг і тих, хто їх виробляє (надає). При цьому в чинному українському законодавстві існують певні термінологічні розбіжності. Однак зіставлення змісту поняття «торговельна марка», яке вживається у ст. 492 ЦК, ст. ст. 157, 158 ГК та інших нормативно-правових актах, понять «товарний знак» і «знак обслуговування», що вживаються в ст. 1 Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р., та поняття «знак для товарів і послуг», вжитого у ст. 1 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» і ст. 229 КК України, дозволяє зробити висновок про те, що поняття «торговельна марка» тотожне поняттю «знак для товарів і послуг», який об'єднує видові поняття «товарний знак» і «знак обслуговування».

Як знаки для товарів і послуг в Україні можуть виступати словесні (у т.ч. власні імена, літери, цифри), зображувальні, об'ємні (скажімо, флакони для парфумів або пляшки для алкогольних напоїв)<sup>671</sup> та інші (наприклад, кольорові, звукові, світлові, пахучі) позначення або їх комбінації. Найчастіше у сьогоднішній Україні підробляють товарні знаки відомих виробників лікєро-горілчаної продукції, чаю, кави, парфумів, засобів гігієни.

Право власності на знак засвідчується свідоцтвом, яке надає його власникові виключне право забороняти іншим особам використовувати без його згоди зареєстрований знак або позначення, схоже із зареєстрованим знаком, за винятком випадків, встановлених законодавством. Раніше свідоцтво видавалось Державним департаментом інтелектуальної власності МОН, наразі це є компетенцією Державної служби інтелектуальної власності України, Положення про яку затверджене Указом Президента України від 8 квітня 2011 р. № 436/2011.

Предметом злочину є знаки для товарів чи послуг, які: 1) зареєстровані в Україні<sup>672</sup>; 2) охоро-

<sup>671</sup> Наприклад, одними з найвідоміших в світі зареєстрованих об'ємних торговельних марок є пляшка «Coca Cola», флакони для парфумів «SALVADOR DALI», пляшка коньяку «Napoleon», фігурка ягуара на капоті однойменної марки автомобіля, форма пігулок «Viagra» (Защита экзотических торговых марок // Юридическая практика. – 14 февраля 2005 г. – № 7).

<sup>672</sup> Положення про Державний реєстр свідоцтв України на

няються без реєстрації на підставі міжнародних договорів<sup>673</sup>, учасником яких є Україна; 3) визнані у встановленому порядку добре відомими<sup>674</sup>. У зв'язку з цим допускає неточність М.К. Галянтич, коли пише, що кримінальна відповідальність за ст. 229 КК не настає, якщо знак для товарів і послуг використовується без обов'язкової державної реєстрації<sup>675</sup>. Натомість має рацію А.С. Нерсесян, на думку якого для надання правової охорони торговельній марці є необхідним: 1) державна реєстрація в Україні та отримання охоронного документа – свідоцтва; або 2) державна реєстрація у іноземній країні – учасниці Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків; або 3) успішне проходження торговельної марки через процедуру визнання загальновідомою на підставі п. 6-bis Паризької конвенції про охорону промислової власності<sup>676</sup>.

На підставі договору власник свідоцтва може передавати іншій особі право власності на знак для товарів чи послуг повністю або відносно частини товарів і послуг, зазначених у свідоцтві<sup>677</sup>. Передача права власності не допускається, якщо вона може стати причиною введення в оману споживача щодо товару і послуги або щодо особи, яка виготовляє товар чи надає послугу. У разі,

знаки для товарів і послуг затверджене наказом МОН від 10 січня 2002 р. № 10.

<sup>673</sup> Міжнародна реєстрація товарних знаків відбувається у Міжнародному бюро Всесвітньої організації інтелектуальної власності у Женеві. Якщо товарний знак пройшов через міжнародну реєстрацію, він користується однаковою захистом у кожній країні, яка є учасницею договору, – так, якби він був зареєстрований у цій країні безпосередньо (ст. 4 Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків).

<sup>674</sup> Право власності на добре відомий знак для товарів чи послуг засвідчується не свідоцтвом, а рішенням уповноваженого органу або суду. Права інтелектуальної власності на добре відомі торговельні марки є чинними безстроково. Порядок визнання знака добре відомим в Україні Апеляційною палатою Державного департаменту інтелектуальної власності затверджений наказом МОН України від 15 квітня 2005 р. № 228. У випадку з підставами набуття прав на добре відомі торговельні марки має місце виняток з існуючої в Україні реєстраційної системи набуття прав на знаки для товарів і послуг (Крижна В.М. Правова охорона добре відомих торговельних марок за законодавством України // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 1. – С. 75).

<sup>675</sup> Галянтич М.К. Охорона прав на знаки індивідуалізації учасників господарського обороту кримінально-правовими засобами // Правова охорона комерційних позначень в Україні: проблеми теорії і практики: Зб. наук. статей / За заг. ред. Ю.С. Шемшученка, Ю.А. Бошицького. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006. – С. 135.

<sup>676</sup> Нерсесян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 126-127.

<sup>677</sup> Інструкція про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг та видачу ліцензії на використання знака (міжнародного знака) для товарів і послуг затверджена наказом МОН від 3 серпня 2001 р. № 576.

коли особа, яка стала правонаступником власника свідоцтва з порушенням вказаної вимоги законодавства, використовує знак для позначення товарів чи послуг, її дії за наявності всіх ознак розглянутого складу злочину можуть кваліфікуватись за ст. 229 КК. До речі, у російській юридичній літературі лише ставиться питання про криміналізацію порушення ліцензійного договору в частині невиконання умов, які стосуються якості товару<sup>678</sup>.

Чинна редакція ст. 229 КК, на відміну від попередньої редакції цієї статті і ст. 180 КК РФ, не передбачає, що знак для винної особи має бути чужим. Під чужим знаком раніше в юридичній літературі України зазвичай розумівся знак, право власності на який належить не винному, а іншій особі, яка у порядку, встановленому національним законодавством, отримала відповідне свідоцтво або пройшла через процедуру міжнародної реєстрації знака. Звідси логічно випливав висновок про неможливість кваліфікації за ст. 229 КК використання незареєстрованих знаків навіть за умови подання заявки про їх реєстрацію.

Ст. 229 КК охоплює випадки: 1) використання незареєстрованих знаків за умови подання заявки про їх реєстрацію; 2) порушення порядку використання знаків для товарів чи послуг їх власниками.

*Фірмове найменування* – це найменування суб'єкта господарювання (юридичної особи або громадянина – підприємця), під яким він бере участь у господарському обороті. Громадянин – підприємець має право заявити як фірмове (комерційне) найменування своє прізвище або ім'я (ст. 159 ГК). На відміну від ГК, ЦК передбачає, що правом на комерційне (фірмове) найменування володіє лише юридична особа, яка є підприємницьким товариством. Фізичні особи – підприємці беруть участь у господарському обороті під власним прізвищем, а тому надання їм права на користування фірмовим найменуванням було б надмірним заходом<sup>679</sup>. Право на фірму дозволяє індивідуалізувати юридичну особу або фізичну особу-підприємця серед інших учасників ринкових відносин, відрізнити один суб'єкт господарювання від іншого, є складовою його ділової ре-

<sup>678</sup> Головизнина І.А. Незаконное использование товарного знака: проблемы квалификации и правоприменения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 10-11, 20-21.

<sup>679</sup> Беляневич Е. Некоторые вопросы права на фирменное наименование // Бизнес. Бухгалтерия. – 15 мая 2002 г. – № 20; Сергеев А.П. Право на фирменное наименование и товарный знак. – СПб: Изд-во С.-Петербург. гос. ун-та, 1995. – С. 19. Цілком очевидно, що породжена вітчизняним законодавцем неоднозначність із питання про право на фірмове найменування з боку фізичних осіб – підприємців та суб'єктів господарювання – некомерційних юридичних осіб (або, якщо використовувати термінологію ЦК, непідприємницьких товариств) ефективному застосуванню ст. 229 КК явно не сприяє.

путації. Ставши відомим, фірмове (комерційне) найменування, як і знак для товарів чи послуг, виконує рекламну функцію.

У структурі фірмового найменування сучасна цивілістика виділяє дві складові: 1) корпус – вказує на організаційно-правову суб'єкта, його тип і предмет діяльності; 2) додавання – поділяються на обов'язкові (спеціальне найменування суб'єкта господарювання типу «Калібр», «Світлана» тощо) і факультативні (додатки типу «універсальний», «спеціалізований», скорочене фірмове найменування). Існує і точка зору, згідно з якою така концепція структури фірмового найменування призводить до ототожнення понять «найменування юридичної особи» та «комерційне (фірмове) найменування» і не акцентує уваги на основному та оборотоздатному елементі фірми<sup>680</sup>.

Відомості про комерційне найменування суб'єкта господарювання вносяться за його поданням до реєстрів, порядок ведення яких встановлюється законом. Суб'єкт господарювання, комерційне найменування якого було включено до реєстру раніше, має пріоритетне право захисту перед будь-яким іншим суб'єктом, тотожне комерційне найменування якого включено до реєстру пізніше. Правовій охороні підлягає як повне, так і скорочене комерційне найменування суб'єкта господарювання, якщо воно фактично використовується ним у господарському обігу. Право інтелектуальної власності на комерційне найменування є чинним з моменту першого використання цього найменування та охороняється без обов'язкового подання заявки на нього чи його реєстрації і незалежно від того, чи є комерційне найменування частиною торговельної марки.

*Кваліфіковане зазначення походження товару* – це позначення, яке включає в себе назву місця та географічне зазначення походження товару і яке підлягає реєстрації у встановленому законодавством порядку. Йдеться про будь-яке словесне чи зображувальне (графічне) позначення, що прямо чи опосередковано вказує на географічне місце походження товару, який має певні якості, репутацію та інші характеристики, зумовлені (виключно або головним чином) характерними для такого місця природними умовами чи людським фактором або їх поєднанням (ст. 1 Закону Украї-

ни від 16 червня 1999 р. «Про охорону прав на зазначення походження товарів»). Річ у тім, що специфічні властивості товару можуть бути зумовлені природними чинниками – кліматом, ґрунтом, водою, ландшафтом місцевості тощо (наприклад, мінеральні води «Миргородська» і «Трускавецька») та (або) технологією виробництва товару, яка склалася внаслідок багаторічного досвіду, секретами виробництва, традиціями і культурою людей, які проживають у певній місцевості (наприклад, Баранівська порцеляна). Необхідність кримінально-правової охорони кваліфікованого зазначення походження товару зумовлена інтересами захисту прав виробників товару від недобросовісних конкурентів, які використовують традиційні найменування місць походження, але розташовані в іншій місцевості і не мають відношення до справжнього виробника.

Свідоцтво, що посвідчує реєстрацію права на використання кваліфікованого зазначення походження товару, діє протягом десяти років від дня подання заявки. Власник свідоцтва має право, зокрема, вживати заходів щодо заборони неправомірного використання зазначення особами, які не мають на це права<sup>681</sup>.

Не є предметом розглядуваного злочину просте зазначення походження товару – будь-яке словесне чи зображувальне (графічне) позначення, що прямо чи опосередковано вказує на географічне місце походження товару (країну, регіон, населений пункт тощо). Також не є предметом злочину, передбаченого ст. 229 КК, кваліфіковане зазначення походження товару, пов'язане з географічним місцем в іноземній державі, якщо право на це зазначення не охороняється у відповідній іноземній державі. Зроблений висновок випливає з того, що такому зазначенню не надається правова охорона і згідно з чинним українським законодавством.

**З об'єктивної сторони** аналізований злочин характеризується сукупністю трьох ознак: 1) діянням у вигляді незаконного використання предметів, альтернативно вказаних у ч. 1 ст. 229 КК, або іншого порушення права на знак для товарів і послуг, фірмове найменування або кваліфіковане зазначення походження товару; 2) суспільно небезпечними наслідками – матеріальною шкодою у значному, великому або особливо великому розмірі; 3) причинним зв'язком між вказаним діянням та наслідками.

*Використанням знака для товарів чи послуг* визнається: 1) нанесення його на будь-який то-

<sup>680</sup> Ішук С. Структура комерційного (фірмового) найменування // Юридична Україна. – 2008. – № 8. – С. 49; Кузнецова Н.С., Кохановська О.В. Найменування юридичної особи і комерційне (фірмове) найменування: проблема співвідношення, регулювання і захисту // Правова охорона комерційних позначень в Україні: проблеми теорії і практики: Зб. наук. статей / За заг. ред. Ю.С. Шемшученка, Ю.Л. Бошицького. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006. – С. 448-459.

<sup>681</sup> Положення про Державний реєстр України назв місць походження та географічних зазначень походження товарів і прав на використання зареєстрованих кваліфікованих зазначень походження товарів затверджене наказом МОН від 13 грудня 2001 р. № 798.



вар, упаковку, в якій міститься товар, вивіску, пов'язану з ним, етикетку, нашивку, бирку чи інший прикріплений до товару предмет, зберігання такого товару із зазначеним нанесенням знака з метою пропонування для продажу, продаж, імпорту та експорту; 2) застосування знака під час пропонування та надання будь-якої послуги; 3) застосування його в діловій документації чи в рекламі та в мережі Інтернет. Таким же чином має вирішуватися питання про використання фірмового найменування. Разом з тим не слід розцінювати як використання права на фірму випадки, коли фірмове найменування конкретного суб'єкта господарювання згадується у різноманітних рейтингах, аналізах ринку товарів чи послуг, узагальненнях судової практики тощо.

*Г., будучи директором ТОВ, у період з 1 вересня 2001 р. до 28 лютого 2003 р., знаючи про те, що з 16 квітня 2001 р. знак для товарів і послуг «Digital print» належить одному ПП, організувала діяльність очолюваного нею ТОВ із друку та реалізації журналу «Digital print. Сучасні технології». При цьому в назві та інших реквізитах журналу незаконно використовувався знак «Digital print», свідоцтво на який належало ПП. Постановою Шевченківського районного суду м. Києва Г. було звільнено від кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ст. 229 КК, у зв'язку з амністією<sup>682</sup>.*

*Вироком Новозаводського районного суду м. Чернігова трьох осіб було засуджено у т.ч. за ст. 229 КК за те, що вони, діючи за попередньою змовою групою осіб і незаконно використовуючи товарний знак і фірмове найменування ЗАТ НВЦ «Борицагівський хіміко-фармацевтичний завод», налагодили виробництво медичного препарату «Сироп солодкового кореня». Фальсифікований медичний препарат продавався комерційним структурам і приватним підприємцям. Правильність кваліфікації дії засуджених ухвалою від 22 травня 2007 р. підтвердила колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ.*

Відповідно до ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» знак для товару чи послуги визнається використаним як тоді, коли його застосовано у формі зареєстрованого знака, так і тоді, коли його застосовано у формі, що відрізняється від зареєстрованого знака лише окремими елементами, якщо це не змінює в цілому відмітності знака. Свідоцтво надає власнику право забороняти іншим особам використовувати без його згоди, зокрема: а) позначення, схоже із зареєстрованим знаком, стосовно наведених у свідоцтві товарів і послуг, якщо вна-

слідок такого використання ці позначення і знак можна сплутати; б) позначення, схоже із зареєстрованим знаком, стосовно споріднених товарів і послуг, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товар чи надає послуги, або ці позначення і знак можна сплутати.

Ці законодавчі положення слід враховувати, вирішуючи питання, чи містять ознаки складу розглядуваного злочину випадки використання так званих імітуючих позначень – схожих настільки, що їх можна сплутати із зареєстрованими раніше знаками, добре відомими знаками або фірмовими найменуваннями, які відомі в Україні і належать іншим особам (наприклад, Panasonic або Panasonic замість Panasonic, Smirnov замість Smirnoff, Adedas, Abibas або Didacs замість Adidas, F&M замість L&M, Neesafe замість Nescafe, Fanfa замість Fanta, Адміральське замість Адміралтейське, Bel-a-med замість Blend-a-med, PEPSI замість PEPSI). На сьогодні в Україні у разі використання імітуючих позначень спостерігається чітко виражена протиправність такої поведінки<sup>683</sup>. Отже, використання імітуючих позначень, порушуючи право інтелектуальної власності на знак для товарів чи послуг<sup>684</sup>,

<sup>683</sup> Формулювання «чужий знак для товарів та послуг», вжите у попередній редакції ст. 229 КК, вказувало на тотожність знаку і виключало притягнення до кримінальної відповідальності суб'єктів, які використовували позначення, схожі до ступеня змішування з товарними знаками інших суб'єктів (Дубинський М., Сопільняк В. Незаконне використання товарного знака: кримінально-правова характеристика // Юридичний журнал. – 2003. – № 10. – С. 66). Аналізуючи ст. 155 КК РРФСР 1960 р., яка встановлювала караність незаконного користування чужим товарним знаком, Б.М. Леонтєв стверджував, що злочином є також використання знаку, який так мало відрізняється від товарного знаку іншого підприємства, що це може ввести в оману покупців (Леонтєв Б.М. Ответственность за хозяйственные преступления. – М.: Госюриздат, 1963. – С. 77). Наведена позиція, вочевидь, може слугувати прикладом поширювального тлумачення кримінального закону.

<sup>684</sup> Такий саме висновок зроблено у п. 42 рекомендацій Президії ВСУ від 10 червня 2004 р. № 04-5/1107 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності». Тут зазначається, що порушенням прав на знак визнається, зокрема, введення в цивільний оборот позначень, які є схожими настільки, що їх можна сплутати із зареєстрованими раніше знаками, добре відомими знаками чи фірмовими найменуваннями.

При встановленні схожості словесних позначень або позначень, до складу яких входять слова, враховується звукова (фонетична), графічна (візуальна) та смислова (семантична) схожість. Експерт описує всі елементи позначення, визначає домінуючі елементи та певні асоціації. При проведенні дослідження експерт враховує, що споживач не має можливості детально порівнювати обидва позначення, а керується загальним враженням, часто нечітким, про позначення, яке він колись бачив. У свідомості споживача, як правило, залишаються суттєві елементи позначення, а тому різниця в несуттєвих деталях не може бути підставою для визнання позначень несхожими (Негрескул В. Проблемні питання судового захисту прав на знаки для товарів та послуг в Україні // Юридичний журнал. – 2002. – № 1. – С. 81). З питаннями, які ставляться перед судовими експертами та

<sup>682</sup> Коваль А. Відповідальність за незаконне використання товарного знака: законодавче врегулювання, судова та слідча практика // Юридичний журнал. – 2005. – № 1. – С. 13.

за наявності спричиненої матеріальної шкоди у відповідному розмірі, має кваліфікуватись за ст. 229 КК. За таких обставин потреби у тому, щоб доповнювати диспозицію ст. 229 КК вказівкою на використання імітуючих позначень товарів і послуг<sup>685</sup>, немає.

Використанням зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару визнається: 1) нанесення його на товар або етикетку; 2) нанесення на упаковку товару, застосування в рекламі; 3) запис на бланках, рахунках та інших документах, що супроводжують товар (п. 5 ст. 17 Закону «Про охорону прав на зазначення походження товарів»).

Вироком Голосіївського районного суду м. Києва П. і Ш. були засуджені за сукупністю злочинів, передбачених ст. 227 і ч. 2 ст. 229 КК. Протягом серпня – вересня 2003 р. ці особи, діючи за попередньою змовою між собою, здійснили випуск на товарний ринок виготовленої ними недоброякісної продукції – 5 250 літрів ґрунтової загальною вартістю понад 32000 грн. Крім цього, П. і Ш. незаконно використали знак для товарів реального власника оригінальної продукції – ТОВ з іноземними інвестиціями «Хенкель Баутехнік (Україна)» у вигляді етикеток з написом «Ґрунтовка глибокопроникна «Ceresit СТ-17», чим завдали йому матеріальної шкоди в особливо великих розмірах. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ, підтвердивши правильність кваліфікації дій П. і Ш. за ст. 227 КК, водночас визнала необґрунтованим засудження цих осіб за ч. 2 ст. 229 КК. При цьому жодного пояснення такого рішення колегія суддів у своїй ухвалі не навела<sup>686</sup>.

Незаконним є передусім таке використання знака для товару чи послуги, яке здійснюється без дозволу на те власника свідоцтва на знак. При цьому слід враховувати, що власник має право дати будь-якій особі дозвіл на використання знака на підставі ліцензійного договору. Останній повинен містити умову про те, що якість товарів і послуг, виготовлених чи наданих за ліцензійним договором, не може бути нижчою від якості товарів і послуг власника свідоцтва і що він здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови. Умисне недотримання ліцензіатом вказаної вимоги законодавства щодо якості товарів чи послуг за умови спричинення відповідної матеріальної

які пов'язані з дослідженням торговельних марок (знаків для товарів і послуг), комерційних (фірмових) найменувань і географічних зазначень, можна ознайомитись у книзі: Судова експертиза прав інтелектуальної власності: збірник питань / За ред. П.П. Крайнева. – К.: НДЦСЕПВ, 2006. – С. 9-10.

<sup>685</sup> Броневицька О.М. Відповідність норм кримінального законодавства України чинним міжнародним договорам: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2011. – С. 189.

<sup>686</sup> Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах: Офіційне видання. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. – С. 295-298.

шкоди утворює склад розглядуваного злочину.

Незаконність використання знака потрібно вбачати і в разі, коли особа, здійснюючи посередницьку діяльність, без укладення договору з виробником товарів або особою, що надає послуги, використовує знак зазначених осіб поряд із своїм знаком. Також незаконним слід вважати використання знака без дозволу тієї особи, яка лише подала заявку для проведення внутрішньодержавної або міжнародної реєстрації знака і поки що відповідний документ не отримала.

Вирішуючи питання про незаконність використання знака для товарів чи послуг, слід враховувати, що виключне право власника свідоцтва забороняти іншим особам використовувати без його згоди зареєстрований знак не поширюється, зокрема, на: здійснення будь-якого права, що виникло до дати подання заявки або, якщо було заявлено пріоритет, до дати пріоритету заявки; некомерційне використання знака; усі форми повідомлення новин і коментарів новин; добросовісне застосування іншими особами своїх імен чи адрес. У подібних випадках підстав для застосування ст. 229 КК не вбачається.

У 2007 р. прокуратурою АРК було порушено кримінальну справу за ознаками злочину, передбаченого ст. 229 КК, за фактом незаконного використання приватним підприємцем Х. (здійснював підприємницьку діяльність на території м. Севастополя) комбінованого знаку для товарів і послуг (становив собою сукупність словесного та зображувальних позначень), право власності на який з січні 2006 р. зареєстровано за підприємством «Б» (здійснювало підприємницьку діяльність у м. Сімферополі). Досудовим слідством встановлено, що на початку 2007 р. керівництво підприємства «Б» звернулося до Х. з листом, у якому вимагало припинити використовувати у відповідній підприємницькій діяльності (в сфері реклами) словесне позначення, яке займає ключове місце у належному підприємству комбінованому знаку для товарів і послуг. Однак Х., не припиняючи використовувати зазначене словесне позначення, зареєстрував через чотири місяці на території м. Севастополя ПП «С», яке містило у своєму найменуванні вказане словесне позначення. Як аргумент щодо відсутності в своїх діях складу злочину, Х. показав, що фактично зареєстрований як підприємець з 2003 р. З моменту державної реєстрації він добросовісно здійснював свою підприємницьку діяльність в сфері реклами на території м. Севастополя, використовуючи зазначене словесне позначення. У зв'язку з цим, на його думку, він має право згідно з ЦК використовувати у своїй діяльності складову частину торговельної марки як попередній користувач (факт використання

вказаного словесного позначення підприємцем з 2003 р. надалі знайшов своє підтвердження під час досудового слідства). При цьому підприємство «Б» не зверталося з позовом до Х. про припинення використання торговельної марки, право власності на яку на теперішній час зареєстровано за ПП «Б».

На думку С.В. Лісунова, у наведеній ситуації відсутні підстави для притягнення Х. до кримінальної відповідальності за ст. 229 КК, а справа підлягає закриттю за відсутністю складу злочину. Автор звертає увагу на ч. 1 ст. 500 ЦК, якою передбачено, що будь-яка особа, яка до дати подання заявки на торговельну марку або, якщо було заявлено пріоритет, до дати пріоритету заявки в інтересах своєї діяльності добросовісно використала торговельну марку в Україні, або здійснила значну і серйозну підготовку для такого використання, має право на безоплатне продовження такого використання, або використання, яке передбачалося зазначеною підготовкою (право попереднього користувача). Звідси, вважає С.В. Лісунов, якщо правоохоронними органами буде встановлено факт умисного використання особою чужої торговельної марки, однак за цією особою судом може бути визнано право попереднього користувача, то до вступу у законну силу рішення суду про зобов'язання її припинити використовувати цю торговельну марку, не може ставитись питання про порушення кримінальної справи за ст. 229 КК. Навіть якщо рішенням суду буде встановлено, що особа не мала права попереднього користувача, її можна притягнути до кримінальної відповідальності на підставі ст. 229 КК лише, якщо після набрання законної сили цим судовим рішенням вона не припинить використовувати чужу торговельну марку та, як наслідок, завдасть відповідної матеріальної шкоди власнику. А оскільки особа не могла усвідомлювати та передбачити, що судові рішення буде не на її користь, це свідчить про відсутність прямого умислу на незаконне використання торговельної марки, а, отже, складу злочину, передбаченого ст. 229 КК<sup>687</sup>.

Взагалі право попереднього користувача означає, що суб'єкт господарювання, який використовував у своїй діяльності торговельну марку, не зареєстровану у встановленому законодавством порядку, має право на безоплатне продовження такого використання, яке він здійснював до того часу чи планував здійснювати відповідно до проведеної серйозної та значної підготовки

<sup>687</sup> Лісунов С.В. Право попереднього користувача на торговельну марку як обставина, що виключає кримінальну відповідальність за ст. 229 КК України // Теоретичні і прикладні проблеми кримінального права України: Матеріали міжнарод. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20-21 травня 2011 р. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 309-312.

щодо цього, навіть незважаючи на те, що інший суб'єкт господарювання зареєстрував у встановленому порядку тотожне чи схоже до ступеня змішування позначення як знак для товарів і послуг. Для визначення умов права попереднього користувача законодавець використовує оціночні поняття («добросовісне використання», «значна і серйозна підготовка для використання»), що породжує у судовій практиці неоднозначне тлумачення змісту права попереднього користувача<sup>688</sup>.

Неточним є виокремлення такої форми незаконного використання знака для товарів і послуг, як застосування такого знака, свідоцтво на який належить кільком особам, однією (кількома) із них без згоди решти власників<sup>689</sup>. Річ у тім, що відповідно до п. 3 ст. 16 Закону «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» кожний співвласник свідоцтва у разі відсутності угоди між кількома власниками може використовувати знак на свій розсуд. У зв'язку з цим говорити у такій ситуації про будь-яку незаконність використання знака одним із співвласників свідоцтва не доводиться.

Разом з тим кримінально караним порушенням права на знак для товарів чи послуг слід визнавати дії того власника свідоцтва на знак, який без згоди решти власників свідоцтва видав ліцензію або передав право власності на знак іншій особі. Дії того, хто у розглядуваній ситуації став власником права на знак або ліцензіатом, можуть кваліфікуватись за ст. 229 КК як незаконне використання знака за умови спричинення матеріальної шкоди у значному, великому чи особливо великому розмірі та усвідомлення особою тієї обставини, що вона отримала дозвіл на використання знака або стала його власником без належної згоди всіх власників свідоцтва на знак.

*Порушенням права на знак для товарів чи послуг у плані відповідальності за ст. 229 КК є також використання знаку без згоди власника свідоцтва у доменних іменах<sup>690</sup>, а так само пося-*

<sup>688</sup> Контарєва С.О. Право попереднього користувача об'єктом інтелектуальної власності: окремі аспекти встановлення в порядку господарського судочинства // Вісник господарського судочинства. – 2011. – № 2. – С. 165-173.

<sup>689</sup> Берзін П.С. Незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів, послуг: аналіз складів злочину, передбаченого ст. 229 КК України: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 110.

<sup>690</sup> Доменне ім'я – це ім'я, що використовується для адресації комп'ютерів і ресурсів в Інтернеті. Доменне ім'я не є різновидом торговельної марки і не виступає предметом аналізованого злочину. Однак особа, яка без відповідних правових підстав використовує доменне ім'я, яке співпадає із зареєстрованим знаком для товарів і послуг, вважається такою, що порушує право на торговельну марку, а тому за наявності підстав ця особа може нести відповідальність за ст. 229 КК.



гання на право власника відповідного свідоцтва проставляти поряд із знаком попереджувальне маркування<sup>691</sup>, яке вказує на те, що цей знак зареєстрований в Україні.

Обсяг правової охорони, яка надається, визначається наведеними у свідоцтві зображенням знака і переліком товарів та послуг, у зв'язку з чим використання знака без згоди його власника не завжди має розцінюватись як незаконне з погляду кваліфікації дій за ст. 229 КК<sup>692</sup>. Водночас незаконність використання може вбачатись у разі застосування добре відомих знаків (наприклад, Coca-Cola, SONY, McDonald's, Mitsubishi, Ford, BMW, Microsoft) на товарах і послугах, що не споріднені з тими, для яких знак у встановленому порядку визнано добре відомим в Україні. Тобто правова охорона у цьому випадку надається не за чітко зазначеними переліками товарів або послуг. З урахуванням ризику змішування у свідомості споживачів різних товарів і послуг стосовно їх походження права на так звані знамениті бренди можуть бути порушені, якщо ці знаки використовуються навіть у неконкурентних сферах, стосовно неоднорідних товарів і послуг.

*Використання фірмового найменування є незаконним у разі, коли воно здійснюється без дозволу уповноваженої особи, що може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання, який має пріоритет на використання цього найменування.*

Згідно з ч. 2 ст. 4 Закону «Про захист від недобросовісної конкуренції» використання у фірмовому найменуванні власного імені фізичної особи не визнається неправомірним, якщо до власного імені додається який-небудь відмітний елемент, який виключає змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання.

Відповідно до ст. ст. 489, 490 ЦК і ст. 159 ГК комерційне (фірмове) найменування дає можливість вирізнити одну особу з-поміж інших та не повинне вводити споживачів в оману щодо справжньої діяльності цієї особи. Тому правовласнику надається правова охорона як проти використання іншими особами тотожних найменувань, так і проти використання ними найменувань, які є схожими настільки, що їх можна сплутати з відповідними комерційними (фірмо-

<sup>691</sup> Попереджувальне маркування може набувати вигляду позначення типу М, ТМ, Reg.ТМ, зірочки, великої латинської літери R, обведеної колом, тощо.

<sup>692</sup> Незаконне використання товарного знака можливе лише стосовно однорідних товарів, а для визначення того, що порушник використав чужий знак саме для однорідних товарів чи послуг, потрібно встановити і довести, що найменування товарів і послуг порушника відносяться до тих же класів, що й у власника знака (Петров І.А. Охрана товарных знаков в Российской Федерации. – М.: Дело, 2002. – С. 56-57).

вими) найменуваннями і це вводить в оману споживачів щодо товарів або послуг (п. 4 постанови Пленуму ВГСУ від 23 березня 2012 р. № 5 «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності»)<sup>693</sup>. З моменту набрання чинності ЦК 2003 р. особи можуть мати однакові комерційні найменування, якщо це не вводить в оману споживачів щодо товарів, які вони виробляють та (або) реалізують, та послуг, які ними надаються.

Звідси випливає, що висновок про наявність чи відсутність складу розглядуваного злочину потрібно робити у кожному конкретному випадку з урахуванням того, чи був умисел особи спрямований на введення в оману контрагентів і споживачів продукції носія фірмового найменування, на те, щоб у власних інтересах скористатись усталеною позитивною діловою репутацією іншого суб'єкта господарювання.

Використання особою подібного фірмового найменування, що призводить до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання, може також розглядатись як господарське правопорушення (недобросовісна конкуренція) – неправомірне використання позначення (ст. 4 Закону «Про захист від недобросовісної конкуренції»).

*Використанням зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару визнається:* 1) нанесення його на товар або на етикетку; 2) нанесення на упаковку товару, застосування у рекламі; 3) запис на бланках, рахунках та інших документах, що супроводжують товар. Використання визнається *незаконним* у таких випадках: 1) використання здійснюється особою, яка не має свідоцтва про право на його використання; 2) зазначення використовується, хоч товар не походить із зареєстрованого для цього зазначення географічного місця (навіть якщо справжнє місце походження товару або географічне зазначення його походження використовується у перекладі або супроводжується словами: «вид», «тип», «стиль», «марка», «імітація» тощо); 3) використання вводить в оману споживачів щодо походження товару та його особливих властивостей або інших характеристик, а також тоді, коли використання щодо неоднорідних товарів завдає шкоди репутації зареєстрованого зазначення або є неправомірним використанням його репутації; 4) використання як видової назви.

Найчастіше змішування з діяльністю іншого

<sup>693</sup> Див. з цього приводу також п. 5 Оглядового листа ВГСУ від 4 квітня 2012 р. № 01-06/417/2012 «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України)».

суб'єкта господарювання при незаконному використанні кваліфікованого зазначення походження товару буває двох видів. Це може бути використання особою, яка не має права на використання кваліфікованого зазначення походження товару, тотожного (оригінального) зазначення або імітація зазначення, з одного боку, і зовнішнього вигляду товарів, позначених таким зазначенням, з іншого. Схожість має місце, якщо порівнювані зазначення не відрізняються одне від одного в основних, домінуючих елементах, тобто відсутнє істотне розходження між ними, що впадало б в очі та могло бути сприйняте пересічним споживачем<sup>694</sup>.

З'ясовуючи питання про незаконність використання предметів, зазначених у ст. 229 КК, слід також враховувати законодавчі вимоги щодо заборони діяльності з рекламування знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби (мається на увазі Закон від 22 вересня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони реклами, спонсорства та симулювання продажу тютюнових виробів»).

Фактично чинна редакція ст. 229 КК, не розкриваючи суті забороненого нею діяння, визнає злочином будь-яке порушення прав інтелектуальної власності на засоби індивідуалізації учасників цивільного (господарського) обороту, зміст якого визначається регулятивним законодавством. Правий П.С. Берзін, коли пише про надмірність вживання у тексті ч. 1 ст. 229 КК термінологічного звороту «незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару»<sup>695</sup>. Справді, така поведінка винного охоплюється іншим словосполученням, використаним у ст. 229 КК, – «інше порушення права на ці об'єкти». Водночас закріплення у КК запропонованого П.С. Берзіним формулювання «умисне порушення права на... якщо це заподіяло матеріальну шкоду...» означатиме посилення бланкетності аналізованої кримінально-правової норми; як наслідок, кримінальний закон стане ще менш зрозумілим для правоохоронців і потенційних злочинців і вимагатиме все більше зусиль щодо його тлумачення. Займаючись вдосконаленням КК, варто рухатись принципово іншим шляхом. Треба спробувати на підставі вивчення положень регулятивного законодавства, правозастосовної практики (у кримінальних, цивільних і господарських справах), зарубіжного досвіду та із залученням фа-

хівців у галузі законодавства про право інтелектуальної власності виокремити ті найбільш суспільно небезпечні різновиди порушення законодавства про торговельну марку, фірмове найменування і кваліфіковане зазначення походження товару, які насправді потребують кримінально-правового регулювання<sup>696</sup>.

Якщо цього не зробити і продовжувати вважати матеріальну шкоду у відповідному розмірі єдиною і достатньою криміноутворюючою ознакою, то і надалі лунатимуть пропозиції декриміналізувати розглядуваний злочин на тій підставі, що у чинному (некримінальному) законодавстві вистачає правових важелів впливу на порушників законодавства про торговельну марку, фірмове найменування і кваліфіковане зазначення походження товару і сенсу в застосуванні кримінальної відповідальності щодо цих правопорушників немає<sup>697</sup>.

В юридичній літературі висловлено пропозицію доповнити ст. 229 КК альтернативною вказівкою на вимогу передачі прав інтелектуальної власності на засоби індивідуалізації, поєднану з погрозою насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб, пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці. Виступаючи проти такого варіанту вдосконалення КК, В.Б. Харченко слушно звертає увагу на те, що на сьогодні поєднана з відповідною погрозою вимога виконати чи не виконати цивільно-правове зобов'язання (у т.ч. щодо об'єктів права інтелектуальної власності) вже утворює самостійний склад злочину, передбаченого ст. 355 КК. У разі, коли зазначена вимога поєднується з фактичним незаконним використанням засобів індивідуалізації, згаданих у ст. 229 КК, вчинене має кваліфікуватись за сукупністю злочинів<sup>698</sup>.

Злочин, передбачений ст. 229 КК, вважається *закінченим* з моменту заподіяння матеріальної шкоди *у значному розмірі*, тобто коли її розмір у двадцять і більше разів перевищує НМДГ (примітка до ст. 229 КК). Матеріальна шкода у цьому разі *включає як пряму дійсну шкоду*, так і упу-

<sup>696</sup> Тому важко погодитись із пропозицією В.Б. Харченка застосовувати у порядку вдосконалення кримінального законодавства про відповідальність за злочини у сфері інтелектуальної власності виключно бланкетні диспозиції (Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності в Україні: перспективи розвитку та гармонізації з європейським законодавством: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2011. – С. 6).

<sup>697</sup> Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 254.

<sup>698</sup> Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: Монографія. – Х.: ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2011. – С. 237-238.

<sup>694</sup> Мельниченко Ю. Особливості кваліфікації неправомірного використання кваліфікованого зазначення походження товарів // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 11. – С. 81-84.

<sup>695</sup> Берзін П.С. Вказана праця. – С. 144.

щину (втрачену) вигоду. Структурно матеріальна шкода включає в себе, зокрема, суми коштів, які суб'єкт права на знак для товарів чи послуг, фірмове найменування або кваліфіковане зазначення походження товару: 1) витратив (повинен витратити) для відновлення свого порушеного права; 2) одержав би від особи, яка порушила його право на відповідний об'єкт права інтелектуальної власності, у разі використання або надання ліцензії на використання такого права у передбаченому законодавством порядку. При визначенні розміру заподіяної матеріальної шкоди може братись до уваги Національний стандарт № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності», затверджений постановою КМУ від 3 жовтня 2007 р. № 1185<sup>699</sup>.

Втрачена вигода може бути спричинена тим, що винна особа, незаконно використовуючи чужий знак, розширює сферу збуту своєї продукції і тим самим послаблює на ринку попит на оригінальні товари, які виробляються та реалізуються власником знака на товар. Заподіяння шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання також може братись до уваги при визначенні розміру заподіяної цим злочином шкоди – як показник зменшення вартості гудвілу. Згідно зі ст. 14 ПК гудвіл (або вартість ділової репутації) – це нематеріальний актив, вартість якого визначається як різниця між ринковою ціною та балансовою вартістю активів підприємства як цілісного майнового комплексу, що виникає в результаті використання кращих управлінських якостей, домінуючої позиції на ринку товарів, послуг, нових технологій тощо<sup>700</sup>.

Свого часу П.С. Берзін зазначив, що притягнення до відповідальності за ст. 229 КК «можливе лише не інакше як за наявності позову або скарги потерпілого»<sup>701</sup> – суб'єкта права на засоби індивідуалізації. Ця точка зору не ґрунтувалась на чинному на момент її висловлення кримінально-процесуальному законодавстві, однак вважалась показовою в аспекті його вдосконалення. Цікаво, що ст. 199 КК УСРР 1922 р. визнавала злочином самовільне користування в цілях недобросовісної конкуренції чужим товарним, фабричним або ремісницьким знаком, моделлю, малюнком, чужою фірмою або найменуванням; кримінальне пере-

слідування проти осіб, які вчинили цей злочин, здійснювалось лише за заявою потерпілої особи – підприємства чи громадянина, яким належало порушене право<sup>702</sup>.

Віднесення злочину, передбаченого ст. 229 КК, до правопорушень, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення (ст. 477 КПК 2012 р.), враховує спроможність і зацікавленість саме потерпілої особи встановити точний розмір заподіяної йому матеріальної шкоди.

Незаконне використання фірмового найменування, знака для товарів чи послуг або кваліфікованого зазначення походження товару, а так само інше умисне порушення прав на ці об'єкти, яке не було пов'язане із заподіянням шкоди у значному, великому чи особливо великому розмірі, тягне адміністративну відповідальність (ст. 51-2, ст. 156-3, ч. 1 ст. 164-3 КпАП).

Законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо посилення відповідальності за незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару, та злочини, пов'язані з оборотом товарів, що не відповідають встановленим вимогам законодавства)», розробленим народними депутатами України А.К. Кінахом, М.В. Круцем і В.М. Чудновим, склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 229 КК, пропонується перетворити на формальний. Поділяючи стурбованість авторів законопроекту труднощами встановлення розміру матеріальної шкоди, заподіяної внаслідок умисного порушення прав на знак для товарів і послуг, фірмове найменування і кваліфіковане зазначення походження товару, водночас зауважимо, що реалізація пропонованого підходу призведе не лише до виникнення колізії між вказаними адміністративно-правовими нормами і ч. 1 ст. 229 КК, а й до не виправданого розширення сфери застосування кримінально-правової репресії.

**Суб'єкт** злочину – загальний.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною формою вини.

У розроблених у 2004 р. Головним слідчим управлінням МВС України Методичних рекомендаціях «Розкриття та розслідування злочинів, пов'язаних з незаконним використанням товарного знака, фірмового найменування та кваліфікованого зазначення товару» вказується, що про умисний характер незаконної поведінки особи можуть свідчити такі обставини: особа не зверталась в уповноважений орган з метою реєстрації знака для товарів і послуг та отримання

<sup>699</sup> Методика оцінки майнових прав інтелектуальної власності затверджена наказом ФДМУ від 25 червня 2008 р. № 740.

<sup>700</sup> Див. також: Гурова А. К вопросу о расчете и доказывании размера убытков, причиненных нарушением немущественных прав субъектов хозяйствования // Підприємство, господарство і право. – 2009. – № 1. – С. 38-40; Костин А.В. Оценка убытков правообладателей товарных знаков от контрафакции: Автореф. дис. ... канд. экон. наук. – М., 2009. – 27 с.

<sup>701</sup> Берзін П.С. Вказана праця. – С. 144.

<sup>702</sup> Уголовный кодекс советских республик. Текст и постатейный комментарий под ред. С. Канарского. – 2-е изд. – К.: Гос. изд-во Украины, 1925. – С. 402-403.



інформації про власників відповідного товарного знаку; особа отримала відмову в реєстрації знаку у зв'язку з тотожністю або схожістю до ступеню змішування із зареєстрованими товарними знаками щодо однорідних товарів або знаками, охоронюваними відповідно до міжнародних договорів, учасником яких є Україна; суб'єкт знав про те, що використовує знак, добре відомий споживачам і зареєстрований на ім'я іншої особи; своїми діями винний бажав ввести в оману споживачів.

Мотиви можуть бути різними (корисливі спонукання, бажання перемогти у конкурентній боротьбі тощо), на кваліфікацію за ст. 229 КК не впливають і враховуються при призначенні покарання.

У літературі висувається пропозиція закріпити як обов'язкову суб'єктивну ознаку злочину, передбаченого ст. 180 КК РФ (аналог ст. 229 КК), мету недобросовісної конкуренції. Стверджується, що такий крок, крім всього іншого, дозволить вирішити проблему кваліфікації незаконного використання товарного знаку, спільно вчиненого працівниками суб'єкта господарювання – його керівниками, які організували вчинення злочину, і найманими підлеглими працівниками, поведінка яких (за умови усвідомлення незаконності використання знаку для товарів і послуг) формально є злочинною, однак позбавлена суспільної небезпеки<sup>703</sup>.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 229 КК) є: повторність; вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб; заподіяння матеріальної шкоди *у великому розмірі* (її розмір перевищує у двісті і більше разів НМДГ).

**Особливо кваліфікуючими ознаками** (ч. 3 ст. 229 КК) є: вчинення злочину службовою особою з використанням службового становища; організованою групою; заподіяння матеріальної шкоди *в особливо великому розмірі* (її розмір у тисячу і більше разів перевищує НМДГ).

Розглядуваний злочин може утворювати сукупність з іншими кримінально караними посяганнями, передбаченими, зокрема, ст. ст. 204, 216 КК. У тих випадках, коли знак для товарів чи послуг завдяки творчості, виявленій при його створенні, є оригінальним твором мистецтва, що виключає можливість його об'єктивного збігу (без копіювання) з іншими знаками (наприклад, певна музична мелодія, малюнок або скульптурне зображення), дії особи, яка незаконно використовує такий знак, за наявності до цього підстав можуть кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 176, 229 КК.

<sup>703</sup> Головизнина И.А. Незаконное использование товарного знака: проблемы квалификации и правоприменения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 11, 21-23.

**Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю** (ст. 231 КК). Вважається, що комерційне (промислове) шпигунство є більш давнім явищем, ніж навіть військове шпигунство, і з'явилося ще у стародавні часи, коли одна людина, навчившись щось робити, почала приховувати секрети своєї майстерності, а небайдужий сусід у будь-який спосіб намагався вивідати ці секрети. З давніх-давен винороби, ювеліри, ковалі, каменярі та інші професіонали не афішували секрети власного виробництва, а удачливі купці приховували інформацію про своїх постійних постачальників, заплановані договори, нестандартні засоби впливу на контрагентів. У цеховій системі середньовіччя деякі секрети цеху охоронялись не лише від сторонніх осіб, а й від учнів і підмайстрів. Зарубіжні фахівці, ілюструючи тезу про стародавній характер промислового шпигунства, наводять приклад про римського імператора Юстиніана, який підірвав китайську торгівлю шовком на Близькому і Середньому Сході, організувавши викрадення шовковичних черв'яків. Відомий американський бізнесмен Дж. Д. Рокфеллер використовував класичні шпигунські методи для того, щоб випередити своїх конкурентів у боротьбі за родовища нафти у США у 70-х роках XIX століття<sup>704</sup>.

Натомість під час функціонування у колишньому СРСР соціалістичної системи господарювання існування кримінально-правових норм про захист комерційної таємниці було позбавлено сенсу. Адже в той час заохочувався широкий обмін передовим досвідом між підприємствами, а раціоналізаторські пропозиції в обов'язковому порядку запроваджувались на аналогічних підприємствах тієї чи іншої галузі.

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 231 КК, передусім зумовлена тим, що, будучи проявом недобросовісної конкуренції, це діяння завдає шкоди правам і законним інтересам суб'єктів господарювання як учасників ринкових відносин, негативним чином впливає на науково-технічний прогрес і стабільність господарського обороту, позбавляє підприємців стимулів вдосконалювати форми і методи ведення своєї бізнесової діяльності.

Інститут комерційної таємниці сприяє поступальному розвитку ринкових відносин і суспільства в цілому, захищає фінансові ресурси, вкладені у відповідні розробки і дослідження, забезпечує охорону комерційного успіху та пріоритетного становища на ринку, є вагомим

<sup>704</sup> Борьба с преступностью за рубежом. – 1995. – № 11. – С. 3-8.

фактором економічного благополуччя суб'єктів господарювання. Відомо, що чимало фірм у світі своїм процвітанню і взагалі існуванню завдячують саме вмілому збереженню і захисту власних комерційних секретів.

Не випадково у Законі України від 7 червня 1996 р. «Про захист від недобросовісної конкуренції» до дій, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності, тобто до недобросовісної конкуренції, віднесено, зокрема, неправомірне збирання, розголошення, схилення до розголошення і неправомірне використання комерційної таємниці (відповідно, ст. ст. 16–19)<sup>705</sup>.

Під безпосереднім об'єктом злочинів, передбачених ст. 231 і ст. 232 КК, О.Е. Радутний розуміє суспільні відносини з охорони комерційної та банківської таємниці, що забезпечують захист від недобросовісної конкуренції у сфері господарської діяльності<sup>706</sup>. Загалом з таким підходом варто погодитись. Водночас варто мати на увазі, що не всі різновиди злочинної поведінки, караної за вказаними нормами КК, є підстави вважати проявами недобросовісної конкуренції. Так, злочинні діяння щодо банківської таємниці, яка вважається засобом захисту особи клієнта, його матеріального благополуччя та ділової репутації, підривають довіру до національної банківської системи, посягають на інформаційний аспект приватності. Приватність (в інформаційному аспекті) – це частина життєдіяльності особи, яка стосується інформації, щодо якої особа на власний розсуд встановила межі та умови її нагромадження, зберігання, впливу та розповсюдження для будь-яких інших суб'єктів. З точки зору кримінального права інформаційний аспект приватності включає в себе і банківську таємницю<sup>707</sup>.

Отже, **безпосереднім об'єктом** злочи-

<sup>705</sup> Вище вже зазначалось, що у доктрині існує позиція, згідно з якою до числа злочинів у сфері інтелектуальної власності треба відносити і кримінально карані посягання на захист проти недобросовісної конкуренції, включаючи ті, що передбачені ст. 231 і ст. 232 КК (Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності в Україні: перспективи розвитку та гармонізації з європейським законодавством: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2011. – С. 5, 24). За таких обставин занадто категоричним виглядає твердження про перспективність вдосконалення КК «виключно з урахуванням і в системі юридичної відповідальності за порушення прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації» (Там само. – С. 5). Неврахування у цьому аспекті регулятивного законодавства, присвяченого захисту від недобросовісної конкуренції, видається невиправданим.

<sup>706</sup> Радутний О.Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю: Монографія. – Х.: Ксилон, 2008. – С. 75.

<sup>707</sup> Горпинюк О.П. Кримінально-правова охорона інформаційного аспекту приватності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2011. – С. 4-5.

ну, передбаченого ст. 231 КК, пропонується визнавати засади добросовісної конкуренції в частині встановленого порядку обігу інформації, яка є комерційною таємницею, а також встановлений порядок використання та охорони банківської таємниці як складову нормального функціонування банківської системи.

*Предмет* злочину, передбаченого ст. 231 КК, – відомості, що становлять комерційну або банківську таємницю. І комерційна, і банківська таємниця є різновидами інформації з обмеженим доступом (ст. 20 Закону України від 13 січня 2011 р. «Про інформацію»).

Назви і диспозиції ст. 231 і ст. 232 КК були доповнені альтернативною вказівкою на банківську таємницю на підставі Закону від 16 грудня 2004 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять банківську таємницю, та за розголошення банківської таємниці». До набрання чинності цим Законом діяння стосовно банківської таємниці могли кваліфікуватись за ст. 231 або ст. 232 КК лише у випадках, коли відповідні відомості одночасно були комерційною таємницею клієнта банку – суб'єкта господарювання або комерційною таємницею самого банку як суб'єкта господарювання.

Відповідно до ст. 36 ГК *комерційною таємницею* можуть визнаватися відомості, пов'язані з виробництвом, технологією, управлінням, фінансовою та іншою діяльністю суб'єкта господарювання, що не є державною таємницею<sup>708</sup>, розголошення яких може завдати шкоди інтересам суб'єкта господарювання. Склад і обсяг відомостей, що становлять комерційну таємницю, спосіб їх захисту визначаються суб'єктом господарювання згідно із законом. У ст. 505 ЦК наголошується на тому, що комерційною таємницею є така секретна інформація, яка має комерційну цінність<sup>709</sup> та

<sup>708</sup> Про поняття державної таємниці див. главу 3 підручника.

До речі, у ринковій економіці роль інституту комерційної таємниці є домінуючою порівняно з роллю інституту державної таємниці, завдання якого обмежені рамками обороноздатності і безпеки держави. Це пояснюється місцем, яке займають приватні суб'єкти господарювання у структурі ринкової економіки. Сучасне шпигунство є, головним чином, економічним, науковим, технічним і фінансовим (Доронин А.И. Бизнес-разведка. – М.: Изд-во «Ось-89», 2002. – С. 221; Северин В.А. Коммерческая тайна в России. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2007. – С. 17).

<sup>709</sup> Аналіз різноманітних точок зору щодо ознаки комерційної цінності інформації дозволяє виділити підходи, в основу яких покладені суб'єктивні (зацікавленість певних осіб в отриманні інформації) або об'єктивні (реальна або потенційна здатність інформації зумовити виробничий, фінансовий, організаційний чи інший позитивний ефект) чинники. Саме об'єктивне розуміння комерційної цінності інформації слід застосовувати при розкритті зазначеної ознаки комерційної таємниці (Носік Ю.В. Права на комерційну

була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію<sup>710</sup>.

На відміну від позиції, закріпленої у ГК і відображеної у КК, у цивілістичній доктрині визнається, що суб'єктами прав на комерційну таємницю можуть бути будь-які учасники цивільних відносин, названі у ст. 2 ЦК, а саме фізичні та юридичні особи, держава Україна, АРК, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. Стверджується, що обмеження кола суб'єктів права на комерційну таємницю лише суб'єктами господарювання не має достатнього економіко-правового обґрунтування<sup>711</sup>.

Оскільки аналізовані кримінально-правові заборони розміщені у розділі Особливої частини чинного КК, присвяченому злочинам у сфері господарської діяльності, обмеження предмета злочинів, передбачених ст. 231 і ст. 232 КК, комерційною таємницею фізичних осіб і організацій – суб'єктів господарювання, видається виправданим. Разом з тим вказане обмеження підлягатиме усуненню у випадку прийняття законодавцем доктринальної пропозиції виокремити в Особливій частині КК розділ, присвячений злочинним посяганням на право інтелектуальної власності, який би включав (серед інших заборон) і ст. ст. 231, 232 КК.

Працівникам та іншим особам, котрі отримують доступ до секретної інформації, доцільно роз'яснювати, які види інформації становлять комерційну таємницю, і відбирати у них підписку про нерозголошення цих відомостей. У протилежному випадку може виявитись, що не вживались заходи щодо охорони конфіденційності відомостей, а це виключає розуміння таких відомостей як охоронюваної законом комерційної таємниці<sup>712</sup>.

таємницю в Україні (цивільно-правовий аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 183).

<sup>710</sup> Інформація, яка знаходиться у вільному доступі, у т.ч. на сайтах у мережі Інтернет, не може розцінюватись як конфіденційна (Городов О.А. Недобросовестная конкуренция: теория и правоприменительная практика. – М.: Статут, 2008. – С. 85). Визнання комерційною таємницею, наприклад, тонкощів спілкування з діловими партнерами, які дають позитивний ефект, але відомі багатьом людям, може призвести до того, що особа, яка визнає такого роду інформацію комерційною таємницею, може звинувачувати тих, хто здобув цю інформацію в законному порядку (наприклад, із книг), у незаконному отриманні комерційної таємниці. На подібну інформацію, хай навіть суб'єкт вважає її комерційною таємницею, не може поширюватись правовий захист, що надається комерційній таємниці (Дибя І. Комерційна таємниця // Юридичний вісник України. – 3 – 9 вересня 2005 р. – № 35).

<sup>711</sup> Носік Ю.В. Права на комерційну таємницю в Україні (цивільно-правовий аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 8-9, 190.

<sup>712</sup> Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений.

Визнання інформації предметом злочину вважається правильним на тій підставі, що вона завжди передається за допомогою відповідних носіїв, її можна побачити, почути, відчути дотиком (це, наприклад, голос людини або інший звук, певне зображення); інформацію, зокрема, можна змінити, знищити, заблокувати, спотворити, копіювати, заволодіти, поширити<sup>713</sup>. За формою сприйняття інформація поділяється на візуальну, аудіальну і кінестетичну. Візуальна форма сприйняття інформації полягає у здатності людини її побачити, аудіальна форма – у здатності людини її почути, а кінестетична форма – у здатності людини сприймати інформацію на дотик<sup>714</sup>.

Комерційна таємниця, будучи різновидом інформації, може фіксуватись на різних матеріальних носіях (папір, диск, виріб, відеоплівка тощо) або відобразитись в електронному вигляді. Водночас зрозуміло, що певні знання, виробничі навички, досвід, організаційні прийоми, пропозиції, ідеї, концепції тощо, які становлять інтерес для конкурентів чи інших зацікавлених осіб, можуть і не документуватись<sup>715</sup> (відобразитись в електронному вигляді), а фіксуватись у свідомості (пам'яті) людини.

Згідно зі ст. 1 Закону «Про інформацію» інформація – це будь-які відомості та (або) дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді, а у ст. 200 ЦК інформація визначається як документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що мали або мають місце у суспільстві, державі та навколишньому середовищі. Із наведених законодавчих визначень інформації випливає, що інформація не може бути зведена до її форми – матеріального (речового) носія і що людина також може бути носієм певних відомостей, включаючи ті, що становлять комерційну таємницю.

«Українське законодавство про комерційну таємницю не містить будь-яких специфічних вимог до форми об'єктивації інформації, яка становить комерційну таємницю. Відтак правозастосовча практика має піти шляхом поширення правового режиму комерційної

– М.: Статут, 2005. – С. 412-413.

<sup>713</sup> Музика А.А., Лашук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: Монографія. – К.: ПАЛІВОДА А.В., 2011. – С. 125-127.

<sup>714</sup> Прохницький О.В. Інформація з обмеженим доступом як предмет злочину в кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 9.

<sup>715</sup> Документ – це матеріальний носій, що містить інформацію, основними функціями якого є її збереження та передавання у часі та просторі (ст. 1 Закону України «Про інформацію»).



таємниці також на усну, електронну, просту письмову (без необхідних реквізитів та грифу «комерційна таємниця») форми, фото-, відео-, графічну та іншу інформацію, яка володіє необхідними ознаками комерційної таємниці. Права та обов'язки щодо комерційної таємниці, а також захист таких прав не повинні залежати від форми об'єктивації інформації, носія, на якому вона зафіксована, та способу її передачі третім особа»<sup>716</sup>.

При цьому зовнішньою ознакою віднесення того чи іншого носія інформації до комерційної таємниці зазвичай виступає відповідний гриф. Враховуючи те, що відомості, які становлять комерційну таємницю, захищаються у т.ч. кримінально-правовими нормами, доцільним видається закріплення конкретизованого переліку таких відомостей у документі, ухваленому належним органом управління суб'єкта господарювання. До юридичних заходів з охорони конфіденційності комерційної таємниці відносять, зокрема, розроблення та прийняття корпоративних актів на кшталт Переліку відомостей, що становлять комерційну таємницю, Положення про комерційну таємницю<sup>717</sup>. Без зазначеного формального моменту (інакше кажучи, якщо інформація не матиме певної матеріалізованої форми, а точніше не буде задокументована) будуть значно ускладнені як ідентифікація цієї інформації як комерційної таємниці, так і застосування ст. 231 і ст. 232 КК.

За своїм змістом комерційна таємниця може охоплювати різноманітні відомості – як інформацію виробничого, технічного характеру (секрети виробництва, у т.ч. новітні науково-технічні розробки або «ноу-хау»<sup>718</sup>, технології, плани модифікації і модернізації техніки, організація праці, виробничі потужності, ефективність їх використання, місцезнаходження виробничих підрозділів і складських приміщень, запаси сировини і комплектуючих, технічні відкриття і винаходи – малюнки, моделі, формули, програми, методи, рецепти, креслення тощо), так і відомості економічного спрямування (напри-

клад, стосовно планів розвитку та реорганізації підприємства, управління, взаємодії структурних підрозділів, стану ринків збуту і торговельного обороту, кількості і розміщення торгових агентів, проведення рекламних акцій, відносин з постачальниками, споживачами та посередниками, ціноутворення, тактики проведення і результатів переговорів, укладання договорів, їх змісту, форм і видів розрахунків, банківських операцій, кредитних відносин, власної безпеки суб'єкта господарювання, стимулів, які застосовуються до персоналу для зміцнення трудової дисципліни і підвищення продуктивності праці, плинності кадрів та її причин)<sup>719</sup>.

Інколи стверджується, що комерційною таємницею можуть визнаватися відомості про ділове і навіть особисте життя керівників фірм, про ділові і моральні якості провідних фахівців, їх особисті взаємовідносини, компрометуючі зв'язки, конфлікти і суперечки всередині колективу, наявність у працівників бажання зайнятися самостійним бізнесом, про потреби, звички, особливості, дружні та інші зв'язки клієнтів, здатні вплинути на прийняття ними рішень у сфері бізнесу<sup>720</sup>. Разом з тим комерційною таємницею не повинні визнаватися відомості про незаконну поведінку особи. Інакше можна дійти до абсурдних висновків. Наприклад, директор масажного салону може організувати публічний будинок або виробництво зброї чи наркотиків, оголосивши це комерційною таємницею. Або як комерційна таємниця розцінюватимуться факти давання хабарів, комерційного підкупу або вчинення розкрадань<sup>721</sup>.

Оголошуючи ту чи іншу інформацію комерційною таємницею, керівники організацій – суб'єктів господарювання і фізичні особи – підприємці вимушені дотримуватися правила «золотої середини», згідно з яким надмірне засекречування ускладнює діяльність суб'єкта господарювання, може мати своїм наслідком зменшення прибутку, оскільки ринкові умови вимагають широкої реклами товарів і послуг. Водночас зневажливе ставлення до захисту власних інформаційних ресурсів за умов жорсткої конкуренції здатне викликати банкрутство. Так, американські підприємці вважають, що втрата 20 % інформації у шістдесяти випадках із ста

<sup>716</sup> Носік Ю.В. Права на комерційну таємницю в Україні (цивільно-правовий аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 63, 181.

<sup>717</sup> Северин В.А. Коммерческая тайна в России. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2007. – С. 105.

<sup>718</sup> Ноу-хау – це інформація, що отримана завдяки досвіду та випробуванням, яка: не є загальновідомою чи легкодоступною на день укладення договору про трансфер технологій; є істотною, тобто важливою та корисною для виробництва продукції та (або) надання послуг; є визначеною, тобто описаною достатньо вичерпно, щоб можливо було перевірити її відповідність критеріям незагальновідомості та істотності (ст. 1 Закону України від 14 вересня 2006 р. «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»).

<sup>719</sup> Див. з цього приводу також: Антонюк П.С. Формування переліку інформації суб'єкта господарювання, яка становить комерційну таємницю // Адвокат. – 2009. – № 5. – С. 36-38.

<sup>720</sup> Кулаков С. Защита конфиденциальной информации о предпринимательской и коммерческой деятельности. Коммерческая тайна // Бизнес. Бухгалтерия. – 27 марта 2000 г. – № 13; Тотьев К.Ю. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции). Учебник. – М.: Изд-во РДА, 2000. – С. 222.

<sup>721</sup> Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – С. 411.

призводить до розорення фірми протягом одного місяця<sup>722</sup>.

Комерційною таємницею визнаються відомості, які не захищаються авторським і патентним правом. З цього приводу М.І. Хавронюк пише: «На відміну від патента (свідоцтва) в авторському і патентному праві комерційна таємниця зберігається і не підлягає опублікуванню, авторське і частково патентне право захищає форму відображення ідеї, а комерційна таємниця – безпосередньо її зміст, комерційна таємниця не обмежується патентноспроможними ідеями, а містить у собі більш широкий спектр досягнень ділової практики, ділових секретів»<sup>723</sup>. Зрозуміло, що власник того чи іншого секрету виробництва може зробити висновок про недоцільність патентного захисту свого «ноу-хау», адже патент не охороняє інформацію, точніше він не зберігає зміст цієї інформації у таємниці, а лише забороняє її несанкціоноване використання. У зв'язку з цим у літературі зазначається, що чимало рішень, які кваліфікуються як «ноу-хау», є патентноспроможними, однак вони не реєструються з метою замаскувати суть розробки і захищаються інститутом комерційної таємниці<sup>724</sup>. Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок тощо як об'єкти права інтелектуальної власності може тягнути відповідальність за ст. 177 КК.

До комерційної таємниці не належать відомості, які згідно з чинним законодавством підлягають оприлюдненню. Передусім це відомості, загальнодоступність яких гарантується Конституцією і законами України і не може бути обмежена (наприклад, інформація, необхідна громадянам для реалізації ними своїх прав, свобод і законних інтересів, інформація, приховування якої становить загрозу для життя чи здоров'я людей). У ч. 4 ст. 20 Закону України «Про інформацію» міститься перелік відомостей, які не можуть бути віднесені до інформації з обмеженим доступом, а, отже, не повинні визнаватись у т.ч. комерційною таємницею.

Відповідно до Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» з дня прийняття господарським судом постанови про визнання боржника банкрутом і відкриття ліквідаційної проце-

дури відомості про фінансове становище банкрута перестають становити комерційну таємницю. При цьому слід звернути увагу на те, що режим комерційної таємниці банкрута припиняється не повністю, а лише в частині відомостей про його фінансове становище. Інші відомості, наприклад, про виробництво або маркетинг, продовжують вважатись комерційною таємницею, якщо вони володіють необхідними для цього ознаками<sup>725</sup>.

Згідно з постановою КМУ від 9 серпня 1993 р. № 611 «Про перелік відомостей, які не становлять комерційної таємниці», не вважаються комерційною таємницею: установчі документи, документи, що дозволяють займатись підприємницькою чи господарською діяльністю та її окремими видами; інформація за всіма встановленими формами державної звітності; дані, необхідні для перевірки обчислення і сплати податків та інших обов'язкових платежів; відомості про чисельність і склад працюючих, їхню заробітну плату в цілому та за професіями й посадами, а також наявність вільних робочих місць; документи про сплату податків і обов'язкових платежів; інформація про забруднення навколишнього природного середовища, недотримання безпечних умов праці, реалізацію продукції, що завдає шкоди здоров'ю, а також інші порушення законодавства України та розміри заподіяних при цьому збитків; документи про платоспроможність; відомості про участь посадових осіб підприємства в кооперативах, малих підприємствах, спілках, об'єднаннях та інших організаціях, які займаються підприємницькою діяльністю; відомості, що відповідно до чинного законодавства підлягають оголошенню.

Ознайомлення з наведеним вище доволі широким переліком відомостей дозволяє стверджувати, що в Україні акцент у регулюванні правового режиму комерційної таємниці зроблено не стільки на відносинах, пов'язаних з конкуренцією, скільки на стосунках суб'єктів господарювання і держави в особі її контролюючих органів. Заслугує на підтримку пропозиція О.Є. Радутного скасувати заборону на віднесення будь-яких відомостей до комерційної таємниці і, зокрема, постанову КМУ від 9 серпня 1993 р. № 611. Адже виключення з поля правового захисту відомостей, перерахованих у цьому нормативному акті, істотно послаблює позиції власника інформаційних ресурсів, порушує його права і законні інтереси, необґрунтовано розширює коло осіб, які можуть несумлінно скористатись відповідними відомостями. Крім цього, часткове віднесення до комерційної таємниці відомостей,

<sup>722</sup> Соловьёв Э.А. Коммерческая тайна и её защита. – М.: Изд-во «Ось-89», 2001. – С. 14.

<sup>723</sup> Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. – К.: Атіка, 2001. – С. 310.

<sup>724</sup> Северин В.А. Правовая защищенность коммерчески ценной информации // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. – 2001. – № 6. – С. 61; Сировой О.В. Правовий захист інформаційних ресурсів комерційної таємниці підприємств в Україні // Вісник Запорізького національного університету: Збірник наукових праць. Юридичні науки. – 2011. – № 1. – С. 101.

<sup>725</sup> Носік Ю.В. Закінчення строку правової охорони комерційної таємниці // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 6. – С. 109.

які фігурують у згаданій постанові КМУ, зовсім не означало б абсолютну заборону на ознайомлення з ними: як і раніше, у встановленому законодавством порядку державні органи, інші юридичні і фізичні особи (наприклад, акціонери) могли б витребувати ці відомості. Але право на ознайомлення з такими відомостями кореспондувало б підкріпленому кримінальним законом обов'язку дотримуватись режиму їх захисту<sup>726</sup>.

Постанова КМУ «Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці» не відповідає вимогам ч. 2 ст. 505 ЦК, оскільки відомості, які не можуть бути віднесені до комерційної таємниці, повинні визначатися не підзаконним нормативно-правовим актом, а законом. Крім того, переважна більшість відомостей, зазначених у згаданій урядовій постанові, усунута від охорони в режимі комерційної таємниці безпідставно. Зокрема, це: «інформація за всіма встановленими формами державної звітності», «дані, необхідні для перевірки обчислення і сплати податків та інших обов'язкових платежів», «відомості про чисельність і склад працюючих, їхню заробітну плату в цілому та за професіями й посадами», «документи про платоспроможність». Взагалі в Україні має бути прийнятий спеціальний комплексний закон про комерційну таємницю, гармонізований з міжнародно-правовими стандартами охорони комерційної таємниці, який би, зокрема, визначав суб'єктів прав на комерційну таємницю, закріплював суб'єктивні права на комерційну таємницю, розкривав їх зміст, встановлював основні засади їх реалізації, охорони та захисту, регулював питання збереження конфіденційності комерційної таємниці в трудових відносинах та після їх припинення, визначав умови цивільного обігу комерційно цінної інформації, регламентував доступ до неї владних органів, містив чіткий перелік інформації, яка не може становити комерційну таємницю<sup>727</sup>.

*Банківська таємниця* – це інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку. Невичерпний перелік інформації, яка визнається банківською таємницею, наводиться у ст. 60 Закону України

від 7 грудня 2000 р. «Про банки і банківську діяльність».

Банківською таємницею, зокрема, є: 1) відомості про стан рахунків клієнтів, у т.ч. стан кореспондентських рахунків банків у НБУ; 2) операції, які були проведені на користь чи за дорученням клієнта, здійснені ним угоди; 3) фінансово-економічний стан клієнтів; 4) системи охорони банку та клієнтів; 5) інформація про організаційно-правову структуру юридичної особи – клієнта, її керівників, напрями діяльності; 6) відомості стосовно комерційної діяльності клієнтів чи комерційної таємниці, будь-якого проекту, винаходів, зразків продукції та інша комерційна інформація; 7) інформація щодо звітності по окремому банку, за винятком тієї, що підлягає опублікуванню; 8) коди, що використовуються банками для захисту інформації.

Системний аналіз законодавства дозволяє доповнити перелік відомостей, які становлять банківську таємницю, такими положеннями: персональні дані про діючих клієнтів банку, отримані ним офіційно; відомості про майно, яке перебуває на зберіганні в банку; інформація про осіб, які хотіли стати клієнтами банку, але з певних причин ними не стали; інформація про клієнтів, які припинили свої відносини з банком<sup>728</sup>.

Банківською таємницею є і інформація про банки чи клієнтів, що збирається під час проведення банківського нагляду. Інформація про банки чи клієнтів, отримана НБУ відповідно до міжнародного договору або за принципом взаємності від органу банківського нагляду іншої держави для використання з метою банківського нагляду або запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, чи фінансуванню тероризму, також становить банківську таємницю. Банківською таємницею є і рішення НБУ про віднесення банку до категорії проблемного.

На відміну від комерційної таємниці, перелік відомостей, що становлять банківську таємницю, фіксується законодавцем у централізованому порядку, не потребує оформлення на рівні локальних документів і є єдиним для всіх банківських установ та їх клієнтів.

Чинне законодавство передбачає випадок, коли інформація, яка становить банківську таємницю, втрачає такий статус, а, отже, не може вважатись предметом злочину, передбаченого ст. 231 КК. Так, з дня прийняття рішення про відкликання банківської ліцензії та при-

<sup>726</sup> Радутний О.Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю (аналіз складів злочинів): Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2002. – С. 93-94; Радутний О.Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю: Монографія. – Х.: Кси-лон, 2008. – С. 103-104.

<sup>727</sup> Носік Ю.В. Права на комерційну таємницю в Україні (цивільно-правовий аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 10, 180-181.

<sup>728</sup> Судова практика розгляду справ про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб / Узагальнення судової практики підготовлене Д.Д. Ауспеником і З.П. Мельник // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 3. – С. 15.



значення ліквідатора відомості про фінансовий стан банку, боржників, які порушили строки виконання зобов'язань перед банком, вимоги банку до боржників, які порушили строки виконання зобов'язань перед ним, перестають бути конфіденційними чи становити банківську таємницю (ст. 91 Закону «Про банки і банківську діяльність»).

З **об'єктивної сторони** вчинення злочину, передбаченого ст. 231 КК, можливе у двох формах: 1) дії, спрямовані на отримання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю; 2) незаконне використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, якщо це спричинило істотну шкоду суб'єктові господарської діяльності.

Слід уточнити, що предметом злочину в його першій формі є відомості, що становлять банківську таємницю як суб'єкта господарської діяльності, так і будь-якого іншого клієнта банку, у т.ч. фізичної особи та організації, які не є суб'єктами господарювання. Законодавча вказівка на заподіяння істотної шкоди суб'єкту господарювання означає, що предметом аналізованого злочину в його другій формі не може визнаватись банківська таємниця того клієнта банку, який не є суб'єктом господарської діяльності<sup>729</sup>.

Під діями, спрямованими на отримання відповідних відомостей, розуміються пошук і добування будь-яким<sup>730</sup> (у т.ч. злочинним) способом відомостей, які становлять комерційну або банківську таємницю. Це може бути, наприклад,

<sup>729</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 923-924. Тому неточним є висловлювання про те, що «комерційна або банківська таємниця як предмет аналізованих злочинів являє собою певну сукупність знань про суб'єкта господарських відносин» (Радутний О.Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю: Монографія. – Х.: Ксилон, 2008. – С. 110).

<sup>730</sup> Натомість ст. 16 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» визначає неправомірне збирання комерційної таємниці як добування відповідних відомостей саме протиправним способом. Ч. 1 ст. 183 КК РФ також прямо передбачає, що збирання відомостей, які становлять комерційну, банківську або податкову таємницю, має відбуватись шляхом викрадення документів, підкупу або погрози чи іншим незаконним способом. Ст. 219 КК КНР визнає злочин отримання комерційної таємниці за допомогою крадіжки, виманювання, примушування або іншим неправомірним способом.

Взагалі існують країни, в яких кримінально караним є визнавання чужої комерційної таємниці тільки незаконним способом (країни – учасниці СНД, крім Узбекистану), а в країни, в яких злочинним визнається визнавання чужої комерційної таємниці, вчинене у будь-який спосіб (Австрія, Угорщина, Узбекистан) (Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербя. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 250).

викрадення відповідних документів або предметів (блоків, агрегатів, мікросхем тощо)<sup>731</sup>, виготовлення копій документів, аналіз відкритих джерел (рекламних матеріалів, доповідей на конференціях, симпозиумах, виставках тощо<sup>732</sup>), прослуховування телефонних розмов, перлюстрація поштової кореспонденції, візуальне спостереження та підслуховування усних розмов (у т.ч. за допомогою спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації), фотографування, кіно- або відеозйомка, проникнення до комп'ютерних систем, підкуп працівників підприємств – конкурентів, їх опитування. За наявності до цього підстав дії винного мають додатково кваліфікуватись, зокрема, за ст. ст. 163, 357, 359, 361, 368-3 КК.

«У разі, коли певну цінність матиме не тільки сама інформація, але і її носій (системний блок комп'ютера, зразок продукції тощо), неправомірна поведінка щодо комерційної або банківської таємниці залежно від способу дій може бути кваліфікована за сукупністю злочинів, наприклад, передбачених статтями 185 та 231 КК України»<sup>733</sup>.

На відміну від ст. 148-6 КК 1960 р., ст. 231 чинного КК не вимагає, щоб отримання відомостей здійснювалось у формі правопорушень. І це, вочевидь, є вадою розглядуваної норми КК, адже діяльність зі збирання комерційної або банківської таємниці може бути правомірною діяльністю, здійснюваною на підставі законодавчих приписів незалежно від наявності згоди на це з боку власника відповідної інформації (наприклад, про це йдеться у ст. 11 Закону України «Про міліцію»). Разом з тим про незаконність діяльності може свідчити та обставина, що вона здійснюється без згоди власника комерційної або банківської таємниці. Як слушно зазначається в літературі, під незаконним отриманням конфіденційної інформації слід розуміти ознайомлення з відомостями, які знаходяться у режимі комерційної, службової або іншої таємниці, без згоди власника вказаних відомостей або шляхом вчинення дій,

<sup>731</sup> Ст. 278 КК Іспанії поряд з іншими способами злочинного отримання комерційної таємниці прямо називає заволодіння інформаційними пристроями та іншими об'єктами, які відносяться до комерційної таємниці.

<sup>732</sup> Наприклад, у США вивчення матеріалів судових справ за участю конкурента є популярним способом пошуку комерційної таємниці. Разом з тим у літературі висловлюється думка про те, що, якщо інформація була отримана зацікавленою особою шляхом вивчення відкритих джерел або зразків придбаної на загальних підставах продукції, вона не повинна вважатись комерційною таємницею (Клебанов Л.Р. Уголовно-правовая охрана коммерческой, налоговой и банковской тайны. – М.: Юрлитинформ, 2006. – С. 101).

<sup>733</sup> Радутний О.Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю: Монографія. – Х.: Ксилон, 2008. – С. 110.

що не ґрунтуються на законі<sup>734</sup>.

Використання у ст. 231 КК формулювання «дії, спрямовані на отримання відомостей...» дозволяє стверджувати, що, по-перше, диспозиція цієї норми не повністю узгоджується з її назвою (у ст. 231 КК мова повинна йти саме про незаконне збирання відповідних відомостей), і, по-друге, не утворюють першу форму об'єктивної сторони складу аналізованого злочину випадки, коли особа випадково знайшла або іншим чином взнала комерційну таємницю (наприклад, відповідну інформацію їй добровільно повідомив працівник суб'єкта господарювання).

Вирішуючи питання, чи може випадковий набувач інформації притягуватись до кримінальної відповідальності за незаконне використання відомостей, що становлять комерційну таємницю, слід мати на увазі те, що згідно з ч. 3 ст. 162 ГК, особа, яка самостійно і добросовісно одержала інформацію, що є комерційною таємницею, має право використовувати цю інформацію на свій розсуд. Отже, така поведінка не може вважатись злочинною.

Водночас в Україні має визнаватись такою, що не відповідає вимогам ст. 162 ГК, техніка «зворотного інжинірингу», тобто встановлення характеристик, властивостей, компонентів та інших відомостей про продукцію та її виробника шляхом різного роду досліджень та аналізів самої цієї продукції. У такий спосіб особа діє недобросовісно, оскільки знає або принаймні може припустити, що відповідна інформація охороняється виробником, однак все одно вживає заходів для її отримання саме з продукції такого виробника, а не з незалежних джерел<sup>735</sup>.

У ст. 231 КК відсутня окрема вказівка на зберігання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю. Кримінально-правова оцінка такої поведінки має бути диференційованою. Якщо відомості зберігає особа, яка раніше, маючи на меті розголошення чи інше використання комерційної або банківської таємниці, вчинила дії, спрямовані на отримання цієї таємниці, вчинене має кваліфікуватись за ст. 231 КК. Не причетна до збирання комерційної або банківської таємниці особа, яка зберігає відомості, усвідомлюючи при цьому їх характер і спрямованість дій того, чію вказівку або доручення вона виконує, може притягуватись до відповідальності як пособник за ч. 5 ст. 27, ст. 231 КК. Зберігання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, тим, хто

не розуміє справжній характер таких відомостей, а також зберігання комерційної або банківської таємниці особою без мети передачі, іншого розголошення чи використання складу злочину, передбаченого ст. 231 КК, не утворює.

Злочин у його першій формі побудований як усічений склад і визнається *закінченим* з моменту вчинення дій, спрямованих на отримання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю. На визнання злочину *закінченим* не впливає те, чи вдалося винному фактично заволодіти комерційною таємницею, чи використала зацікавлена особа відповідну інформацію, як і те, чи спричинило це істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності.

У літературі з цього питання кваліфікації злочину висловлена і інша точка зору. На користь положення про належність розглядуваного злочину в обох його формах до матеріальних складів наводяться два аргументи: 1) вживання у тексті ст. 231 КК сполучника «а також»; 2) визнання незаконного збирання комерційної таємниці, якщо це не спричинило істотної шкоди, адміністративним проступком, передбаченим ст. 164-3 КпАП. Діяння, описане у ст. 231 КК, пропонується розглядати як єдиний злочин з альтернативними ознаками, момент закінчення якого є однаковим незалежно від того, вчинено дії, спрямовані на отримання відомостей, або використання останніх<sup>736</sup>.

Постає однак питання: для чого законодавцю у такому разі знадобилось, використовуючи словосполучення «дії, спрямовані на отримання відомостей...», робити наголос на фактично попередній злочинній діяльності? Водночас слід зауважити, що нечіткість позиції законодавця має бути усунено шляхом заміни у диспозиції ст. 231 КК сполучника «а також» сполучником «або».

Подібний варіант вдосконалення КК пропонував О.Е. Радутний, який вказував на проблематичність встановлення причинного зв'язку між збиранням таємниці і заподіянням істотної шкоди суб'єкту господарювання. У зв'язку з цим науковець вважав за доцільне виокремити у ст. 231 КК дві частини: у ч. 1 мова повинна йти про незаконне умисне збирання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю,

<sup>734</sup> Городов О.А. Недобросовестная конкуренция: теория и правоприменительная практика. – М.: Статут, 2008. – С. 95.

<sup>735</sup> Носік Ю.В. Права на комерційну таємницю в Україні (цивільно-правовий аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 182

<sup>736</sup> Радутний О.Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю (аналіз складів злочинів): Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2002. – С. 106-107. Деякі інші автори також пов'язують момент закінчення злочинів, передбачених ст. 231 і ст. 232 КК, із настанням істотної шкоди (Харламова С.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з відомостями, що становлять комерційну або банківську таємницю: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 6, 12; Харченко В. Проблеми кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності, пов'язаних із конфіденційністю // Право України. – 2009. – № 8. – С. 90-91).

якщо це створило реальну можливість спричинення істотної шкоди суб'єкту підприємницької діяльності, а в ч. 2 – про незаконне умисне використання зазначених відомостей, якщо це завдало такому суб'єкту істотної шкоди<sup>737</sup>.

Однак у виданій згодом монографії дослідник, змінивши свою позицію, пише про обґрунтованість криміналізації лише такого збирання комерційної або банківської таємниці, яке заподіяло істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності. Щоправда, запропонована автором редакція диспозиції ст. 231 КК<sup>738</sup> загалом є традиційною і ґрунт для дискусії з питання про законодавчу конструкцію складу розглядуваного злочину не усуває.

Певною мірою гострота позначеної проблеми усувається віднесенням злочинів, передбачених ст. 231 або ст. 232 КК, до право-порушень, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення (ст. 477 КПК 2012 р). Подібним чином вирішувалось це питання й у ст. 27-2 попереднього КПК. Наведені кримінально-процесуальні приписи враховують відповідний зарубіжний досвід. Так, § 17 Закону ФРН «Про недобросовісну конкуренцію» передбачає кримінальну відповідальність за вчинюване з метою конкуренції, з корисливих мотивів або з наміром завдати шкоди власнику підприємства розголошення ділових (комерційних і виробничих) секретів, їх неправомірне отримання і використання. Характерною процесуальною особливістю, зумовленою можливою незацікавленістю підприємців у втручанні держави у конфлікт і застосуванні кримінально-правових норм, є правило, згідно з яким справа про розголошення комерційної таємниці може бути порушена тільки за клопотанням представника власника відповідних відомостей – наглядової ради чи іншого представника підприємства. Підхід до кримінальних справ про розголошення комерційної таємниці як до справ, порушуваних лише або, як правило, за скаргою потерпілого, закріплений також у ст. 162 КК Швейцарії, ст. 273 КК Нідерландів, ст. 287 КК Іспанії, ст. 33 КК Білорусі. На доречність врахування у цьому випадку волевиявлення власника інформаційних ресурсів свого часу вказувалось і у вітчизняній юридичній літературі<sup>739</sup>.

У вітчизняній літературі зустрічаються і інші варіанти вдосконалення КК: виділення

<sup>737</sup> Радутний О.Е. Вказана праця. – С. 110, 131, 182.

<sup>738</sup> Радутний О.Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю: Монографія. – Х.: Ксилон, 2008. – С. 118, 138, 176.

<sup>739</sup> Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 785.

незаконних діянь з відомостями, що становлять банківську таємницю, в окремий склад злочину, формальний за своєю конструкцією<sup>740</sup>; об'єднання ст. 231 і ст. 232 КК в одну кримінально-правову заборону<sup>741</sup>; виключення зі ст. 231 КК вказівки на дії, спрямовані на отримання відомостей, що становлять комерційну таємницю<sup>742</sup>. Принагідно зауважимо, що удосконалення ст. 231 і ст. 232 КК не може розраховувати на успіх без урахування положень і тенденцій розвитку регулятивного (цивільного, господарського і фінансового) законодавства.

Під незаконним використанням відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, розуміється впровадження у виробництво або врахування в інший спосіб під час планування чи здійснення господарської діяльності без дозволу уповноваженої на те особи відомостей, що становлять вказану таємницю<sup>743</sup>. Таке визначення неправомірного використання комерційної таємниці закріплено у ст. 19 Закону «Про захист від недобросовісної конкуренції». Однак у кримінально-правовій літературі поняття незаконного використання комерційної або

<sup>740</sup> Титомер Є.В. Характеристика шкоди у злочинах проти встановленого порядку дотримання банківської таємниці // Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. – Випуск 47. – Одеса: Юрид. літ., 2009. – С. 70-74; Харченко В.Б. Комерційна таємниця як об'єкт права інтелектуальної власності та категорія кримінального права // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 1. – С. 83.

Ідея розмежувати кримінальну відповідальність за злочинні діяння стосовно комерційної та банківської таємниці досить популярна і в російській кримінально-правовій доктрині (див., наприклад: Устинова С.В. Преступления, посягающие на свободу экономической деятельности (уголовно-правовые и криминологические аспекты): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2002. – С. 11-12, 25; Кузнецов А.П., Маршак Н.Н., Папеева К.О. Законодательные дефекты норм, предусматривающих ответственность за преступления в сфере экономической деятельности (глава 22 УК РФ) // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт. Материалы совместного российско-германского стола, 9 октября 2009 г. – М.: МГЮА, 2009. – С. 204-207).

<sup>741</sup> Харламова С.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з відомостями, що становлять комерційну або банківську таємницю: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 6, 12; Прохніцький О.В. Інформація з обмеженим доступом як предмет злочину в кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 5, 13, 15.

<sup>742</sup> Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: Монографія. – Х.: ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2011. – С. 424. Зазначені дії, по-перше, не спроможні спричинити істотну шкоду особі, яка законно контролює інформацію (тобто є готуванням до злочину, а не закінченим злочиним), і, по-друге, закріплені як адміністративне правопорушення, передбачене ч. 3 ст. 164-3 КпАП.

<sup>743</sup> Наприклад, у 1993 р. французька група GES-Alsthom, використовуючи викрадені у німецької компанії Simens документи, підготувала власні торговельні пропозиції та обійшла німців при укладенні контракту на постачання швидкісних вагонів метро у Південну Корею (Клебанов А.Р. Уголовно-правова охорона комерційної таємниці та банківської тайни. – М.: Юрлитинформ, 2006. – С. 158-159).



банківської таємниці тлумачиться більш широко.

Використанням комерційної чи банківської таємниці треба вважати й інші дії, які особа вчиняє за допомогою відповідної інформації або користуючись фактом наявності у неї такої інформації (зокрема, її продаж, обмін на іншу інформацію, висунення майнових або інших вимог до власника комерційної або банківської таємниці за повернення або нерозголошення відповідних відомостей, піддрив ділової репутації конкурента).

Під дію ст. 231 КК підпадають не лише випадки використання спеціально зібраної інформації, а й її використання особою, яка отримала таку інформацію від того, хто її зібрав з метою розголошення чи іншого використання, а також яка отримала інформацію правомірно від власника відповідної таємниці чи уповноваженої ним особи під зобов'язання про її нерозголошення і невикористання<sup>744</sup>.

З огляду на свій правомірний характер, не утворює складу злочину, передбаченого ст. 231 КК, використання комерційної таємниці на підставі договору комерційної концесії, регламентованого главою 76 ЦК.

Злочин у формі незаконного використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, визнається *закінченим* з моменту спричинення істотної шкоди суб'єктові господарської діяльності. Питання про наявність або відсутність *істотної шкоди* (оціночне поняття) вирішується у кожному конкретному випадку з урахуванням розміру завданих збитків, фінансового становища суб'єкта господарювання, сприйняття ним заподіяної шкоди тощо. Істотна шкода може бути як матеріальною, так і нематеріальною (шкода діловій репутації суб'єкта господарювання), охоплювати як пряму дійсну шкоду, так і неодержані суб'єктом господарської діяльності доходи.

Йдеться, наприклад, про збитки від: зниження обсягів реалізації товарів або вимушеного зниження цін (тарифів) на товари (послуги); невиконання або неналежного виконання договірних зобов'язань, зриву переговорів, розірвання партнерських стосунків; фінансування витрат, пов'язаних із відверненням шкідливих наслідків використання комерційної таємниці конкурентами, проведенням додаткових рекламних заходів і маркетингових досліджень, перепрофілюванням виробництва, запровадженням нових технологій або забезпеченням безпеки суб'єкта господарювання<sup>745</sup>.

<sup>744</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 702.

<sup>745</sup> Про критерії і методи розрахунку збитків, завданих порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну

Використання комерційної таємниці, що не спричинило істотної шкоди суб'єкту господарювання, визнається адміністративним проступком (ч. 3 ст. 164-3 КпАП).

**Суб'єкт** злочину – загальний.

П.П. Андрушко конкретизує, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 231 КК, у формі незаконного використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, є три категорії осіб: 1) особа, яка отримала відомості з метою їх незаконного використання; 2) особа, якій відомості стали відомі у зв'язку з її професійною або службовою діяльністю; 3) будь-яка інша особа, яка незаконно використовує відомості<sup>746</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину у першій формі характеризується прямим умислом і спеціальною метою – бажанням розголосити або іншим чином використати відомості, що становлять комерційну або банківську таємницю. При незаконному використанні комерційної таємниці не виключається непрямий умисел. Якщо особа, використовуючи відомості, сумлінно помиляється з питання, чи належать вони до комерційної або банківської таємниці, ст. 231 КК застосовуватись не повинна.

**Розголошення комерційної або банківської таємниці** (ст. 232 КК). **Об'єкт** і, зокрема, *предмет* цього злочину збігаються з такими ж ознаками складу злочину, передбаченого ст. 231 КК. Водночас з урахуванням законодавчої вказівки на заподіяння істотної шкоди суб'єктові господарської діяльності щодо предмета злочину, передбаченого ст. 232 КК, треба зробити застереження: цим предметом (крім комерційної таємниці) може визнаватись банківська таємниця лише суб'єктів господарювання.

З огляду на це застереження, а також на подібне застереження, зроблене щодо предмета злочину, передбаченого ст. 231 КК, ст. 182 КК (у ній фігурує конфіденційна інформація про особу), з одного боку, і ст. 231, ст. 232 КК (у частині діянь з банківською таємницею), з іншого, не завжди

---

таємницю, див.: Руденко Л. Порядок відшкодування шкоди, завданої порушенням права суб'єкта господарювання на комерційну таємницю // Право України. – 2008. – № 10. – С. 86-91.

<sup>746</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 926. Тому неточним є висловлювання про те, що за чинним КК у разі використання відомостей, що становлять комерційну таємницю, особа, якій ця таємниця стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, не підлягає кримінальній відповідальності (Харченко В. Проблеми кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності, пов'язаних із конфіденційністю // Право України. – 2009. – № 8. – С. 92).

співвідносяться між собою як загальна і спеціальні норми, як про це зазначається у літературі<sup>747</sup>.

**Об'єктивна сторона** розглядуваного злочину характеризується сукупністю трьох ознак: 1) діянням (дією або бездіяльністю) у вигляді розголошення відповідною особою комерційної або банківської таємниці без згоди її власника; 2) наслідками – істотною шкодою суб'єктові господарської діяльності; 3) причинним зв'язком між діянням і суспільно небезпечними наслідками.

Відповідно до ст. 17 Закону «Про захист від недобросовісної конкуренції» розголошення комерційної таємниці – це ознайомлення іншої особи без згоди особи, уповноваженої на те, з відомостями, що відповідно до чинного законодавства України становлять комерційну таємницю, особою, якій ці відомості були довірені у встановленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків.

Подібним чином слід розуміти і розголошення банківської таємниці. При цьому від кримінально караного розголошення банківської таємниці слід відрізнити здійснюване у порядку, закріпленому ст. 62 Закону «Про банки і банківську діяльність», розкриття банківської таємниці<sup>748</sup>. Наприклад, якщо банк передає третій особі, з якою укладено договір на отримання послуг щодо повернення боржниками простроченої заборгованості за отриманими кредитами, інформацію, що містить банківську таємницю, без письмового дозволу власника такої інформації, вчинене є незаконним (розголошенням, а не розкриттям) і за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 232 КК.

Способи розголошення комерційної або банківської таємниці можуть бути різними: усно, письмово, із застосуванням засобів зв'язку, повідомленням у ЗМІ, наукових статтях, шляхом умисного створення умов для ознайомлення з відповідними документами або предметами тощо.

Не вважається злочином передача службовою особою державного органу (наприклад, слідчим або суддею) іншим особам відомостей, що становлять комерційну чи банківську таємницю, або ознайомлення з такими відомостями інших осіб, якщо зазначена передача (ознайомлення) є наслідком виконання вимог закону.

<sup>747</sup> Дем'яненко Ю.І. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканості приватного життя: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2008. – С. 155.

<sup>748</sup> Докладно порядок розкриття банківської таємниці регламентується Правилами зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці, затвердженими постановою Правління НБУ від 14 липня 2006 р. № 267. Відповідні роз'яснення наводяться також у постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 вересня 2011 р. № 10 «Про судову практику у цивільних справах про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних і фізичних осіб».

Злочин, передбачений ст. 232 КК, визнається *закінченим* з моменту фактичного заподіяння суб'єктові господарської діяльності істотної шкоди. Розголошення комерційної таємниці, що не спричинило таких суспільно небезпечних наслідків, тягне адміністративну відповідальність (ч. 3 ст. 164-3 КпАП).

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Ним є особа, якій комерційна або банківська таємниця стала відомою у зв'язку з професійною або службовою діяльністю. Крім працівників (у т.ч. колишніх<sup>749</sup>) суб'єктів господарювання організацій і фізичних осіб – підприємців, виконавцями аналізованого злочину можуть визнаватися працівники банківських установ<sup>750</sup>, нотаріуси, особи, які виконують на певному підприємстві чи в його інтересах свої професійні обов'язки (наприклад, аудитор, адвокат, представник органів із сертифікації продукції), працівники податкових, правоохоронних та інших державних органів, які мають доступ до комерційної чи банківської таємниці у зв'язку з виконуваними службовими обов'язками.

Суб'єктами аналізованого злочину в літературі пропонується визнавати тих працівників підприємств, які в силу специфіки виконуваних професійних або службових обов'язків посвячені у комерційну або банківську таємницю, проінформовані про правовий статус такої інформації<sup>751</sup>. Видається однак, що й інші працівники підприємств і фізичних осіб – підприємців за наявності до цього підстав можуть притягуватись до відповідальності за ст. 232 КК (охоронці, водії, прибиральниці тощо). Позначення спеціального суб'єкта розглядуваного злочину у КК, мабуть, є більш вдалим порівняно, наприклад, з ч. 2 ст. 200 КК Казахстану, яка, регламентуючи відповідальність за незаконне розголошення комерційної чи банківської таємниці, як суб'єкта цього злочину називає особу, якій відповідні відомості були довірені по службі або роботі.

Особа, яка спонукала того, кому комерційна або банківська таємниця стала відома у зв'язку

<sup>749</sup> Вказане питання чітко врегульоване у КК Нідерландів. Ч. 1 ст. 273 КК цієї країни передбачає відповідальність для того, хто умисно розкриває особливу інформацію, пов'язану з комерційною чи промисловою організацією або організацією сфери обслуговування, в якій винна особа працює *або працювала*, за умови, що вона зобов'язана була зберігати інформацію в таємниці.

<sup>750</sup> Згідно з ч. 2 ст. 61 Закону «Про банки і банківську діяльність» керівники та службовці банків зобов'язані не розголошувати та не використовувати з вигодою для себе чи для третіх осіб конфіденційну інформацію, яка стала відома їм при виконання свої службових обов'язків.

<sup>751</sup> Радутний О.Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю: Монографія. – Х.: Ксилон, 2008. – С. 167.

з професійною або службовою діяльністю, до розголошення цих відомостей, має розглядатись як підбурювач до злочину (ч. 4 ст. 27, ст. 232 КК).

До осіб, яким комерційна таємниця стала відома у зв'язку з їх професійною або службовою діяльністю, треба відносити також працівників суб'єктів господарювання – контрагентів власника комерційної таємниці, оскільки в процесі спільної господарської діяльності вони можуть отримати відповідну інформацію, а, отже, здатні розголосити її з корисливих чи інших особистих мотивів.

Відповідальність на підставі ст. 232 КК може нести і комерційний агент, який згідно зі ст. 232 ГК не має права у т.ч. передавати конфіденційну інформацію, одержану від суб'єкта, якого він представляє, без згоди цього суб'єкта.

Якщо інформованість особи про комерційну або банківську таємницю стала результатом реалізації прав особи, передбачених цивільним законодавством і не пов'язаних при цьому з її професійною або службовою діяльністю, підстав для застосування ст. 232 КК не вбачається<sup>752</sup>.

Наприклад, відповідно до ст. 862 ЦК якщо сторона у договорі підряду внаслідок виконання договору одержала від другої сторони відомості, які можуть розглядатись як комерційна таємниця, вона не має права повідомляти такі відомості іншим особам без згоди другої сторони. Водночас варто враховувати, що порушення цієї законодавчої вимоги може утворювати склад злочину, передбаченого ст. 231 КК (у частині незаконного використання комерційної таємниці) або склад злочину, передбаченого ст. 232 КК, – за умови, що підрядник або замовник (їх працівники) знали комерційну таємницю, здійснюючи у процесі виконання договору підряду свою професійну або службову діяльність. Так що про прогалину у кримінальному законі у цьому разі, вочевидь, говорити підстав немає.

**Суб'єктивна сторона** розглядуваного злочину характеризується умислом та корисливим чи іншим особистим мотивом. *Корисливий мотив* означає прагнення особи одержати у зв'язку із розголошенням комерційної або банківської таємниці ту чи іншу майнову вигоду – отримати майно, уникнути витрат тощо. До *інших особистих мотивів* можуть бути віднесені, наприклад,

<sup>752</sup> Так само вважає О.Е. Радутний, який пропонує розширити коло суб'єктів злочину, передбаченого ст. 232 КК, за рахунок осіб, яким комерційна або банківська таємниця відома на інших законних підставах, відмінних від професійної або службової діяльності (Радутний О.Е. Вказана праця. – С. 170-172).

Для порівняння: ст. 279 КК Іспанії визнає злочином розповсюдження, видачу або віддання комерційної таємниці, вчинене особою, яка за законом або договірним зобов'язанням повинна її охороняти.

помста, заздрість, особиста неприязнь, кар'єризм, бажання отримати взаємну послугу або допомогти іншому, прагнення перемогти у конкурентній боротьбі.

Порушення встановлених правил користування і зберігання комерційної або банківської таємниці, вчинене службовою особою через необережність, може розцінюватись як службова недбалість. За ст. 367 КК можуть кваліфікуватись, наприклад, винесення відповідних документів або предметів зі спеціальних приміщень або сховищ, якщо таке винесення заборонене, недбале поводження з документами і предметами поза спеціальними приміщеннями чи сховищами, невжиття заходів щодо організації спеціальних місць для зберігання документів і предметів, зберігання останніх поза тими місцями, які для них спеціально призначені (наприклад, замість сейфу документ знаходиться у письмовому столі) або з порушенням встановлених правил (документ зберігається у незамкненому сейфі тощо)<sup>753</sup>, порушення встановлених вимог роботи з документами, що містять банківську таємницю, на електронних носіях.

Необережне розголошення комерційної таємниці, допущене неслужбовою особою, тягне адміністративну відповідальність (ч. 3 ст. 164-3 КпАП).

## 9.9. Злочини проти порядку приватизації

**Незаконна приватизація державного, комунального майна** (ст. 233 КК). Як широкомасштабний соціально-економічний проект, реалізація якого розпочалась в Україні в 1992 р., приватизація мала на меті створення багатокладної соціально орієнтованої ринкової економіки, забезпечення у стислі строки стратегічних позицій приватної власності в економіці країни. Проголошувалось, що приватизація повинна здійснюватись на засадах законності, державного регулювання і контролю, надання громадянам України пріоритетного права на придбання державного майна, забезпечення їх соціальної захищеності та рівності прав, створення сприятливих умов для залучення інвестицій, врахування особливостей приватизації відповідних об'єктів, застосування переважно конкурентних способів приватизації тощо.

Однак процес приватизації затягнувся

<sup>753</sup> Так, під час роботи з документами, що містять гриф «Банківська таємниця», працівники банку мають забезпечити зберігання таких документів у сейфах або шафах, які надійно замикаються і до яких не мають доступу треті особи (п. 2.4 Правил зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці).



(триває вже 20 років), а реалії, як це нерідко буває, виявились далекими від проголошених гасел. «... приватизація державних підприємств багатьох галузей не принесла бажаної користі ні бюджету держави, ні окремим галузям економіки країни, ні народу, ні окремим громадянам, а, навпаки, сприяла тенденції криміналізації процесу змін форм власності і активності злочинних угруповань у цій сфері...»<sup>754</sup>. «Приватизація перетворилась на засіб економічного закріплення і різкого посилення невиправданої соціальної диференціації суспільства... З форми стимулювання економічного розвитку приватизація перетворилась на спосіб розподілу та перерозподілу власності між обмеженим колом осіб і угруповань з метою концентрації суспільного багатства...»<sup>755</sup>.

Не в останню чергу такий невтішний результат пояснюється недостатнім рівнем нормативно-правового регулювання приватизаційних перетворень. Так, у рішенні РНБО від 15 лютого 2008 р. «Про забезпечення національних інтересів і національної безпеки у сфері приватизації та концептуальні засади їх реалізації» зазначається, що чинне законодавство з питань приватизації не відповідає сучасному розвитку суспільних відносин, закладені у ньому механізми та процедури приватизації є неефективними і непрозорими, що призводить до прийняття економічно необґрунтованих рішень з питань приватизації державного майна, створює передумови для зловживань у цій сфері, перешкоджає сталому розвитку та ефективній структурній перебудові економіки. Стратегічні цілі та завдання приватизації не визначено і законодавчо не закріплено<sup>756</sup>; зміни до законодавства з питань приватизації носять непослідовний і несистемний характер, що негативно впливає на інвестиційний клімат в Україні. Про законодавчу невизначеність реформ у сфері приватизації, що унеможливає передбачуваність, прогнозованість останньої, не сприяє широкому залученню інвесторів, створює додаткові ризики для потенційних покупців, йде мова і в підготовленому в 2010 р. ФДМУ Аналізі регуляторного впливу проекту Закону

<sup>754</sup> Кацьман О.Г. Злочинність у сфері економіки України: теоретичні та прикладні проблеми попередження: Дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2004. – С. 175.

<sup>755</sup> Бойко А.М. Детермінація економічної злочинності в Україні в умовах переходу до ринкової економіки (теоретико-кримінологічне дослідження): Монографія. – Львів: Видавничий центр ЛНУ ім. Івана Франка, 2008. – С. 145.

<sup>756</sup> Протягом 2003-2010 років на розгляд урядів подавалось 8 редакцій Державної програми приватизації, 4 з яких вносились до Верховної Ради України. Однак жодну з них остаточно ухвалено не було («Держбюджет не отримав від приватизації очікуваних 20 млрд. грн» // Урядовий кур'єр. – 25 лютого 2011 р. – № 36). Це сталося лише 13 січня 2012 р.

України «Про Державну програму приватизації». У Державній програмі приватизації на 2012–2014 роки, затвердженій Законом України від 13 січня 2012 р., зазначається, що в результаті приватизації так і не сформувалась ефективна система відносин власності, яка забезпечила б оптимальне використання національного економічного потенціалу та сприяла б досягненню цілей і виконанню завдань соціально-економічного розвитку.

Кримінально-правові заборони, покликані забезпечити ефективну охорону порядку здійснення приватизації, поява яких у вітчизняному законодавстві, як відомо, відбулась із значним запізненням – лише у зв'язку з ухваленням у 2001 р. чинного КК<sup>757</sup>, також не відзначаються ні належною якістю, ні дієвістю. З одного боку, за окремими експертними оцінками, приблизно 90% об'єктів в Україні приватизується з порушеннями чинного законодавства і при бажанні можуть бути реприватизовані – повернуті у державну власність<sup>758</sup>. З іншого боку, випадки застосування норм кримінального закону, які передбачають відповідальність за злочини проти порядку приватизації, залишаються поодинокими. Так, за даними Державної судової адміністрації України, за 2009 рік за ч. 1 ст. 233 КК («Незаконна приватизація державного, комунального майна») було засуджено всього 2 особи, а за ч. 2 цієї статті – 5 осіб; за недотримання обов'язкових умов щодо приватизації державного, комунального майна або підприємств та їх подальшого використання (ст. 235 КК) за 2009 р. було засуджено 4 особи.

Інколи стверджується, що Білорусь і Болгарія разом з Україною належать до нечисленної групи держав, кримінальне законодавство яких містить окремі статті про відповідальність за незаконну приватизацію майна<sup>759</sup>. Насправді відповідно до ч. 3 ст. 424 КК Білорусі здійснення функцій із роздержавлення або приватизації (поряд із відповідальним становищем винного і спричиненням тяжких наслідків) є лише однією з кваліфікуючих ознак такого традиційного службового злочину, як зловживання владою або

<sup>757</sup> Виявляється, наприклад, що станом на 1 жовтня 2003 р. у державній власності залишалось тільки 15% підприємств промисловості.

<sup>758</sup> Принаймні такий показник в одному з інтерв'ю озвучив теперішній керівник ФДМУ О. Рябченко (Александр Рябченко: «В реприватизации должна быть поставлена самая главная, законодательная, точка» // Зеркало недели. – 14 января 2006 г. – № 1).

<sup>759</sup> Крих Т.Я. Незаконна приватизація державного, комунального майна за кримінальним правом України: юридичний аналіз складу злочину: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – С. 41. Про відповідний зарубіжний досвід див. також: Заруба П. Кримінально-правова охорона суспільних відносин у сфері приватизації: зарубіжний досвід // Юридична Україна. – 2005. – № 7. – С. 71-77.

службовими повноваженнями. Тобто білоруський законодавець (на відміну від українського) не вважає за потрібне конструювати спеціальні кримінально-правові заборони, розраховані на приватизаційні зловживання. Фактично такий же підхід, який не передбачає створення самостійного складу злочину, присвяченого незаконній приватизації, втілено у КК Болгарії, згідно зі ст. 283а якого злочинне діяння, пов'язане з приватизацією (як і діяння, пов'язане з купівлею-продажем, здаванням майна в оренду або передачею підприємницькому товариству певної власності), визнається лише різновидом службових злочинів, передбачених ст. ст. 282, 283 КК цієї країни.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 233 КК, є встановлений законодавством порядок приватизації державного і комунального майна. Цей порядок покликаний: сприяти підвищенню ефективності діяльності підприємств і створенню конкурентного середовища; захистити фіскальні інтереси держави та органів місцевого самоврядування, залучити кошти, необхідні для виконання соціальних програм; забезпечити структурну перебудову економіки України; поєднати засоби виробництва та ефективного власника; створити умови для подальшого розвитку фондового ринку; забезпечити інформаційну прозорість процесу приватизації тощо. *Додатковим об'єктом* злочину, передбаченого ст. 233 КК, є власність.

Варто ще раз наголосити на тому, що приписи регулятивного законодавства не дозволяють визнавати низку відносин, поставлених під кримінально-правову охорону за допомогою розділу VII Особливої частини КК, частиною господарських відносин, якщо виходити із розуміння господарської діяльності, закріпленого у ст. 3 ГК. Це стосується і приватизаційних відносин. Сказане зайвий раз наводить на думку про доцільність уточнення назви розділу VII Особливої частини КК, в якому потужно представлено блок норм, так би мовити, фінансового спрямування. До речі, при формулюванні цієї назви у 2001 р., коли приймався чинний КК, проблематично було передбачити, яке розуміння господарської діяльності закріплюватиме ГК, ухвалений у 2003 р.

*Предметом* злочину законодавець називає державне і комунальне майно.

Під *державним майном* треба розуміти майно, що перебуває у державній власності, а також майно, яке належить АРК. До об'єктів державної власності, що підлягають приватизації, належать: 1) підприємства (цехи, виробництва, дільниці, інші підрозділи, якщо в разі їх виділення у самостійні підприємства не порушується технологічна

єдність виробництва з основної спеціалізації підприємства, зі структури якого вони виокремлюються) як єдині майнові комплекси, до складу яких входять усі види майна, призначені для їх діяльності, що визначені ЦК, у т.ч. разом із земельними ділянками державної власності, на яких вони розташовані; 2) об'єкти незавершеного будівництва та законсервовані об'єкти, у т.ч. разом із земельними ділянками державної власності, на яких вони розташовані; 3) окреме індивідуально визначене майно, у т.ч. разом із земельними ділянками державної власності, на яких це майно розташовано; 4) акції (частки, паї), що належать державі у статутному капіталі господарських товариств, інших господарських організацій та підприємств, заснованих на базі об'єднання майна різних форм власності; 5) об'єкти соціально-культурного призначення, у т.ч. разом із земельними ділянками державної власності, на яких вони розташовані, крім тих, що не підлягають приватизації (ч. 1 ст. 5 Закону «Про приватизацію державного майна»). З метою раціонального та ефективного застосування способів приватизації об'єкти приватизації класифікуються за певними групами – А, В, Г, Д, Е, Ж.

Під звичайним (неприватизаційним) відчуженням об'єктів державної власності слід розуміти передачу права власності на матеріальні активи, що відповідно до законодавства визнаються основними фондами, яке здійснюється шляхом продажу цього майна юридичним або фізичним особам відповідними суб'єктами господарювання (наприклад, казенними підприємствами), органами, уповноваженими управляти державним майном, а у випадках, визначених законодавством, – ФДМУ. Порушення порядку відчуження державного майна, якщо таке відчуження згідно з чинним законодавством не визнається приватизацією<sup>760</sup>, не може кваліфікуватись за ст. 233 КК, однак за наявності до цього підстав таке діяння має тягнути покарання за статтями КК про відповідальність за злочини проти власності, злочини у сфері службової діяльності тощо.

*Комунальним* визнається майно, яке перебуває у комунальній власності. Правом комунальної власності визнається право територіальної громади села, селища або міста володіти, економічно та ефективно користуватися і розпоряджатися на свій розсуд майном, що належить їй, як безпосередньо, так і через представницькі органи місцевого самоврядування. Відчуження комунального майна регулюється загальними положеннями законодавчих актів

<sup>760</sup> Див, наприклад: Селіванова І. Приватизація та відчуження державного майна: співвідношення понять // Право України. – 2009. – № 6. – С. 121-126.

з питань приватизації і здійснюється органами місцевого самоврядування. Останні вправі приймати рішення про передачу іншим органам окремих повноважень щодо управління майном, яке належить до комунальної власності відповідної територіальної громади, визначення меж цих повноважень та умов їх здійснення.

У юридичній літературі суперечливо вирішується питання, чи є квартири і будинки як об'єкти державного (комунального) житлового фонду предметом досліджуваного злочину. Так, ґрунтуючи свою позицію на ч. 2 ст. 3 Закону «Про приватизацію державного майна», згідно з якою дія цього Закону не поширюється, зокрема, на приватизацію об'єктів державного житлового фонду, П.П. Андрушко послідовно зазначає, що поняттям «приватизація державного, комунального майна» приватизація вказаних об'єктів не охоплюється<sup>761</sup>. Подібним чином висловлюється Ю.В. Алданов, який пише, що у Законі «Про приватизацію державного майна» приватизація об'єктів державного земельного та житлового фондів, у т.ч. гуртожитків, об'єктів соціально-культурного призначення, що фінансуються з державного бюджету, в тому числі сфери охорони здоров'я, за винятком тих, які належать підприємствам, що приватизуються, а також зміна організаційно-правових форм власності колгоспів і підприємств споживчої кооперації не охоплюється поняттям «приватизація державного, комунального майна»<sup>762</sup>. Протилежної позиції дотримується П.І. Заруба, для якого безспірним є те, що незаконна приватизація у тому числі об'єктів житлового фонду (державного, комунального) має кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 233 КК<sup>763</sup>. Так само вважає Т.Я. Крих<sup>764</sup>.

З одного боку, врахування характеру діянь, криміналізованих ст. 233 КК, місця цієї статті в системі Особливої частини КК, тієї обставини, що Закон «Про приватизацію державного май-

на» не поширює свою дію на відчуження певних різновидів майна, наводить на думку про те, що предметом розглядуваного злочину не виступають об'єкти державного земельного і житлового фондів. З іншого боку, запропоноване тлумачення кримінального закону є обмежувальним, адже диспозиція ст. 233 КК сформульована таким чином, що дозволяє охопити випадки незаконної приватизації будь-якого державного або комунального майна, включаючи об'єкти земельного і житлового фондів<sup>765</sup>. Та обставина, що дія Закону «Про приватизацію державного майна» не поширюється на приватизацію безпосередньо названих у ньому об'єктів, зовсім не означає того, що такі об'єкти взагалі не підлягають приватизації. Законодавство про приватизацію складається як із названого Закону, так і з інших законів України з питань приватизації.

Цікаво, що Є.В. Фесенко, розробивши свого часу доктринальну модель відповідних кримінально-правових заборон, пропонував запровадити кримінальну відповідальність за незаконну приватизацію не будь-якого державного майна, а лише майна державних підприємств або невеликих державних підприємств<sup>766</sup>. У чинному КК для позначення предмета досліджуваного злочину вживається більш широке (універсальне) поняття.

З **об'єктивної сторони** аналізований злочин може набувати однієї з чотирьох форм, вказаних у ч. 1 ст. 233 КК альтернативно: 1) приватизація державного чи комунального майна шляхом зниження його вартості через визначення її у спосіб, не передбачений законом; 2) використання підроблених приватизаційних документів; 3) приватизація майна, яке згідно із законом не підлягає приватизації; 4) приватизація неправомочною особою.

Під *приватизацією* слід розуміти один із способів зміни форми власності, а саме відчуження державного або комунального майна на користь фізичних та юридичних осіб, які відповідно до законодавства про приватизацію можуть бути покупцями. Відповідно до ст. 1 Закону «Про приватизацію державного майна» приватизація такого майна – це платне відчуження майна, що перебуває у державній власності, у т.ч. разом із земельною ділянкою державної власності, на якій розташований об'єкт, що підлягає

<sup>761</sup> Уголовный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Отв. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2003. – С. 607; Научно-практический комментарий до Кримінального кодексу України (2-е вид., перероб. та доп.) / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – С.816; Научно-практический комментарий до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-ге вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 945.

<sup>762</sup> Алданов Ю.В. Приватизація державного майна як спеціальна підстава набуття права власності: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 24-25.

<sup>763</sup> Заруба П.І. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері приватизації: Монографія. – К.: Атіка, 2007. – С. 64, 67-68, 103, 150.

<sup>764</sup> Крих Т.Я. Незаконна приватизація державного, комунального майна за кримінальним правом України: юридичний аналіз складу злочину: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – С. 123.

<sup>765</sup> До речі, у цивілістичній літературі до об'єктів купівлі-продажу в сфері приватизації однозначно відносять і квартири багатоквартирних будинків, одноквартирні будинки, кімнати у квартирах та одноквартирних будинках (Договірне право України. Особлива частина: Навч. посіб. / За ред. О.В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 127-128).

<sup>766</sup> Фесенко Є. Проблеми відповідальності за зловживання в сфері приватизації об'єктів державної власності // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – № 1. – С. 20-21.



приватизації, на користь фізичних та юридичних осіб, які можуть бути покупцями відповідно до закону, з метою підвищення соціально-економічної ефективності виробництва та залучення коштів для здійснення структурної перебудови національної економіки. В сучасних умовах роздержавлення власності відбувається у формі оплатної індивідуальної приватизації майна, яка полягає у вивченні попиту на конкретний об'єкт приватизації, врахуванні кон'юнктури ринку, на основі цього – визначенні способу продажу, який максимально враховує особливості становища кожного об'єкта, з метою концентрації капіталу та забезпечення ефективного функціонування підприємства у післяприватизаційний період.

Суб'єктами приватизації є: 1) органи приватизації (ФДМУ, його регіональні відділення та представництва<sup>767</sup>; органи приватизації в АРК; органи, які створюються місцевими Радами); 2) покупці (громадяни України, іноземні громадяни, особи без громадянства; юридичні особи, зареєстровані на території України, крім випадків, передбачених законодавством; юридичні особи інших держав); 3) посередники (довірчі товариства, інвестиційні фонди та інвестиційні компанії тощо).

Приватизація державного майна здійснюється шляхом: 1) продажу об'єктів приватизації на аукціоні, за конкурсом; 2) продажу об'єктів приватизації на аукціоні (у т.ч. за методом зниження ціни, без оголошення ціни); 3) продажу об'єктів приватизації за конкурсом з відкритістю пропонування ціни за принципом аукціону; продажу на конкурсній основі цілісного майнового комплексу державного підприємства, що приватизується, або контрольного пакета акцій відкритого акціонерного товариства при поданні покупцем відповідних документів; 4) викупу об'єктів приватизації; 5) продажу акцій на міжнародних фондових ринках, у т.ч. у вигляді депозитарних розписок; 6) іншими способами, які встановлюються спеціальними законами, що регулюють особливості приватизації об'єктів окремих галузей (ст. 15 Закону «Про приватизацію державного майна»).

Доцільність застосування того чи іншого способу приватизації визначається органом приватизації самостійно, крім випадків, встановлених законодавством. Так, специфічні способи приватизації визначені ст. 7 Закону України від 12 квітня 2012 р. «Про особливості приватизації вугледобувних підприємств».

Ціна продажу об'єкта, що підлягає приватизації шляхом викупу, визначається експер-

тним шляхом або способами, що враховують потенційну прибутковість, відповідно до методики, затвердженої КМУ.

Продаж об'єктів приватизації на аукціоні полягає у передачі права власності покупцеві, який запропонував у ході торгів найвищу ціну. Продаж об'єктів приватизації за конкурсом – це передача права власності покупцеві, який запропонував найкращі умови експлуатації об'єкта або за рівних умов – найвищу ціну.

Під *заниженням вартості*<sup>768</sup> майна через визначення її у спосіб, не передбачений законом, треба розуміти: 1) застосування такого способу, який відповідно до чинного законодавства взагалі не повинен бути використаний під час приватизації; 2) застосування такого способу оцінки майна, який хоч і використовується під час приватизації, однак згідно із законодавством не може застосовуватись для оцінки певного об'єкта приватизації.

Продаж державного або комунального майна неналежним для цього об'єкта способом, не проведення експертної оцінки, у разі, коли її проведення було обов'язковим, що мало своїм наслідком заниження вартості приватизованого майна, а також безоплатну передачу майна у власність фізичних або юридичних осіб, крім випадків, передбачених чинним законодавством, потрібно кваліфікувати за ст. 233 КК. Кримінально караним заниженням вартості об'єктів приватизації в плані відповідальності за ст. 233 КК потрібно визнавати, зокрема, і такі діяння, як незастосування зональних коефіцієнтів під час проведення малої приватизації комунального майна, незаконне списання або відчуження основних фондів та оборотних коштів підприємства в період підготовки його до приватизації, не проведення індексації вартості основних фондів або порушення порядку проведення інвентаризації майна, заниження обсягів виробничих площ об'єкта приватизації під час визначення його вартості (за рішенням органу приватизації оцінці вартості об'єкта приватизації може передувати його повна інвентаризація).

Проведення приватизації неналежним способом, якщо при цьому вартість приватизованого майна не занижувалась, складу злочину, передбаченого ст. 233 КК, не містить, якщо при цьому не використовувались підроблені приватизаційні документи.

Повідомлення неправдивих відомостей у декларації щодо походження коштів, за рахунок яких приватизується державне чи комунальне майно,

<sup>767</sup> Повноваження ФДМУ у сфері приватизації державного майна визначені ст. 5 Закону від 9 грудня 2011 р. «Про Фонд державного майна України».

<sup>768</sup> Вартість – це суспільно визначений еквівалент у грошовій формі. Законодавство про приватизацію розрізняє такі види вартості майна: балансова та переоцінена, справедлива (ринкова), інвестиційна, ліквідаційна та застава вартість, вартість активів, вартість відтворення тощо.

що поєднується з легалізацією коштів, одержаних злочинним шляхом, за наявності підстав потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 233 і 209 КК.

У разі, коли заниження вартості державного або комунального майна поєднується з використанням підроблених приватизаційних документів (наприклад, передавального або розподільного балансу підприємства, актів інвентаризації майна та інвентаризаційних описів), ця обставина впливає на обсяг обвинувачення і повинна знайти відображення у процесуальних документах. Взагалі під використанням підроблених приватизаційних документів потрібно розуміти їх подання органам приватизації, вчинення з ними інших дій, які так чи інакше впливають на винесення рішення про приватизацію конкретних об'єктів та її умови.

У літературі висловлено слушну точку зору, згідно з якою підроблені приватизаційні документи є не предметом, а знаряддями вчинення злочину, передбаченого ст. 233 КК. Винна особа використовує підроблені приватизаційні документи для виконання об'єктивної сторони, досягнення певного результату – незаконно заволодіти державним чи комунальним майном або сприяти незаконному заволодінню іншими особами. Знаряддя вчинення злочину залежать від наявності предмета злочину і, навпаки, предмет злочину не залежить від наявності тих чи інших знарядь вчинення злочину, а підробити приватизаційні документи можна лише щодо наявного державного чи комунального майна. До того ж, предмет, як правило, підлягає поверненню потерпілому (незаконно приватизоване майно повертається, відповідно, в державну чи комунальну власність), тоді як знаряддя (підроблені приватизаційні документи) завжди підлягають вилученню чи знищенню<sup>769</sup>.

Приватизаційним слід визнавати різноманітні документи, які подаються, складаються чи у інший спосіб використовуються у процесі приватизації державного або комунального майна (документи, за допомогою яких оформляється перехід права власності на приватизоване майно (наприклад, протокол засідання конкурсної комісії, який затверджується органом приватизації і є підставою укладання договору купівлі-продажу з переможцем конкурсу); документи, які складаються при оцінці вартості майна, що підлягає приватизації, – акти інвентаризації

майна, висновок експерта про вартість майна, передавальний баланс підприємства тощо). Переліки приватизаційних документів визначаються як законами, так і нормативними актами ФДМУ.

Такими документами (залежно від способу та об'єкта приватизації, вартості такого об'єкта та інших особливостей приватизації) можуть бути визнані також, зокрема: 1) бізнес-план або техніко-економічне обґрунтування післяприватизаційного розвитку об'єкта, що включає план зайнятості працівників підприємства, пропозицію інвестора із зазначенням максимального розміру інвестицій, строків та порядку її внесення; 2) документ про розподіл статутного фонду серед учасників господарського товариства; 3) декларація фізичної особи про походження коштів, за рахунок яких приватизується майно; 4) документи про розподіл статутного фонду серед учасників; 5) заява про включення підприємства до переліку об'єктів, що приватизуються, і нотаріально посвідчені копії установчих документів, які підтверджують право юридичної особи бути покупцем; 6) підтвердні документи, на підставі яких приймається рішення про визнання претендента учасником відкритих торгів; 7) копія фінансової звітності за останній звітний рік та квартал (баланс, звіт про фінансові результати, звіт про власний капітал та звіт про рух грошових коштів) або річний фінансовий звіт за минулий рік, підтверджений аудитором, у разі наявності такого звіту; 8) банківська гарантія; 9) протокол загальних зборів трудового колективу по прийняттю рішення про взяття участі у приватизації та створення з цією метою господарського товариства; 10) висновок про проведення екологічного аудиту.

Приватизаційними слід визнавати також кваліфікаційні документи, тобто пакет документів, що подається претендентом до державного органу приватизації згідно з інформаційним повідомленням та підтверджує відповідність претендента кваліфікаційним вимогам. Цими вимогами визнаються критерії, якими повинен відповідати претендент для того, щоб бути визнаним комісією учасником аукціону, конкурсу та бути допущеним до участі в аукціоні, конкурсі. Приватизаційними треба визнавати і документи, що додаються до актів оцінки вартості об'єкта приватизації (договір оренди державного майна, довідка про відображення у бухгалтерському обліку операцій з використанням позичкових коштів, довідка про оцінку нематеріальних активів, відображених у передавальному балансі на дату його складання, тощо), а також приватизаційні папери – це особливий вид державних цінних паперів, які засвідчують

<sup>769</sup> Крих Т.Я. Вказана праця. – С. 123, 190.

Найбільш докладно проблема розмежування предмета злочину і засобів та знарядь вчинення злочину у сучасній юридичній літературі України розглянута А.А. Музикою та Є.В. Лашуком (Музика А.А., Лашук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: Монографія. – К.: ПАЛІВОДА А.В., 2011. – С. 139-152).

право власника на безоплатне одержання у процесі приватизації частки майна державних підприємств, державного житлового фонду, земельного фонду (ст. 1 Закону «Про приватизаційні папери»). Різновидами приватизаційних паперів, фактично випущеними під час приватизації в Україні, стали приватизаційні майнові сертифікати і житлові чеки.

*Приватизація майна, яке не підлягає приватизації*, означає укладання договорів купівлі-продажу щодо таких об'єктів державної або комунальної власності, відчуження яких на користь фізичних та юридичних осіб чинним законодавством або рішенням місцевих рад відповідного рівня заборонено. Відповідно до ст. 5 Закону «Про приватизацію державного майна» приватизації не підлягають об'єкти, що мають загальнодержавне значення, а також казенні підприємства<sup>770</sup>. Також не підлягають приватизації державні підприємства та корпоративні права держави в акціонерних товариствах, які: а) забезпечують національну безпеку України або приватизація яких створює істотні ризики для безпеки держави (наприклад, підприємства атомної енергетики та підприємства, що працюють у сфері поводження з радіоактивними відходами, підприємства, що забезпечують безпеку руху в повітряному просторі та навігації водними шляхами України); б) забезпечують задоволення соціальних потреб суспільства, які не можуть бути повністю задоволені підприємствами, що перебувають у приватній власності (підприємства з виготовлення та ремонту засобів реабілітації для інвалідів, національні заклади культури); в) є високотехнологічними експортоорієнтованими підприємствами, що формують конкурентні переваги України на міжнародному ринку та створюють мультиплікати́вний ефект для розвитку суміжних галузей, – підприємства, які здійснюють виробництво об'єктів космічної діяльності; г) є інфраструктурними підприємствами-монополістами, збереження яких у державній власності необхідне для забезпечення рівного доступу до споживачів послуг на загальнодержавному ринку (національний оператор поштового зв'язку, міжнародні аеропорти).

<sup>770</sup> Казенні підприємства створюються у галузях народного господарства, в яких: законом дозволено здійснення господарської діяльності лише державним підприємствам; основним (понад 50%) споживачем продукції (робіт, послуг) виступає держава; за умовами господарювання неможлива вільна конкуренція товаровиробників чи споживачів; переважачим (понад 50%) є виробництво суспільно необхідної продукції (робіт, послуг), яке за своїми умовами і характером потреб, що ним задовольняються, як правило, не може бути рентабельним; приватизацію майнових комплексів державних підприємств заборонено законом. Казенне підприємство створюється за рішенням КМУ (ст. 76 ГК).

Перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації, не є постійним і незмінюваним. Поіменний перелік зазначених об'єктів, які розподіляються за органами управління та областями, затверджується Верховною Радою України за поданням КМУ у формі прийняття відповідного Закону. Законом України від 23 вересня 2008 р. затверджено Перелік пам'яток культурної спадщини, що не підлягають приватизації.

Згідно зі ст. 2 Закону «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» не можуть бути об'єктами малої приватизації будівлі (споруди, приміщення) або їх окремі частини, які становлять національну, культурну та історичну цінність і перебувають під охороною держави, та будівлі (споруди, приміщення) або їх окремі частини, де розміщуються бібліотеки, книгарні та державні видавництва, а так само визначені у встановленому порядку спеціалізовані підприємства торгівлі, що обслуговують виключно громадян, які мають пільги згідно з чинним законодавством.

Об'єкти державної власності, які підлягають приватизації, поділяються на дві категорії: 1) такі, що приватизуються за погодженням з КМУ<sup>771</sup> (наприклад, майнові комплекси підприємств-монополістів на ринку відповідних товарів України); 2) такі, для приватизації яких не вимагається погодження з КМУ. Порушення встановленого порядку приватизації відповідного державного майна (здійснення її без погодження з КМУ або іншим уповноваженим органом, наприклад, з Антимонопольним комітетом України) немає підстав визнавати приватизацією майна, що не підлягає приватизації. Такий саме висновок слід робити і у випадку приватизації пам'ятки культурної спадщини (за винятком тих пам'яток, які фігурують у вказаному вище Переліку) без укладення з відповідним органом охорони культурної спадщини попереднього договору про укладення у майбутньому охоронного договору на пам'ятку із викладенням його істотних умов.

Державні засоби виробництва, що підлягають приватизації, є особливим товаром, покликаним забезпечувати не лише потреби приватизації, а й певні суспільні та державні потреби, у зв'язку з чим законодавець спеціально регулює питання про коло суб'єктів приватизаційних відносин, визначає особливості їх правового статусу. До суб'єктів приватизаційних відносин належать особи, наділені правами відчужувати і набувати у власність майно, що приватизується, а також

<sup>771</sup> Постановою КМУ від 23 травня 2012 р. № 402 затверджено Порядок прийняття рішення про приватизацію об'єктів державної власності, перелік яких затверджується КМУ.



іншим чином впливати на відносини, що складаються в процесі приватизації. Відображенням специфіки суб'єктного складу приватизаційних правовідносин у тексті кримінального закону можна вважати виокремлення у диспозиції ч. 1 ст. 233 КК такого різновиду незаконної приватизації державного або комунального майна, як приватизація неправомочною особою.

Науковці, здійснюючи доктринальне тлумачення кримінального закону, однак не у тому, що під неправомочною особою з точки зору кваліфікації за ст. 233 КК треба розуміти особу, якій чинним законодавством заборонено брати участь у процесі приватизації, укладати відповідні договори купівлі-продажу або вчинити інші передбачені законодавством правочини з відчуження державного або комунального майна<sup>772</sup>. Інакше кажучи, неправомочною є особа, якій приватизаційним законодавством не дозволено виступати ні покупцем, ні продавцем майна, що приватизується. Таке усталене в юридичній літературі розуміння кримінально-правового поняття «неправомочна особа» узгоджується з етимологією термінів «правомочний» і «правомочність»<sup>773</sup>, а так само ґрунтується на відповідних положеннях регулятивного законодавства, що є важливим з огляду на описово-бланкетний характер диспозиції ч. 1 ст. 233 КК.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 8 Закону «Про приватизацію державного майна» покупцями об'єктів приватизації не можуть бути: 1) юридичні особи, у майні яких частка державної власності перевищує 25 %; 2) органи державної влади; 3) працівники державних органів приватизації; 4) державні господарські об'єднання, державні холдингові компанії, державні акціонерні товариства (компанії), їх дочірні компанії та підприємства; 5) особи, зареєстровані в офшорній зоні (перелік таких зон визначає КМУ) чи країнах, включених FATF до списку країн, що

<sup>772</sup> Берзін П. Незаконна приватизація державного, комунального майна // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 9. – С. 55-56; Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 855-858; Заруба П.І. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері приватизації: Монографія. – К.: Атіка, 2007. – С. 101-104; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2-е вид., перероб. та доп.) / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – С. 818.

<sup>773</sup> У тлумачному словнику української мови можна прочитати, що правомочний – це той, який користується законним правом або має певні повноваження (Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – С. 11010). В юридичному словнику правомочність визначається як передбачена законом можливість учасника правовідносин здійснювати певні дії або вимагати їх від інших учасників правовідносин (Юридична енциклопедія. В 6 т. / Ред. кол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1998. – Т. 5: П-С. – 2003. – С. 46). Логічним буде вважати неправомочність зворотним поняттям.

не співпрацюють у сфері протидії відмиванню доходів, одержаних злочинним шляхом; б) особи, які прямо чи опосередковано контролюються особами, що вказані вище.

Законодавство про приватизацію невеликих державних підприємств виключає з кола покупців об'єктів малої приватизації не лише працівників органів приватизації, а й інших осіб, яким відповідно до чинного законодавства заборонено займатися підприємницькою діяльністю, а також не передбачає участі у малій приватизації посередників. Державною програмою приватизації стосовно конкретних об'єктів особливості участі покупців у приватизації, включаючи галузеві та сумарні квоти на придбання юридичними особами державного майна та акцій (часток, паїв).

Положення про порядок підготовки та проведення відкритих торгів, затверджене наказом ФДМУ від 5 жовтня 2001 р. № 2081, встановлює, що у тендерах із продажу пакетів акцій ВАТ не дозволяється брати участь: 1) радникам<sup>774</sup>; 2) їх афілійованим особам<sup>775</sup>.

Документами, які регламентують порядок приватизації окремих об'єктів, можуть встановлюватися особливі обмеження щодо суб'єктного складу приватизаційних відносин, що також треба брати до уваги при вирішенні питання про визнання особи неправомочною, а, отже, про наявність або відсутність складу злочину, передбаченого ст. 233 КК. Йдеться про те, що встановлення кваліфікаційних вимог до потенційних покупців об'єктів приватизації (критеріїв, яким повинні відповідати претенденти на ці об'єкти) може бути компетенцією законодавця, уряду або ФДМУ.

Наприклад, Закон від 9 квітня 2004 р. «Про особливості приватизації підприємств Державної акціонерної компанії «Укррудпром», визнавши одним із суб'єктів приватизації промислового

<sup>774</sup> Радник – це юридична особа (група юридичних осіб), яка надає послуги з підготовки та проведення відкритих торгів.

<sup>775</sup> До афілійованих осіб, які виключаються з процедури торгів, належать: а) юридичні особи, які безпосередньо або опосередковано володіють (або мають право за договором на придбання) 10 або більше відсотками акцій (паїв, часток) радника; б) юридичні особи, в яких радник безпосередньо або опосередковано володіє 10 або більше відсотками акцій (паїв, часток); в) юридичні особи, які безпосередньо чи опосередковано мають спільно з радником компанію, яка є їх учасником; г) фізичні особи, які обіймають керівні посади в зазначених вище компаніях або отримали від них позику в будь-якій формі, розмір якої перевищує 10000 доларів США, а також члени їхніх сімей; г) фізичні особи, які безпосередньо або опосередковано володіють 10 або більше відсотками акцій (паїв, часток) у зазначених вище компаніях, а також члени їхніх сімей; д) юридичні особи, в яких зазначені вище особи безпосередньо або опосередковано володіють 10 або більше відсотками акцій (паїв, часток), а також члени їхніх сімей.

інвестора, конкретизував, що останнім є юридична особа або об'єднання юридичних осіб, що понад один рік здійснюють економічну діяльність із видобутку гірничорудних копалин, виробництва залізорудної сировини чи з оптової торгівлі цією продукцією або її споживання в основному виробництві або здійснюють безпосередній контроль на підприємствах, які проводять таку діяльність. Промисловим інвестором не може бути юридична особа або об'єднання юридичних осіб, зареєстровані в офшорній зоні. Про те, що як промисловий інвестор не може виступати юридична особа (об'єднання юридичних осіб), зареєстрована в офшорній зоні, говориться і в ст. 1 Закону від 13 липня 2000 р. «Про особливості приватизації відкритого акціонерного товариства «Укртелеком». Цей Закон встановлює, що у відкритих торгах із продажу пакету акцій ВАТ «Укртелеком» дозволяється брати участь лише промисловим інвесторам – юридичним особам або їх об'єднанням (резидентам або нерезидентам), які є операторами електрозв'язку або учасниками яких є оператори електрозв'язку, що здійснюють діяльність в підгалузі електрозв'язку не менше п'яти років. Умови проведення конкурсу з продажу пакета акцій ВАТ «Київський мотоциклетний завод» разом із земельною ділянкою, затверджені розпорядженням КМУ від 5 березня 2008 р. № 420-р, крім компаній, зареєстрованих в офшорних зонах, виключили з кола учасників конкурсу покупців, що подали інформацію про осіб, пов'язаних з ними відносинами контролю, або про осіб, в інтересах яких придбавається пакет акцій, з якої неможливо встановити суб'єктів господарювання, що контролюватимуть подальшу діяльність товариства.

Відповідно до ч. 2 ст. 3 Закону від 12 січня 2005 р. «Про формування конкурентних засад у процесі приватизації акцій (часток, паїв), що належать державі у майні юридичних осіб» у разі продажу акцій (часток, паїв) підприємств, що мають стратегічне значення для економіки та безпеки держави<sup>776</sup> або займають монопольне (домінуюче) становище на ринках України<sup>777</sup>, кваліфікаційні вимоги до покупців встановлює ФДМУ. Кваліфікаційні вимоги повинні забезпечити участь у придбанні об'єктів приватизації таких покупців, які здатні забезпечити належне функціонування і стабільний розвиток підприємств, що пропонуються до продажу.

З приводу фактично необмежених повноважень ФДМУ із встановлення кваліфікаційних

вимог і додаткових умов до потенційних інвесторів – учасників конкурсів із продажу пакетів акцій ВАТ, створених у процесі приватизації і корпоратизації, тижневик «Бізнес» дотепно зауважив, що під час оголошення конкурсу цілком можливим є висунення наступної вимоги: необхідно, щоб головний бухгалтер фірми – учасниці конкурсу мав досвід не менше ніж ста стрибків з парашутом протягом двох останніх років із приземленням на територію підприємства, пакет акцій якого продається<sup>778</sup>. Інша справа, що вітчизняній судовій практиці відомі випадки визнання незаконними кваліфікаційних вимог, встановлених ФДМУ для потенційних покупців майна, що приватизується. Чи не найрезонанснішою подією стало визнання судом такими, що не ґрунтуються на вимогах законодавства (суперечать п. 10 Державної програми приватизації на 2000–2002 р. р.), додаткових кваліфікаційних вимог, встановлених ФДМУ для покупців – учасників конкурсу з продажу пакета акцій ВАТ «Криворіжсталь», а саме: здійснювати виробництво прокату чорних металів в обсязі не менше ніж 2000 тис. тонн на рік або здійснювати виробництво та реалізацію продукції, яка використовується для виробництва прокату чорних металів як основна сировина, – коксу українського виробництва в обсязі не менше ніж 1000 тис. тонн на рік<sup>779</sup>.

Невідповідність покупця кваліфікаційним вимогам і додатковим умовам, встановленим ФДМУ, формально дозволяє вести мову про участь у приватизації неправомочної особи, а, отже, про необхідність кваліфікації дій такої особи за ст. 233 КК. Закономірно постає питання про виправданість і доречність застосування у розглядуваній ситуації заходів кримінально-правової репресії. З урахуванням того, що кримінальне право є (а точніше – має бути) знаряддям реагування лише на найбільш небезпечні для особи, суспільства або держави посягання, на поставлене питання, вочевидь, треба давати негативну відповідь. Необхідність законодавчого уточнення ознак складу злочину, передбаченого ст. 233 КК, у частині караності приватизації неправомочною особою підтверджується і зверненням до матеріалів правозастосовної практики.

*Постановою Кам'янобродського районного суду м. Луганська від 14 квітня 2009 р. у зв'язку з передачею на поруки (ст. 47 КК, ст. 10 КПК 1961 р.) був звільнений від кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 233 КК, К., який за відсутності належного права*

<sup>776</sup> Перелік таких підприємств затверджений постановою КМУ від 23 грудня 2004 р. № 1734.

<sup>777</sup> Перелік цих підприємств складається і переглядається Антимонопольним комітетом України.

<sup>778</sup> Анастасьєва Л. Прецедентное лево // Бизнес. – 15 апреля 2002 г. – № 15.

<sup>779</sup> Рішення господарського суду м. Києва від 22 квітня 2005 р. // Юридична газета. – 23 травня 2005 р. – № 9.

у 2004 р. безоплатно приватизував квартиру – об'єкт комунального житлового фонду. Тим самим К. порушив вимогу ч. 5 ст. 5 Закону від 19 червня 1992 р. «Про приватизацію державного житлового фонду», відповідно до якої кожний громадянин України має право приватизувати займане ним житло безоплатно в межах номінальної вартості житлового чеку або з частковою доплатою лише один раз. Раніше – у 1998 р. К. разом із членами своєї сім'ї, проживаючи в іншому населеному пункті Луганської області, вже скористався своїм правом на безоплатну приватизацію займаного житла, про що у паспорті К. було зроблено відповідну відмітку, у зв'язку з чим ще одну квартиру він міг приватизувати лише на оплатній основі. Суд погодився з кримінально-правовою оцінкою поведінки К., запропонованою слідчим в обвинувальному висновку, і кваліфікував дії підсудного за ч. 1 ст. 233 КК, тобто визнав, що К. вчинив злочин – незаконну приватизацію майна неправомочною особою<sup>780</sup>.

Правильність такої кваліфікації викликає сумнів. К. необґрунтовано визнано неправомочною особою, здатною нести кримінальну відповідальність за ч. 1 ст. 233 КК, позаяк за Законом «Про приватизацію державного житлового фонду» він мав право на здійснення приватизації (щоправда, не безоплатної) квартири, в якій мешкав. Фактично цей висновок підтверджується наведеними в обвинувальному висновку витягами з Положення про порядок передачі квартир (будинків) у власність громадян, затвердженого наказом Державного комітету України по житлово-комунальному господарству від 15 вересня 1992 р. № 56. Згідно з цим нормативним актом кожний громадянин, який

<sup>780</sup> Архів Кам'янобродського районного суду м. Луганська. Справа № 1-58 за 2009 р.

Ознайомлення з матеріалами кримінальної справи з обвинувачення К. у скоєнні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 233 КК, викликає якщо не обурення, то принаймні здивування. Чому правоохоронними органами не ставилось питання про притягнення до кримінальної відповідальності за повторну безоплатну приватизацію житла тих службових осіб місцевих органів влади (зокрема, завідувача відділу приватизації житла і комунальної власності районної ради), які, хай і через необережність, допустили таке порушення приватизаційного законодавства? Твердження слідчого в обвинувальному висновку про те, що посадовці нібито належним чином виконували свої службові обов'язки і не мали можливості встановити факт здійснення К. у минулому безоплатної приватизації житла, спростовується показаннями свідка – начальника відділу з управління майном районної ради. Насправді такий факт цілком міг бути з'ясований шляхом вивчення паспорта громадянина, який подав заяву про приватизацію житла (штамп у паспорті К. про приватизацію квартири у 1998 р. посадовці загадковим чином не помітили), шляхом витребування довідки з відділення Ощадного банку про використання житлового чеку, а також (якщо особа раніше проживала на території іншого району) відповідної довідки з відділу управління комунальним майном іншої районної ради (такі довідки витребувані не були).

приватизував займане ним житло безоплатно, з компенсацією чи доплатою, вважається таким, що використав право на безоплатне отримання житла від держави. Отримання нового житла від держави може здійснюватись на оплатній основі з використанням отриманих під час приватизації житлових чеків.

Звичайно, К. порушив приватизаційне законодавство (в частині неприпустимості безоплатної приватизації житла більше одного разу), однак цього явно недостатньо для інкримінування йому ч. 1 ст. 233 КК. Приватизація, вчинена з порушенням окремих вимог законодавства, утворює склад злочину «незаконна приватизація державного, комунального майна» лише за наявності вказаних у КК криміноутворюючих ознак, до яких належить і неправомочна особа. Таким чином, суд повинен був постановити виправдувальний вирок за відсутністю в діях К. складу злочину, а не закрити кримінальну справу, звільняючи К. від кримінальної відповідальності за однією з нереабілітуючих підстав.

Очевидно, що неправильна кваліфікація дій К. певною мірою стала результатом допущеної законодавцем недостатньої чіткості досліджуваної кримінально-правової заборони. У зв'язку з цим вважаємо за доцільне замінити у ч. 1 ст. 233 КК словосполучення «приватизація неправомочною особою» формулюванням «приватизація особою, якій законом заборонено її здійснювати». Видається, що такий опис аналізованого різновиду незаконної приватизації майна як злочину дозволить: по-перше, донести передусім до правозастосувача ідею чіткого законодавчого обмеження суб'єктного складу приватизаційних правовідносин і пов'язаної з цим необхідності кримінального переслідування лише тих, хто всупереч забороні закону бере участь у приватизаційних процесах; по-друге, усунути властиву чинній редакції ч. 1 ст. 233 КК надмірну криміналізацію у вигляді визнання злочином приватизації, вчиненої особою, яка не відповідає кваліфікаційним вимогам та іншим додатковим умовам, встановленим підзаконними нормативними актами<sup>781</sup>.

Як приклад приватизації неправомочною особою П.І. Заруба наводить випадок засудження одним із районних судів Луганської області Г., яка обманним шляхом прописалась у квартирі померлої особи і в такий спосіб стала єдиним квартиронаймачем, який відповідно до Закону «Про приватизацію державного житлового фонду» мав право на приватизацію вказаної квартири<sup>782</sup>.

<sup>781</sup> Дудоров О., Письменський Є. Проблеми кримінальної відповідальності за приватизацію, вчинену неправомочною особою // Юридичний вісник України. – 3–9 жовтня 2009 р. – № 40.

<sup>782</sup> Заруба П.І. Кримінальна відповідальність за злочини



Г. немає підстав визнавати квартирунаймачем, який постійно проживає в квартирі, що приватизується, – особою, яка у значенні названого Закону має право на приватизацію житла. Тому вважаємо правильним висновок суду про належність Г. до неправомочних осіб, дії яких за наявності до цього підстав мають кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 233 КК.

Повертаючись до аналізу чинної редакції ст. 233 КК, слід сказати, що закон не дозволяє органам, які складають єдину систему державних органів приватизації України, делегувати свої повноваження, у т.ч. у частині продажу державного майна у процесі його приватизації, будь-якому іншому органу. У зв'язку з цим кримінально карану приватизацію, вчинену неправомочною особою, слід вбачати і в тому разі, коли договір купівлі-продажу державного або комунального майна укладається між покупцем і таким продавцем, який не є належним органом приватизації – взагалі або у конкретній ситуації (наприклад, відчуження державного майна здійснює орган приватизації, створений органом місцевого самоврядування для проведення приватизації комунального майна). Якщо певне комунальне майно відчужується державним органом приватизації без отримання відповідних повноважень, є підстави вести мову про приватизацію неправомочною особою.

Злочин, передбачений ст. 233 КК, вважається *закінченим* з моменту вчинення незаконної приватизації державного або комунального майна. При цьому слід мати на увазі, що право власності на об'єкт незавершеного будівництва виникає у покупця з моменту державної реєстрації договору купівлі-продажу, а на об'єкт аукціону (об'єкт, що приватизується разом із земельною ділянкою державної власності, на якій він розташований) – після державної реєстрації договору купівлі-продажу об'єкта аукціону з моменту сплати його вартості та державної реєстрації державного акта на право власності на земельну ділянку. «...злочин вважається закінченим з моменту незаконної приватизації, тобто з моменту переходу права власності... а не сплати повної вартості об'єкта приватизації, як це передбачено окремими нормативно-правовими актами, що регулюють відносини у сфері приватизації. Тому у частині набуття права власності на об'єкти приватизації необхідно приватизаційне законодавство узгодити із положеннями цивільного законодавства»<sup>783</sup>.

Такі дії, як подання підроблених приватизаційних документів і визначення заниженої вартості, мають визнаватись замахом на злочин, у сфері приватизації: Монографія. – К.: Атіка, 2007. – С. 103.

<sup>783</sup> Крих Т.Я. Вказана праця. – С. 124-125.

передбачений ст. 233 КК.

Незаконну приватизацію державного або комунального майна, яка поєднується з викраданням майна, фіктивним підприємництвом або кримінально караними порушеннями законодавства про банкрутство, потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 233 і, зокрема, статтями 190, 191, 205, 219 КК. Водночас слід мати на увазі, що вказані кримінально-правові норми можуть застосовуватись у сфері приватизації самостійно, не утворюючи сукупності із злочином, описаним у ст. 233 КК<sup>784</sup>.

Недотримання вимог щодо подальшого використання приватизованого об'єкта та інших обов'язкових умов щодо приватизації, встановлених законами та іншими нормативно-правовими актами, визнається адміністративним проступком (ст. 166-14 КпАП). До виключення ст. 235 із КК на підставі Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» зазначена поведінка вважалась злочинною. Недотримання вимог щодо подальшого використання приватизованого об'єкта та інших умов щодо приватизації, встановлених законами та іншими нормативно-правовими актами України (наразі – адміністративно каране), утворюють, зокрема, такі діяння: порушення визначених договором купівлі-продажу строків, форм і розмірів внесення інвестицій; порушення терміну сплати за об'єкт приватизації, придбаний шляхом викупу на аукціоні або за конкурсом; невиконання встановлених строків реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності, створених на базі придбаного державного майна; недотримання зобов'язання щодо збереження профілю діяльності приватизованого об'єкта або кількості робочих місць; недопущення чи інше перешкоджання працівникам державних органів приватизації провадити перевірки дотримання умов договору купівлі-продажу; подальший продаж акцій, придбаних на відкритих торгах, юридичній особі (групі юридичних осіб), яка надавала послуги з підготовки та проведення цих торгів; порушення порядку подальшого відчуження приватизованого об'єкта без збереження для нового власника зобов'язань, визначених умовами конкурсу, аукціону або викупу; зміна номенклатури та обсягу виробництва продукції; недотримання вимог та додаткових обмежень, встановлених природоохоронним законодавством до користування об'єктом приватизації.

<sup>784</sup> Змістовний огляд злочинів, вчинюваних у сфері приватизації, наводиться К.П. Глобою (Глоба К.П. Типові види злочинів у сфері приватизації майна та засоби запобігання їм // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 6. – С. 154-159).

Принципово інший (порівняно із втіленим у чинній редакції ст. 233 КК) підхід щодо змісту і сфери застосування норми про відповідальність за незаконну приватизацію державного і комунального майна пропонує Т.Я. Крих. Йдеться про те, щоб визнавати умисне порушення встановленого законодавством порядку приватизації майна злочином винятково проти фінансової системи держави в той час, як приватизацію неправомочною особою і приватизацію майна, яке не підлягає приватизації, розглядати як інший злочин – проти власності, у сфері службової діяльності тощо. При цьому пропонується зберегти назву ст. 233 КК, виклавши у новій редакції її частину 1, та обмежити сферу застосування кримінально-правової заборони випадками порушення порядку приватизації майна, що призвело до ненадходження коштів до бюджету<sup>785</sup>.

Видається, що за такого варіанту поліпшення законодавства спостерігатиметься невідповідність між назвою ст. 233 КК і змістом її диспозиції, оскільки винесене у назву цієї статті поняття незаконної приватизації державного, комунального майна дозволяє охопити і приватизацію особою, якій законом заборонено її здійснювати, і приватизацію майна, яке не підлягає приватизації згідно із законом. З цієї точки зору чинну редакцію ст. 233 КК слід визнати більш прийнятною, хоч і вона, як зазначалось вище, не позбавлена вад, зокрема, через те, що у певних своїх проявах є прикладом надмірної криміналізації.

Т.Я. Крих неодноразово наполягає на тому, що суспільна небезпека незаконної приватизації майна полягає у заподіянні істотної шкоди (створенні загрози її заподіяння) відносинам, які виникають між державою (органами місцевого самоврядування) та юридичними чи фізичними особами у процесі приватизації майна з приводу забезпечення дотримання учасниками приватизації встановленого законодавством України порядку її проведення<sup>786</sup>. Не викликає сумнівів, що і приватизація неправомочною особою, і приватизація майна, яке не підлягає приватизації, посягає на зазначені відносини.

<sup>785</sup> Крих Т.Я. Вказана праця. – С. 121-122, 193-194.

У відгуку В.О. Тулякова на автореферат кандидатської дисертації Т.Я. Крих зверталась увага на те, що обстоюване авторкою положення про визнання предметом досліджуваного злочину об'єктів земельного і державного житлового фонду суперечить запропонованій нею редакції ст. 233 КК, в якій йдеться лише про таке умисне порушення встановленого законодавством порядку приватизації державного, комунального майна, яке призвело до ненадходження коштів до бюджету. Якщо предметом злочину є об'єкти земельного і державного житлового фонду, то кошти до державного бюджету можуть і не надходити, оскільки приватизація цих об'єктів буває і безоплатною.

<sup>786</sup> Крих Т.Я. Вказана праця. – С. 86-87, 154-155.

Закономірно постає запитання, для чого «виводити» вказані різновиди порушення порядку приватизації за межі дії спеціальної кримінально-правової заборони і кваліфікувати їх, відповідно, як службовий (чи інший) злочин і злочин проти власності. Така кваліфікація, вочевидь, не враховуватиме специфіку приватизаційних відносин.

Суспільну небезпеку незаконної приватизації (у т.ч. в аспекті вдосконалення законодавства) не варто обмежувати фіскальною складовою. Останнім часом на державному рівні проголошується перехід від фіскальної до інвестиційно орієнтованої моделі приватизації; мета приватизації визначається як сприяння оптимізації частки державного сектору в умовах ринку, підвищення ефективності економіки та збільшення конкурентоспроможності країни; вказується на недопущення до участі у приватизації об'єктів, що мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави, осіб, зареєстрованих в офшорних зонах, і країнах, які не співпрацюють у сфері протидії відмиванню злочинних доходів, а так само на недопущення приватизації підприємств, що мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави, якщо це матиме наслідком монополізацію відповідного ринку товарів, тощо. Метою Державної програми приватизації на 2012–2014 роки при тому, що прогнозований обсяг надходжень протягом дії цього документа становить 40–60 млрд. грн., названо сприяння оптимізації частки державного сектору економіки в умовах ринку, підвищення ефективності економіки та посилення її конкурентоспроможності.

Розмірковуючи над вдосконаленням кримінально-правових норм про відповідальність за злочини проти порядку приватизації, ми не можемо не враховувати тенденції розвитку регулятивного законодавства.

**Суб'єктом** злочину, передбаченого ст. 233 КК, є осудна особа, яка досягла 16-річного віку і бере безпосередню участь у приватизації державного чи комунального майна. За ст. 233 КК можуть кваліфікуватись, зокрема, діяння працівників державних органів приватизації та органів місцевого самоврядування, голів та членів комісій з приватизації об'єктів, тендерних комісій, службових осіб (у першу чергу керівників і головних бухгалтерів) підприємств, які підлягають приватизації, фізичних осіб та службових осіб юридичних осіб – покупців державного чи комунального майна. Суб'єктом злочину можуть визнаватися також працівники тих юридичних осіб, які на підставі угод, укладених з державними органами приватизації, здійснюють продаж державного майна, у т.ч. у формі проведення аукціонів.

За наявності підстав за зловживання в процесі приватизації державного або комунального майна службові особи, у т.ч. державних органів приватизації, повинні притягуватися до відповідальності, зокрема, за статтями 364, 366, 368 КК. Наприклад, винесення рішення про визнання того чи іншого учасника конкурсу його переможцем може поєднуватися з одержанням службовою особою хабара у формі грошей або пакету акцій підприємства, що приватизується.

Дії голів та членів інвентаризаційних комісій, комісій, створюваних для визначення частки держави в статутному фонді підприємств у порядку їх передприватизаційної підготовки, які за попередньою домовленістю із суб'єктами приватизації сприяли зниженню вартості об'єкта приватизації, слід кваліфікувати за ч. 5 ст. 27, ст. 233 КК як пособництво незаконній приватизації державного або комунального майна, а за наявності до цього підстав – також за ст. 358 (366) КК. Запропонована правова оцінка ґрунтується на тому, що зазначені особи, не виступаючи безпосередніми учасниками відчуження і придбання державного та комунального майна, не здатні виконати об'єктивну сторону розглядуваного злочину.

Т.Я. Крих переконливо довела, вживання термінів «експерт», «експертна оцінка» у контексті приватизації державного, комунального майна є невинуватим, оскільки чинне приватизаційне законодавство та законодавство з питань оцінки використовують інші терміни – «оцінювач» та «незалежна оцінка». Поняття «експерт» та «оцінювач» не є тотожними, оскільки ці особи мають різний правовий статус. Встановивши обов'язковість проведення оцінки державного та комунального майна, що підлягає приватизації, законодавець зробив оцінювача можливим суб'єктом злочину, передбаченого ст. 233 КК<sup>787</sup>. За наявності підстав дії оцінювачів мають додатково кваліфікуватись за ст. 365-2 або ст. 368-4 КК, що встановлюють відповідальність за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, та підкуп особи, яка надає такі послуги.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 233 КК) є незаконна приватизація майна державної чи комунальної власності у великих розмірах або вчинення діяння за попередньою змовою групою осіб. Незаконна приватизація вважається вчиненою *у великих розмірах*, якщо вартість приватизованого майна у тисячу і більше

разів перевищує НМДГ (примітка до ст. 233 КК)<sup>788</sup>. Із цього випливає, що у разі незаконної приватизації державного або комунального майна шляхом заниження його вартості для визначення великого розміру береться до уваги не занижена вартість незаконно приватизованого майна, а його повна вартість.

Розвиваючи позицію П.І. Заруби, Т.Я. Крих пропонує доповнити ст. 233 КК частиною 3, згідно з якою кримінальна відповідальність за незаконну приватизацію майна серйозно посилюватиметься у випадку вчинення цього злочину службовою особою<sup>789</sup>. Аргументація на користь такого поліпшення КК зводиться до неодноразово повторюваної тези про підвищену суспільну небезпеку приватизації майна, вчиненої службовими особами, наведення одного прикладу із правозастосовної практики, в якому йдеться про злочинну приватизацію за участю службових осіб державного підприємства, і твердження про те, що поведінка службових осіб при вчиненні незаконної приватизації майна залишається безкарною.

Не зовсім зрозуміло, про яку безкарність йдеться, якщо Т.Я. Крих поділяє точку зору, яка сприймається практикою (це підтверджується і наведеним прикладом) і згідно з якою за наявності підстав протиправна поведінка службових осіб має кваліфікуватись за сукупністю злочинів – передбаченого ст. 233 КК і того чи іншого злочину у сфері службової діяльності. І ще один момент варто звернути увагу. Т.Я. Крих цілком справедливо зазначає, що незаконна приватизація державного, комунального майна у переважній більшості випадків вчиняється саме службовими особами. При цьому однією з вироблених доктриною (праці Л.Л. Крутлікова, Т.О. Леснієвські-Костаревої, Н.О. Лопашенко та ін.) вимог до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності є те, що це мають бути відносно розповсюджені обставини, які водночас не можуть супроводжувати більшість злочинів певного виду. Інакше кажучи, ознаки, які є типовими для злочину певного виду (у нашому випадку – це вчинення незаконної приватизації службовою

<sup>788</sup> Із думкою про належність передбаченої ч. 2 ст. 233 КК приватизації майна у великих розмірах, на відміну від основного складу цього злочину, до злочинів із матеріальним складом (Крих Т.Я. Вказана праця. – С.171, 186) погодитись важко. Адже з чинної редакції ч. 2 ст. 233 КК випливає, що великі розміри характеризують не суспільно небезпечні наслідки, а предмет відповідного злочину. Обґрунтовуючи формальну конструкцію складу злочину «незаконна приватизація державного, комунального майна», авторка слушно зауважує, що «Оскільки законодавець передбачає кримінальну відповідальність за приватизацію, то ... для визначення складу злочину як закінченого повинна відбутись приватизація» (Там само. – С. 91).

<sup>789</sup> Крих Т.Я. Вказана праця. – С.8, 183-185, 193-194, 195.

<sup>787</sup> Там само. – С. 143-150, 168.

Діяльність оцінювачів регламентується насамперед Законом від 12 липня 2001 р. «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» і Методикою оцінки вартості майна, затвердженою постановою КМУ від 10 грудня 2003 р. № 189.



особою), повинні регламентуватись у межах основного, а не кваліфікованого складу злочину.

### Рекомендована література

1. Агафонов А.В. Ответственность за посягательства на безопасность жизни или здоровья потребителей (историко-правовой анализ) / Под общей ред. С.Н. Сабанина. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 327 с.

2. Александров И.В. Налоговые преступления: Криминалистические проблемы расследования. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 247 с.

3. Андрушко П.П. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення господарської діяльності. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 288 с.

4. Андрушко П.П., Короткевич М.Є. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом: кримінально-правова характеристика. – К.: Юрисконсульт, 2005. – 292 с.

5. Ашурков О.О., Хахулін В.В., Ляшенко В.І. та ін. Режим прозорості статусу суб'єктів господарювання та попередження економічних правопорушень: інституціонально-правовий аспект: Монографія. – Донецьк: ТОВ «Юго-Восток, Лтд», 2007. – 134 с.

6. Беницкий А.С., Розовский Б.Г., Якимов О.Ю. Ответственность за легализацию преступно приобретенных доходов в уголовном законодательстве Украины и Российской Федерации: Монография. – Луганск: РИО ЛГУВД им. Э.А. Дидоренко, 2008. – 496 с.

7. Берзін П.С. Незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг: аналіз складів злочину, передбаченого ст. 229 КК України: Монографія. – К., 2005. – 316 с.

8. Берзін П.С. Наслідки у складах злочинів у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика. – К.: КНТ, 2007. – 392 с.

9. Бобонич Є.Ф. Порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг: кримінально-правова характеристика (ст. 202 Кримінального кодексу України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 264 с.

10. Бойко А.И., Родина Л.Ю. Контрабанда: история, социально-экономическое содержание и ответственность. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 299 с.

11. Бойко А.М. Детермінація економічної

злочинності в умовах переходу до ринкової економіки (теоретико-кримінологічне дослідження): монографія. – Львів: Видавничий центр ЛНУ ім. Івана Франка, 2008. – 380 с.

12. Болдарь Г.Є. Незаконні дії у разі банкрутства: проблеми кримінально-правової кваліфікації та вдосконалення законодавства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2007. – 20 с.

13. Брич Л.П., Навроцький В.О. Кримінально-правова кваліфікація ухилення від оподаткування в Україні: Монографія. – К.: Атіка, 2000. – 288 с.

14. Буртовой М.О. Документ як предмет злочинів у сфері господарської діяльності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2010. – 259 с.

15. Волженкин Б.В. Преступления в сфере экономической деятельности по уголовному праву России. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. – 765 с.

16. Волинець Р.А. Кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства (ст. 210 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 215 с.

17. Гармаш Д.О. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2008. – 20 с.

18. Гладун О.З. Злочини проти порядку виконання бюджету: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 218 с.

19. Гревцова Р.Ю. Кримінальна відповідальність за податкові злочини в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 224 с.

20. Готін О.М. Випуск або реалізація недоброякісної продукції в умовах ринкової економіки: проблеми кримінальної відповідальності: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2004. – 288 с.

21. Грек Б.М. Банкрутство: цивільний та кримінально-правовий аспекти: Монографія. – К.: Прецедент, 2006. – 303 с.

22. Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – 384 с.

23. Гуторова Н.А. Преступления в сфере хозяйственной деятельности: Раздел VII Особенной части Уголовного кодекса Украины с научно-практическим комментарием. – Х.: Одиссей, 2003. – 256 с.

24. Диканова Т.А., Осипов В.Е. Борьба с таможенными преступлениями и отмыванием «грязных» денег: Методическое пособие. – М.:

ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. – 310 с.

25. Дмитриев О.В. Экономическая преступность и противодействие ей в условиях рыночной системы хозяйствования / Отв. ред. М.П. Клейменов. – М.: Юристъ, 2005. – 396 с.

26. Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – 924 с.

27. Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: Монографія. – К.: Істина, 2006. – 648 с.

28. Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 126-497, 561-630, 671-817, 823-839, 844-848, 910-912.

29. Заруба П.І. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері приватизації: Монографія. – К.: Атіка, 2007. – 220 с.

30. Кальман О.Г. Злочини у сфері економіки України: теоретичні та прикладні проблеми попередження: Дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2004. – 433 с.

31. Каменський Д.В. Кримінальна відповідальність за податкові злочини за федеральним законодавством США: Монографія / Наук. ред. О.О. Дудоров. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 424 с.

32. Качка Т. Боротьба з відмиванням грошей: Комплексний порівняльно-правовий аналіз відповідності законодавства України аспис Європейського Союзу в сфері боротьби та запобіганню легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом. – К.: Вид-во «Реферат», 2004. – 288 с.

33. Кашкаров О.О. Проблеми кваліфікації злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: монографія. – Х.: Вид-во «Формат Плюс», 2008. – 186 с.

34. Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – 784 с.

35. Клебанов Л.Р. Уголовно-правовая охрана коммерческой, налоговой и банковской тайны. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2006. – 192 с.

36. Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – 572 с.

37. Клепицкий И.А. Terra incognita: «Хозяйственное уголовное право» // Государство и право. – 2005. – № 9. – С. 35–43.

38. Короткевич М.Є. Кваліфікація зайняття забороненими видами господарської діяльності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2005. – 234 с.

39. Корчагин А.Г. Преступления в сфере

экономики и экономическая преступность. Монография. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 2001. – 176 с.

40. Коттке К. «Грязные» деньги – что это такое?: Справочник по налоговому законодательству в области «грязных» денег / Пер. с нем. – М.: Изд-во «Дело и Сервис», 1998. – 704 с.

41. Крих Т.Я. Незаконна приватизація державного, комунального майна за кримінальним правом України: юридичний аналіз складу злочину: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – 239 с.

42. Кулаков В.В., Лень В.В., Мірошніченко С.С., Руфанова В.М., Титаренко О.О. Запобігання злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: науково-практичний посібник. – Запоріжжя: Дніпровський металург, 2011. – 289 с.

43. Кураш Я.М. Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів (Аналіз складу злочину): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1998. – 18 с.

44. Кучеров И.И. Налоги и криминал. Историко-правовой анализ. – М.: Первая Образцовая типография, 2000. – 349 с.

45. Лантінов Я.О. Кримінальна відповідальність за порушення порядку за зайняття господарською та банківською діяльністю за ст. 202 КК України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 20 с.

46. Лапшин В.Ф. Финансовые преступления / Под науч. ред. Л.А. Кругликова. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2009. – 168 с.

47. Лопашенко Н.А. Бегство капиталов, передел собственности и экономическая амнистия. – М.: АНО «Юридические программы», 2005. – 248 с.

48. Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономики: Авторский комментарий к уголовному закону (раздел VIII УК РФ). – М.: Волтерс Клаувер, 2006. – 720 с.

49. Ляпунова Н.М. Кримінальна відповідальність за приховування банкрутства і фіктивне банкрутство: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2001. – 18 с.

50. Макаров Д.Г. Теневая экономика и уголовный закон. – М.: Юрлитинформ, 2003. – 216 с.

51. Мінаєв М.М. Кримінальна відповідальність за незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту піддакцизних товарів (ст. 204 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 232 с.

52. Михалев И.Ю. Кримінальное банкротство. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 217 с.

53. Мойсик В.Р. Кримінальна відповіда-

льність за шахрайство з фінансовими ресурсами в Україні: аналіз правотворчості і правозастосування: Монографія. – К.: Атіка-Н, 2010. – 244 с.

54. Музика А.А., Савченко А.В., Процюк О.В., Сіленко В.В., Горох О.П. Кримінальна відповідальність за контрабанду: національний та міжнародний досвід. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – 276 с.

55. Нерсесян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2010. – 192 с.

56. Нерсесян А.В. Безопасность применения пластиковых карт – законодательство и практика // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт // Материалы совместного российско-германского стола, 9 октября 2009 г. – М.: МГЮА, 2009. – С. 226-250.

57. Омельчук О.М. Контрабанда за кримінальним правом України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2002. – 239 с.

58. Опалінський Ю.В. Кримінальна відповідальність за фіктивне підприємництво: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1998. – 17 с.

59. Останін В.О. Кваліфікація ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 20 с.

60. Панов М.М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків: Монографія / Наук. ред. В.І. Борисов. – Х.: Право, 2009. – 184 с.

61. Перепелица А.И. Уголовная ответственность за преступления в сфере финансовой деятельности и обращения ценных бумаг. Комментарий к действующему законодательству. – Х.: Одиссей, 1998. – 128 с.

62. Петричко Н.О. Незаконні азартні ігри: кримінально-правове та кримінологічне дослідження: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 258 с.

63. Попович В.М. Економіко-кримінологічна теорія детінізації економіки: Монографія. – Ірпінь: Академія ДПС України, 2001. – 524 с.

64. Правонарушения на финансовом рынке: выявление, анализ и оценка ущерба. Справочник для сотрудников правоохранительных органов / Под общей ред. Г.С. Полтавченко. – М.: Альпина Бизнес Букс, 2007. – 876 с.

65. Проблеми запобігання службовим злочинам у сфері господарської діяльності: Матер. наук.-практ. семінару. Харків, 9 листопада 2004 р. / Ред. кол.: В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 184 с.

66. Процюк О.В. Кримінальна відповідальність за контрабанду: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 255 с.

67. Радутний О.Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю: Монографія. – Х.: Ксилон, 2008. – 202 с.

68. Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності: окремі криміналістичні методики / За ред. В.Ю. Шепітька. – Х.: Право, 2006. – 624 с.

69. Русанов Г.А. Преступления на рынке ценных бумаг: Монография. – М.: ЮРКОМПАНИ, 2011. – 160 с.

70. Руфанова В.М. Кримінологічна характеристика та запобігання органами внутрішніх справ злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2011. – 258 с.

71. Салімонов І.М. Кримінальна відповідальність з обман покупців та замовників: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя. – 228 с.

72. Саско О.І. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом (аналіз складу злочину): Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2007. – 203 с.

73. Сапожков А.А. Кредитные преступления: Незаконное получение кредита и злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 240 с.

74. Свенссон Б. Экономическая преступность. – М.: Прогресс, 1987. – 157 с.

75. Середа И.М. Преступления против налоговой системы: характеристика, ответственность, стратегия борьбы: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Иркутск, 2006. – 47 с.

76. Сингаївська І.В. Фальшивомонетництво в Україні: кримінально-правовий та кримінологічний аспекти: Монографія. – Луганськ: Віртуальна реальність, 2010. – 358 с.

77. Смирнова А.В. Кримінально-правова кваліфікація співучасті в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 255 с.

78. Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 225-266.

79. Старовойтова Ю.Г. Кримінально-правова протидія порушенням законодавства України про фінансовий моніторинг: Монографія. – Луганськ, 2009. – 272 с.

80. Стрельцов Є.Л. Економічні злочини:



внутрідержавні та міжнародні аспекти: Навчальний посібник. – Одеса: Астропринт, 2000. – 476 с.

81. Стрельцов Є.Л., Притула А.М. Контрабанда: склад злочину: науково-практичний коментар. – Одеса: Фенікс, 2012. – 50 с.

82. Сухов Ю.М. Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів: проблеми відмежування від суміжних злочинів та кваліфікації за сукупністю: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2000. – 16 с.

83. Таций В.Я. Ответственность за хозяйственные преступления. Объект и система. – Х.: Вища школа, 1984. – 240 с.

84. Титаренко О.О. Проблеми боротьби з економічними злочинами у вугільній промисловості (кримінологічний аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2006. – 275 с.

85. Тихонова О.В. Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 220 с.

86. Тупанчески Н.Р. Уклонение от уплаты налогов в сравнительном праве / Под ред. проф. В.С.Комиссарова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2001. – 246 с.

87. Ужва Л.О. Кримінально-правова охорона економічної системи України і деяких країн зарубіжжя (Порівняльне дослідження): Дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2004. – 203 с.

88. ФіліппА.В.Кримінальнавідповідальність за незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виготовлення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2011. – 235 с.

89. Фролова О.Г. Злочини, пов'язані з банкрутством в Україні: кримінально-правова характеристика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 22 с.

90. Хавронюк М.І. Право споживачів на

безпеку продукції: кримінально-правове забезпечення: Монографія. – К.: Атіка, 2011. – 324 с.

91. Харламова С.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з відомостями, що становлять комерційну або банківську таємницю: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 20 с.

92. Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: Монографія. – Х.: ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2011. – 480 с.

93. Хутов К.М. Преступный монополизм: уголовное-политическое и криминологическое исследование / Под ред. Н.А. Лопашенко. – М.: Волтерс Клаувер, 2007. – 200 с.

94. Чаричанський О.О. Підстави кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, за Кримінальним кодексом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 20 с.

95. Чернявський С.С. Фінансове шахрайство: методологічні засади розслідування. – К.: «Хай-Тек Прес», 2010. – 624 с.

96. Чупрова Е.В. Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии. – М.: Волтерс Клаувер, 2007. – 208 с.

97. Шаргородська Н.В. Об'єктивні ознаки складів злочинів у банківській системі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 19 с.

98. Шишко И.В. Экономические правонарушения: Вопросы юридической оценки и ответственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 307 с.

99. Шавінський В.Р. Кримінальна відповідальність за порушення порядку емісії недержавних цінних паперів: Навч. посібник. – К.: ДП «Укрархбудінформ», 2006. – 200 с.

100. Яни П.С. Экономические и служебные преступления. – М.: ЗАО «Бизнес-школа «Интел-Синтез», 1997. – 208 с.

## ГЛАВА 10

### ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ДОВКІЛЛЯ

#### *10.1. Поняття, загальна характеристика і види злочинів проти довкілля*

Екологічні проблеми сьогодення набули без перебільшення глобального та системного характеру. Зміна клімату, знищення озонового шару, ерозія ґрунтів, випадіння кислотних дощів, зниження біоресурсів, збільшення кількості викидів та відходів, збільшення споживання генномодифікованих продуктів та чимало інших факторів є стійкими, поширеними і масштабними процесами, що вкрай негативно відбиваються на стані довкілля.

Забезпечення екологічної безпеки у сучасних умовах залишається важливою проблемою державної екологічної політики і в нашій державі. Це зумовлено значним антропогенним порушенням та техногенною перевантаженістю території України, неефективним використанням природних ресурсів, широкомасштабним застосуванням екологічно шкідливих та недосконалих технологій, неконтрольованим ввезенням в Україну екологічно небезпечних технологій, речовин та матеріалів, негативними екологічними наслідками оборонної та військової діяльності, а також природними катаклізмами<sup>1</sup>.

В Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 р., затверджених Законом України від 21 грудня 2010 року, констатується, що антропогенне і техногенне навантаження на навколишнє природне середовище в Україні у кілька разів перевищує відповідні показники у розвинутих країнах світу. Тривалість життя в Україні становить у середньому близько 66 років. Значною мірою це зумовлено забрудненням навколишнього природного середовища внаслідок провадження виробничої діяльності підприємствами гірничодобувної, металургійної, хімічної промисловості та паливно-енергетичного комплексу.

Особливої актуальності проблеми довкілля набувають щодо умов проживання людей у мегаполісах – місцях величезного скупчення міського населення, а також промислових та інших об'єктів, діяльність яких за певних обставин здатна негативно впливати на навколишнє

середовище мешканців великого міста, створюючи реальну загрозу їх здоров'ю чи навіть життю. Якщо при цьому взяти до уваги той факт, що кількість мегаполісів та їх населення постійно зростає, то стає зрозумілим, наскільки масштабним і актуальним є завдання протидії протиправним посяганням, що погіршують стан навколишнього середовища в місті<sup>2</sup>.

У сучасних умовах розвитку українського суспільства і держави темпи деградації природних об'єктів прискорюються, наслідком чого є, зокрема, порушення екосистеми, зростання захворюваності населення, смертності та погіршення генофонду нації. У цьому контексті достатньо пригадати сумнозвісну аварію на Чорнобильській АЕС 26 квітня 1986 року – катастрофу планетарного масштабу, наслідками якої стали загибель та тяжкі захворювання десятків тисяч людей, пряма загроза генофонду української нації на десятиріччя вперед, а також безпрецедентне погіршення стану довкілля.

Правові основи сучасної екологічної політики нашої держави закладені в Конституції України, яка встановлює обов'язок держави забезпечувати екологічну безпеку, гарантує громадянам право на безпечне для життя і здоров'я навколишнє природне середовище. Так, ч. 1 ст. 13 Основного Закону проголошує, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Ст. 16 Конституції передбачає, що забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, збереження генофонду Українського народу є обов'язком держави. Відповідно до ст. 50 Конституції України кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди, а також гарантоване право вільного доступу до інформації про стан довкілля. Гарантуючи основні «екологічні» права, Конституція

<sup>1</sup> Перепітюк М., Паламарчук А. Криміналістична характеристика екологічних злочинів // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 282.

<sup>2</sup> Страунинг Ю.А. Криминологическая характеристика и предупреждение экологических преступлений в условиях мегаполиса: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – С. 3.

покладає на осіб і відповідний обов'язок: кожен зобов'язаний не заподіювати шкоду природі, відшкодовувати завдані ним збитки (ст. 66).

У ст. 12 Закону України від 25 червня 1991 року «Про охорону навколишнього природного середовища» зазначається, що громадяни України зобов'язані берегти природу, охороняти, раціонально використовувати її багатства відповідно до вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища та компенсувати шкоду заподіяну забрудненням чи іншим негативним впливом на навколишнє природне середовище.

Звернемось до вихідної термінології в галузі правової охорони навколишнього природного середовища. Так, довкілля – це сукупність компонентів природного середовища, природних, природно-антропогенних, а також антропогенних об'єктів. До компонентів навколишнього природного середовища належать земля, надра, ґрунти, поверхневі і підземні води, атмосферне повітря, рослинний, тваринний світ та інші організми, а також озоновий шар атмосфери та навколоземний космічний простір, що забезпечують сприятливі умови для існування життя на нашій планеті. Під охороною довкілля слід розуміти природоохоронну діяльність органів державної влади України, органів місцевого самоврядування, фізичних та юридичних осіб, спрямовану на збереження і відновлення навколишнього природного середовища, раціональне використання і відтворення природних ресурсів, попередження і ліквідацію негативного впливу людської діяльності на компоненти природи.

Сьогодні екологічні правовідносини регулюються, зокрема, положеннями базового Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», а також спеціальними законами України – «Про природно-заповідний фонд», «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку», «Про екологічну експертизу», «Про рослинний світ», «Про захист населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру», «Про зону надзвичайної екологічної ситуації», «Про екологічний аудит», ЗК, АК, ВК, КпН, низкою постанов КМУ, МОНПС<sup>3</sup>, актів інших центральних і місцевих органів державної влади та самоврядування тощо. Основними завданнями наведених нормативних актів є регулювання відносин у галузі охорони, використання і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, запобігання і ліквідації негативного впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище, збере-

ження природних ресурсів, генетичного фонду живої природи, ландшафтів та інших природних комплексів, унікальних територій та природних об'єктів, пов'язаних з історико-культурною спадщиною.

Переходячи до розгляду кримінально-екологічного законодавства, слід зазначити, що в міжнародному контексті останнє десятиріччя минулого століття охарактеризувалось інтенсивним розвитком останнього. Були проведені відповідні реформи національних кримінальних кодексів у частині вдосконалення норм про відповідальність за екологічні злочини. Цікаво, що багато в чому вектори реформування кримінально-екологічного законодавства збігаються у державах, які, зокрема, за економічним розвитком і загальнополітичними традиціями суттєво відрізняються<sup>4</sup>. Важливу роль у цьому відіграє Конвенція РЄ про захист довкілля засобами кримінального права (прийнята 4 листопада 1998 року у Страсбурзі і підписана Україною 24 січня 2006 року)<sup>5</sup>. Серед головних рекомендацій, передбачених цим міжнародно-правовим актом, можна назвати такі: а) розширення кола кримінально караних діянь; б) більш активне застосування грошових санкцій з одночасним підвищенням їх розміру; в) запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб за вчинення екологічних злочинів, пов'язаних із підприємницькою, виробничою та іншою діяльністю; г) захист більшого кола об'єктів довкілля та екологічних цінностей; д) більш активне використання конструкції складів поставлення у небезпеку та обґрунтоване поєднання її з матеріальними і формальними складами злочинів з метою підвищення профілактичного потенціалу кримінально-правових заборон.

У чинному КК злочинні посягання на довкілля та його окремі елементи названі у статтях, зосереджених в окремому розділі VIII Особливої частини під назвою «Злочини проти довкілля»<sup>6</sup>. Із прийняттям зазначених кримінально-правових норм з'явилося чітке визначення в законі кола злочинів проти довкілля, що відповідає потребі

<sup>4</sup> Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики: сборник очерков / Под ред. В.В. Лунеева. – М.: Издательство Юрайт, 2010. – С. 672.

<sup>5</sup> Фахівці визнають вирішальну роль цієї Конвенції у реформуванні кримінально-екологічного законодавства фактично у всьому світі (Сосновский В.В. Профилактическая ориентация уголовно-экологического законодательства ЕС с учетом глобализации процессов борьбы с преступностью // Научные основы уголовного права и процессы глобализации: материалы V Российского конгресса уголовного права (27–28 мая 2010 года). – М.: Проспект, 2010. – С. 184).

<sup>6</sup> Окремі глави, які об'єднують всі або переважну більшість складів екологічних злочинів, передбачені у кримінальних кодексах і інших європейських держав, у т. ч. Білорусі, Іспанії, Латвії, Польщі, ФРН.

<sup>3</sup> Указом Президента України від 13 квітня 2011 року № 452/2011 затверджене Положення про Міністерство екології та природних ресурсів України (далі у цій главі – МЕПР).



його охорони та дозволяє згрупувати ці норми у систему, сприяє забезпеченню єдності в підходах до криміналізації та пеналізації посягань у сфері екології. Вказівка у КК на те, що кримінальне законодавство має своїм завданням охорону, поміж інших об'єктів, довкілля (ч. 1 ст. 1 КК), підкреслює особливу значущість важелів юридичного примусу, спрямованих на протидію цим злочинним посяганням.

В аналітичній доповіді «Довкілля України у 2009 році», опублікованій на офіційній веб-сторінці Державного комітету статистики України, зазначається, що екологічна ситуація у природному довкіллі як життєво важливому середовищі для існування людини все ще залишається досить складною. Це підтверджується і даними судової статистики про істотне зростання кількості злочинів проти довкілля останнім часом<sup>7</sup>. Зокрема, у 2009 р. за злочини проти довкілля було засуджено 1150 осіб. В.К. Матвійчук справедливо вказує, що сукупність злочинів, які стосуються навколишнього природного середовища, в основному утворена незаконним полюванням, незаконною порубкою дерев та чагарників, незаконним заняттям рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом, знищенням або пошкодженням лісів<sup>8</sup>. З-поміж загальної кількості зареєстрованих за 6 років (2002–2007 рр.) злочинів у сфері довкілля 92,3% склали: незаконна порубка лісу (ст. 246 КК) – 5 072 злочини (46,6%); незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом (ст. 249 КК) – 3 010 злочинів (27,7%); незаконне видобування корисних копалин (ст. 240 КК) – 1 642 злочини (15,1%); незаконне полювання (ст. 248 КК) – 316 злочинів (2,9%)<sup>9</sup>. Як бачимо, із 21 статті КК, присвяченої екологічним посяганням, лише 4 активно застосовуються на практиці. Статистичні дані показують і те, що у більшості випадків до засуджених за злочини проти довкілля застосовуються покарання, не пов'язані з позбавленням волі, – штраф, обмеження волі, громадські роботи тощо. Значна кількість засуджених порушників природоохоронного законодавства звільняється від покарання з випробуванням<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Огляд даних про стан здійснення правосуддя у 2009 році [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: [http://court.gov.ua/sudova\\_statystyka/e575747457](http://court.gov.ua/sudova_statystyka/e575747457)

<sup>8</sup> Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Монографія. – К.: «Азимут-Україна», 2005. – С. 37.

<sup>9</sup> Корнякова Т.В. Характеристика злочинів проти довкілля // Проблеми законності. – 2009. – Вип. 104. – С. 169.

<sup>10</sup> Про невинуватого покаявність вітчизняних судів до осіб, які вчинили кримінально карані порушення екологічного законодавства, пишуть і українські кримінологи (Джужа О.М., Василевич В.В., Поліщук Г.С. Кримінально-

Незважаючи на наявність проблем у правозастосовній діяльності, кримінальна відповідальність за порушення екологічного законодавства залишається важливою складовою правового забезпечення екологічної безпеки, раціонального природокористування, відтворення екологічних об'єктів та охорони навколишнього природного середовища<sup>11</sup>. Шляхом її застосування реалізується державний примус до виконання екологічних вимог. При цьому слід зазначити, що відповідальність за порушення екологічного законодавства завжди пов'язана з негативними правовими наслідками як результатом неправомірних діянь винної особи<sup>12</sup>.

Критичний аналіз положень розділу VIII Особливої частини КК примушує констатувати недостатність наукового розроблення вихідного поняття «злочини проти довкілля». Законодавче визначення цього термінологічного звороту взагалі відсутнє і компенсується відповідними науковими розвідками. Так, В.К. Матвійчук послідовно обґрунтовує положення про те, що назва «екологічні злочини» сформульована некоректно, адже екологічне – це позитивне, а злочин – це негативне, і за законами формальної логіки вони не можуть поєднуватися. Досліднику імпонує поняття «злочини, що стосуються навколишнього природного середовища»<sup>13</sup>.

Доводиться констатувати, що різні підходи до тлумачення словосполучення «злочини проти довкілля» спостерігаються і в зарубіжній юридичній літературі. Так, у багатьох західних державах поняття «екологічний злочин» (англ. – ecological crime) застосовується рідко. В англійських країнах його аналогом виступає поняття «злочин проти довкілля» (англ. – environmental crime). А.А. Гарєєв слушно звертає увагу і на ту обставину, що власне термін «довкілля» у США та інших західних державах традиційно

---

правова охорона довкілля як складова кримінологічного запобігання екологічній злочинності // Шлях до кримінології. Пам'яті Анатолія Петровича Закалюка: збірник матеріалів / Національна академія правових наук України. Координаційне бюро з проблем кримінології та кримінологічних досліджень. – К.: Запоріжжя, 2010. – С. 100-101).

<sup>11</sup> Ст. 70 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» прямо вказує, що визначення складу екологічних правопорушень і злочинів, порядок притягнення винних до адміністративної та кримінальної відповідальності за їх вчинення встановлюються Кодексом України про адміністративні правопорушення та Кримінальним кодексом України.

<sup>12</sup> Екологічне право України: Підручник для студентів юрид. вищ. навч. закладів / За ред. А.П. Гетьмана та М.В. Шульги. – Х.: Право, 2006. – С. 171.

<sup>13</sup> Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Монографія. – К.: «Азимут-Україна», 2005. – С. 35.

розглядається значно ширше, ніж притаманне нам розуміння «довкілля» (як навколишнє природне середовище), і взагалі може не асоціюватись із природою<sup>14</sup>. Дослідник пише, що слово «environment» частіше перекладається з англійської мови як «оточення», як «всі умови, що оточують і впливають на розвиток організму» або як «сукупність фізичних, економічних, культурних, естетичних і соціальних обставин і факторів, які оточують і впливають на стан і цінність власності і які також впливають на якість людського життя»<sup>15</sup>.

**Злочини проти довкілля** можуть бути визначені як передбачені кримінальним законом винні суспільно небезпечні діяння (дії або бездіяльність), що посягають на довкілля та його компоненти, раціональне використання та охорона яких забезпечують життєдіяльність людини, а також екологічну безпеку населення і територій, і полягають у безпосередньому протиправному використанні природних об'єктів (або у протиправному впливі на них), що призводить до негативних змін стану та якості довкілля<sup>16</sup>.

**Родовим об'єктом** злочинів проти довкілля варто визнавати такий стан навколишнього природного середовища та його окремих компонентів, за якого відсутня небезпека для життя і здоров'я людей, забезпечується раціональне використання і відтворення природних ресурсів, дотримується належний екологічний стан біосфери.

В.П. Самокиш піддає змістовній критиці висловлену деякими авторами думку про визнання об'єктом екологічних злочинів безпосередньо природних багатств. У разі віднесення до об'єкта цих посягань природних ресурсів – лісу, вод, повітря, надр, риб, тварин тощо – провести розмежування між об'єктом і предметом злочинних посягань буде неможливо. З урахуванням традиційного у доктрині підходу до визначення об'єкта злочину як суспільних відносин, на які цей злочин посягає, науковець висуває власну дворівневу інтерпретацію родового об'єкта екологічних злочинів: по-перше, це суспільні відносини у сфері охорони, використання, збереження і відтворення природних ресурсів, генетичного фонду живої природи, ландшафтів та інших природних комплексів, унікальних територій та природних об'єктів; по-друге, це суспільні відносини у сфері забезпечення екологічної безпеки: запобігання й усунення негативного впли-

ву господарської та іншої діяльності людини на навколишнє природне середовище, гарантування стабільної сприятливої екологічної ситуації для існування живих істот у всій повноті біологічного різноманіття<sup>17</sup>. Зазначимо, що змістовно це об'ємне визначення кореспондує із підходом, запропонованим нами вище.

Злочини та інші правопорушення проти довкілля посягають упершу чергу на конституційне право громадян на безпечне довкілля, а також на порядок охорони, використання, збереження і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, запобігання й усунення негативного впливу господарської та іншої діяльності людини на навколишнє природне середовище, збереження генетичного фонду живої природи, ландшафтів та інших природних комплексів, унікальних територій, а також природних об'єктів, пов'язаних з історико-культурною спадщиною<sup>18</sup>.

Безпосередні об'єкти злочинів проти довкілля стосуються різних елементів функціонування навколишнього природного середовища. Наприклад, основним безпосереднім об'єктом порушення законодавства про континентальний шельф України (ст. 244 КК) виступає встановлений порядок використання, освоєння й охорони континентального шельфу України та його природних багатств. Додатковими об'єктами цих злочинів можуть бути, зокрема, життя та здоров'я особи, здоров'я населення, власність, встановлений порядок охорони земель, нормальний режим функціонування сільськогосподарських та промислових підприємств.

Як предмет злочинів проти довкілля можуть виступати: підприємства, споруди, пересувні засоби та інші об'єкти, у зв'язку з неправильним використанням яких настає загибель людей або інші тяжкі наслідки (ст. 236 КК); землі, поверхневий шар земель (статті 239, 239-1, 239-2, 254 КК); надра і корисні копалини загальнодержавного значення (ст. 240 КК); атмосферне повітря (ст. 241 КК); водні об'єкти (ст. 242 КК); море (ст. 243 КК); континентальний шельф і його природні багатства (ст. 244 КК); окремі об'єкти рослинного світу (ст. 245 КК); дерева і чагарники (ст. 246 КК); рослини та плоди рослин (ст. 247 КК); дикі звірі та птахи (ст. 248 КК); водні живі ресурси (ст. 249 КК); риби і дикі водні тварини (ст. 250 КК); тварини продукти, сировина і корми тваринного походження (ст. 251 КК); території,

<sup>14</sup> Гареев А.А. Экологические преступления: уголовно-правовое противодействие: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С.17.

<sup>15</sup> Black's Law Dictionary. With pronunciations. Sixth Edition. – St Paul, Minn., 1990. – P. 534.

<sup>16</sup> Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики: сборник очерков / Под ред. В.В. Лунеева. – М.: Издательство Юрайт, 2010. – С. 685.

<sup>17</sup> Самокиш В.П. Злочини проти довкілля: проблеми визначення родового об'єкта // Вісник Академії адвокатури України. – 2011. – № 1. – С. 85–87.

<sup>18</sup> Постанова Пленуму ВСУ від 10 грудня 2004 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» (преамбула).

взяті під охорону держави, та об'єкти природно-заповідного фонду (ст. 252 КК); проекти, інша аналогічна документація, в якій відсутні дані про обов'язкові інженерні системи захисту довкілля для споруд, що вводяться в експлуатацію, а також безпосередньо такі споруди без зазначених систем (ст. 253 КК)<sup>19</sup>.

Переважна більшість статей розділу VIII Особливої частини КК містять бланкетні диспозиції. А це, як відомо, означає, що для встановлення відповідних ознак складів злочину необхідно звертатись до положень того чи іншого нормативного акту в галузі охорони довкілля. До великого за обсягом масиву природоохоронного законодавства можна віднести, зокрема, спеціальні закони, що регулюють питання охорони навколишнього природного середовища, численні урядові постанови, накази, положення, правила, інструкції, методики, ліміти, такси, видані та затверджені МОНПС (МЕПР), іншими відомствами. Такий підхід законодавця до конструювання диспозицій обумовлений специфікою охоронюваних аналізованим розділом відносин, які детально врегульовані іншогогалузевими нормативними актами, що закріплюють у першу чергу спеціальні вимоги щодо використання і охорони об'єктів довкілля, встановлюють обов'язкові екологічні нормативи та стандарти.

Аналіз заборон, об'єднаних у розділ VIII Особливої частини КК, дозволяє стверджувати, що бланкетність цих заборон проявляється передусім під час встановлення об'єктивних ознак відповідних складів злочинів – предмета, місця, часу, обстановки, знарядь та засобів, безпосередньо злочинного діяння та його наслідків.

Так, диспозиції окремих норм розділу VIII Особливої частини КК, позначаючи предмет того чи іншого злочину, не розкривають його зміст, віддаючи це питання «на відкуп» приписам екологічного законодавства. Наприклад, диспозиція ст. 239-2 КК («Незаконне заволодіння землями водного фонду») оперує поняттям «поверхневий (ґрунтовий) шар земель водного фонду», у зв'язку з чим для з'ясування предмету цього злочину необхідно звернутись насамперед

<sup>19</sup> Децю інший погляд висловлює В.К. Матвійчук. Дослідивши існуючу у кримінально-правовій доктрині позицію щодо предмета суспільних відносин, до якого належить все те, з приводу чого або у зв'язку з чим існують самі ці відносини, науковець пише, що у складах злочинів проти довкілля предметом відповідних екологічних відносин є можливості (умови) для охорони, раціонального використання та відновлення окремих природних компонентів, для забезпечення належного стану навколишнього природного середовища в цілому, а також для підтримання поінформованості населення про такий стан (Матвійчук В.К. Предмет відносин та соціальні зв'язки як структурна частина об'єкта складів злочинів проти навколишнього природного середовища // Право і суспільство. – 2010. – № 3. – С. 187-190).

до глави 12 ЗК. Ч. 2 ст. 240 КК альтернативно вказує на два предмети злочину – «надра» та «корисні копалини загальнодержавного значення». Перше поняття розкривається у ст. 1 КпН. Ст. 6 цього ж Кодексу поділяє корисні копалини за своїм значенням на корисні копалини загальнодержавного і місцевого значення, водночас вказуючи, що віднесення корисних копалин до корисних копалин загальнодержавного та місцевого значення здійснюється КМУ за поданням спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з геологічного вивчення та забезпечення раціонального використання надр<sup>20</sup>. У цьому випадку ми спостерігаємо досить типову для норм КК про злочини проти довкілля схему конкретизації бланкетних ознак злочину: диспозиція норми розділу VIII КК – спеціальний Закон екологічного спрямування – підзаконний акт органу виконавчої влади, прийнятий на виконання положень такого спеціального Закону.

Безпосередньо злочинне «екологічне» діяння в кримінально-правових нормах із бланкетними диспозиціями позначається за допомогою таких термінологічних зворотів, як «порушення порядку проведення екологічної експертизи» (ст. 236 КК), «забруднення або псування земель ... внаслідок порушення спеціальних правил» (ст. 239 КК), «порушення встановлених правил охорони надр» і «порушення встановлених правил використання надр» (ст. 240 КК), «порушення законодавства про континентальний шельф України» (ст. 244 КК), «порушення правил полювання» (ст. 248 КК), «проведення вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів або диких тварин» (ст. 250 КК) тощо. Цілком очевидно, що вказівка на порушення спеціальних правил або вимог законодавства під час посягання на окремі елементи довкілля є своєрідним «містком» між кримінально-правовою заборонаю (в частині позначення суспільно небезпечного діяння) та відповідною нормою екологічного законодавства, яка змістовно наповнює і конкретизує описання такого діяння в тексті норми КК.

В окремих випадках зміст факультативних ознак об'єктивної сторони злочинів проти довкілля знаходить свій прояв саме завдяки бланкетному способу викладення диспозиції. Наприклад, ст. 249 КК не містить прямої вказівки на час, місце, знаряддя та засоби зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом, обмежуючись лише вказівкою на незаконність таких дій. Водночас Правила любительського і спортивного рибальства, затверджені наказом Державного комітету рибного господарства України від

<sup>20</sup> Положення про Державну службу геології та надр України затверджене Указом Президента України від 6 квітня 2011 року № 391/2011.



15 лютого 1999 року № 19, і Правила промислового рибальства в рибогосподарських водних об'єктах України, затверджені наказом вказаного Комітету від 18 березня 1999 року № 33, закріплюють низку спеціальних обмежень щодо місця, строків, знарядь та засобів лову. Отже, у разі порушення таких обмежень, якщо при цьому було заподіяно істотну шкоду, названі обставини набувають обов'язкового значення в плані кримінально-правової кваліфікації і потребують належної фіксації у процесуальних документах, у т.ч. у мотивувальній частині вироку.

На думку С.Г. Поліщука, бланкетний характер екологічних кримінально-правових норм суттєво ускладнює практичним працівникам дізнання, слідства, прокуратури та суду їх застосування на практиці. У статтях розділу «Злочини проти довкілля», вважає цей автор, посилання зроблені не на конкретні закони чи інші нормативно-правові акти, а на цілі правові інститути (наприклад, ст. 236 КК – «порушення правил екологічної безпеки»), які складаються із сукупності норм екологічного характеру, встановлених у різних природоохоронних законах чи нормативно-правових актах. Таке становище покладає на практичного працівника обов'язок: знати всі норми, що утворюють зазначений правовий інститут; проаналізувати ці норми як окремо, так і в їх сукупності; вміти відшукати ті норми, порушення яких містить ознаки відповідного злочину. Нормативно-правові акти екологічного характеру, на які зроблено посилання в бланкетних диспозиціях статей розділу, досить нестабільні, тому що законодавець та органи виконавчої влади нерідко вносять до них зміни та доповнення<sup>21</sup>.

Справедливість міркувань щодо складності кваліфікації злочинів проти довкілля, зумовленої нестабільністю регулятивного законодавства, проілюструємо на прикладі. На підставі наказу МОНПС від 20 липня 2009 року № 389 «Про затвердження Методики розрахунку розмірів збитків, заподіяних державі внаслідок порушення законодавства про охорону та раціональне використання водних ресурсів» втратив чинність аналогічний наказ від 18 травня 1995 року № 37. Як наслідок, кваліфікація дій особи за ст. ст. 242 та 243 КК у частині встановлення факту забруднення водних об'єктів і моря, а також настання відповідних суспільно небезпечних наслідків повинна здійснюватись урахуванням положень нової Методики.

На особливості кваліфікації злочинів проти довкілля, що передбачені статтями із бланкет-

ними диспозиціями, звернув увагу і ВСУ в п. 2 постанови Пленуму від 10 грудня 2004 року № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля»: судам слід ретельно з'ясовувати, яким саме законодавством регулюються правовідносини, пов'язані з використанням та охороною відповідного природного ресурсу (землі, надр, вод, атмосферного повітря, рослинного і тваринного світу тощо).

Г.З. Яремко у своєму дисертаційному дослідженні, присвяченому проблемам бланкетних диспозицій у статтях Особливої частини КК, прямо відносить розділ VIII до таких, що містять найбільшу кількість статей із бланкетними диспозиціями. Науковець також виокремлює ознаки злочинів проти довкілля, з'ясування яких потребує звернення до положень інших галузей права<sup>22</sup>.

Обґрунтовуючи потребу саме в бланкетному способі описання норм КК про посягання на довкілля, С.Б. Гавриш пояснює, що внаслідок особливого характеру екологічної шкоди, її складності, масштабності, специфіки антропогенного впливу на природне середовище описати об'єктивну сторону екологічного злочину безпосередньо в тексті КК важко і навряд чи можливо. Розмірковуючи над змістом бланкетних диспозицій у структурі норм про екологічні злочини, автор пропонує (залежно від «характеру бланкетності») класифікувати їх таким чином: 1) загальні бланкетні диспозиції, які відсилають до спеціальних нормативних актів природоохоронного законодавства, що регулюють порядок і умови економічної експлуатації природних ресурсів і їх охорони (статті 246, 248, 249 КК та ін.); 2) спеціалізовані бланкетні диспозиції, які відсилають до спеціальних екологічних нормативів і стандартів із відмінними критеріями встановлення і різними параметрами дії (зокрема, ст. 243 КК); 3) змішані бланкетні диспозиції – це ті, які, поєднуючи ознаки двох попередніх, одночасно відсилають як до загальних нормативних розпоряджень інших галузей права, так і до спеціальних екологічних нормативів і стандартів<sup>23</sup>. Перевагу бланкет-

<sup>22</sup> Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – С. 11, 13, 29-36, 71, 152-156, 196.

Авторка справедливо визнає іншогоалузеві джерела права, які застосовуються для конкретизації змісту бланкетної диспозиції в статті КК, джерелами кримінального права, а не кримінального закону, а також додатковою нормативною підставою кримінально-правової кваліфікації. Вельми конструктивним є запропонований Г.З. Яремко поділ бланкетних диспозицій у статтях Особливої частини КК на ті, які обмежують допустимий рівень бланкетності прямою вказівкою на юридичну силу джерел права, і ті, які прямо не містять обмежень такого рівня.

<sup>23</sup> Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довкілля

<sup>21</sup> Поліщук Г.С. Кримінологічна характеристика та запобігання злочинам проти довкілля (за матеріалами прикарпатського регіону України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 37-38.

них диспозицій С.Б. Гавриш вбачає не лише у можливості інтегрувати ідеї різних галузей законодавства в боротьбі з екологічною злочинністю, а й у тому, що за допомогою бланкетних диспозицій уможливується точне застосування кримінального закону. Адже закріплення у тексті КК вказаних диспозицій дозволяє уникати оціночних понять високого ступеня абстракції та, як наслідок, свавілля правозастосувача<sup>24</sup>.

У порівняльно-правовому контексті доречно додати, що бланкетність притаманна і відповідним кримінально-правовим заборонам, передбаченим зарубіжним законодавством. Так, нормативною підставою для кримінального переслідування фактів порушення федерального екологічного законодавства у США слугують дев'ять базових актів Конгресу, серед яких: 1) Акт про чисте повітря; 2) федеральний Акт про контроль над забрудненням вод; 3) Акт про ріки та гавані; 4) Акт про безпечне споживання води; 5) комплексний Акт про екологічне реагування, компенсацію та відповідальність; 6) федеральний Акт про утилізацію твердих відходів; 7) Акт про контроль за токсичними речовинами – встановлює порядок виробництва, переміщення та утилізації хімічних речовин, що становлять небезпеку для населення чи довкілля; 8) федеральний Акт про інсектициди, фунгіциди та родентициди – регулює порядок виробництва, реєстрації, транспортування, реалізації та застосування токсичних отрутохімікатів; 9) Акт про біологічні види, яким загрожує небезпека – встановлює відповідальність за злочини проти живої природи<sup>25</sup>. Наведені закони не лише містять положення регулятивного змісту, а й закріплюють підстави та юридичні механізми застосування цивільних, адміністративних і кримінальних санкцій до порушників екологічного законодавства.

Якщо взяти до уваги динаміку розвитку сучасних технологій, постійно зростаючий антропогенний вплив на довкілля і тенденції останніх років у частині зміни глобальних кліматичних умов, спрогнозувати як вектори, так і частоту змін у міжнародному та національному екологічному законодавстві вкрай складно. Відповідно, немає жодних гарантій проти того, що нові види екологічних правопорушень не бу-

дуть з'являтися, а існуючі, навпаки, не втрачатимуть суспільну небезпеку. Бланкетний спосіб конструювання кримінально-правових заборон має свій «набір» вад, проте, якщо порівняти їх із тими труднощами, які чекатимуть вітчизняного законодавця й особливо правозастосувача в разі використання виключно описового способу викладення диспозицій норм КК, бланкетний спосіб може розглядатись як пріоритетний. Інакше кажучи, бере гору прагматичне міркування: із двох зол обирають найменше.

Переважає кількість злочинів проти довкілля може вчинятись шляхом як дії, так і бездіяльності. Такий підхід законодавця до конструювання диспозицій відповідних статей обумовлений передусім тим, що безпосереднє заподіяння шкоди екологічній безпеці відбувається шляхом невиконання або неналежного виконання встановлених правил (наприклад, правил проведення екологічної експертизи, правил охорони або використання надр, ветеринарних правил) вимог екологічного законодавства (зокрема, порушення законодавства про континентальний шельф України, порушення законодавства про захист рослин). Окремі злочини проти довкілля (наприклад, незаконне заволодіння землями водного фонду, незаконне полювання) можуть вчинятись лише шляхом дій. Деякі екологічні злочини можуть вчинятись лише шляхом бездіяльності (зокрема, каране за ч. 3 ст. 243 КК неповідомлення про забруднення моря).

Доречно також звернути увагу на відому вітчизняній доктрині кримінального права узагальнену формулу норми про відповідальність за екологічно небезпечну бездіяльність: така бездіяльність вважається злочином, якщо спеціально зобов'язана особа не запобігає настанню екологічної шкоди або не усуває небезпеки її настання, маючи реальну можливість це зробити, коли наслідки настали або існує реальна загроза їх настання<sup>26</sup>.

Щодо моменту закінчення злочинів проти довкілля, то диспозиції норм розділу VIII Особливої частини КК сконструйовані по-різному, що дозволяє умовно виокремити три групи передбачених цими нормами злочинів:

1) злочини, які вважаються закінченими з моменту настання суспільно небезпечних наслідків (зокрема, ст. ст. 236, 237, ч. 2 ст. 239, ч. 2, 3 ст. 239-1, ч. 3 ст. 239-2, ч. 2 ст. 242, ст. ст. 246, 247, 249, 251 КК);

2) злочини, які вважаються закінченими за умови створення небезпеки для життя чи здоров'я людей або настання інших тяжких наслідків (наприклад, частини перші статей 239, 240, 241, 244, 253, ч. 3 ст. 243 КК);

в Україні: проблеми теорії застосування і розвитку кримінального законодавства. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2002. – С. 232-253.

<sup>24</sup> Правова система України: історія, стан та перспективи: У 5 т. Т.5: Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / За заг. ред. В.В. Сташиса. – Х.: Право, 2008. – С. 425-430.

<sup>25</sup> Duncombe T., Henderson K., Schnackenberg J. Environmental Crimes // American Criminal Law Review. – № 2. – 2008. – P. 381-464.

<sup>26</sup> Гавриш С.Б. Вказана праця. – С. 223.

3) злочини з формально-матеріальним складом – вони вважаються закінченими як при вчиненні (або невчиненні) окремих дій, так і в разі настання вказаних у диспозиції статті (частини статті) суспільно небезпечних наслідків (зокрема, ч. 2 ст. 238, ч. 1, 2 ст. 240 КК, ст. 246, ч. 1 ст. 248 КК).

Розмірковуючи над особливостями законодавчого опису та змістовним навантаженням наслідків екологічних злочинів, О.І. Чучаєв вказує, що такі наслідки можуть виступати як: криміноутворююча ознака; кваліфікуюча (особливо кваліфікуюча) ознака; ознака, що обтяжує покарання. Більше того: ці наслідки визнаються підставою для міжгалузевої диференціації відповідальності, а також диференціації кримінальної відповідальності<sup>27</sup>.

Доречним є висновок В.В. Локтіонової про те, що наслідки вчинення злочинів проти довкілля як різновид злочинних наслідків характеризуються суспільно небезпечними змінами в довкіллі, що знаходять відображення в заподіянні або загрози заподіяння йому фізичної, майнової та іншої шкоди, передбаченої нормами розділу VIII Особливої частини КК<sup>28</sup>.

Узагальнений аналіз особливостей законодавчого опису наслідків екологічних злочинів у чинному КК дозволяє стверджувати, що український законодавець віддав перевагу наслідкам, які здебільшого ґрунтуються на оціночних судженнях правозастосовних органів. С.Б. Гавриш з цього приводу пише: «Без розробки критеріїв формалізації оціночних понять в екологічних злочинах, визначення параметрів (масштабу, розмірів тощо) прояву і встановлення їх наслідків названі норми або майже не будуть застосовуватись, або служитимуть підставою для виправданої законом сваволі»<sup>29</sup>. Натомість О.А. Дубовик вбачає у використанні оціночних понять, за допомогою яких нерідко позначаються суспільно небезпечні наслідки екологічних злочинів, певний позитивний прогностичний ефект: при виникненні нових негативних екологічних наслідків, скажімо, в результаті появи нових технологій кримінальний закон швидко реагуватиме на ризики і загрози

<sup>27</sup> Чучаєв А.И. Преступные последствия как критерий дифференциации ответственности за экологические преступления // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності: Міжнародний симпозіум 11–12 вересня 2009 року. – Львів: ЛьвДУВС, 2009. – С. 268.

<sup>28</sup> Локтіонова В.В. Наслідки вчинення злочинів проти довкілля (кримінально-правове дослідження): монографія. – Кременчук: Видавець «ПП Шербатих О.В.», 2011. – С. 143–144.

<sup>29</sup> Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні: проблеми теорії застосування і розвитку кримінального законодавства. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2002. – С. 282.

для довкілля і таким чином демонструватиме свій профілактичний потенціал<sup>30</sup>.

До суспільно небезпечних наслідків злочинних посягань на довкілля належать, зокрема, загибель людей (смерть хоча б однієї людини), захворювання людей, масова загибель об'єктів тваринного і рослинного світу, екологічне забруднення значних територій, інші тяжкі наслідки. Досить вдалий перелік правових орієнтирів у процесі встановлення наслідків злочинних посягань на довкілля міститься у відповідних пунктах постанови Пленуму ВСУ від 10 грудня 2004 року № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля». Зокрема, у роз'ясненні вищої судової інстанції систематизовано і розкрито зміст наступних видів суспільно небезпечних наслідків.

Під тяжкими наслідками (статті 236, 237, частини 2 статей 238–243, ч. 2 ст. 245, статті 247, 251, ч. 2 ст. 252, ч. 1 ст. 253 КК) слід розуміти: загибель чи масове захворювання людей; істотне погіршення екологічної обстановки в тому чи іншому регіоні (місцевості); зникнення, масові загибель чи тяжкі захворювання об'єктів тваринного і рослинного світу; неможливість відтворити протягом тривалого часу ті чи інші природні об'єкти або використовувати природні ресурси в певному регіоні; генетичне перетворення тих чи інших природних об'єктів; заподіяння матеріальної шкоди в особливо великих розмірах тощо. Питання про масовість загибелі або захворювання об'єктів тваринного світу вирішується за допомогою звернення до відомостей про чисельність тварин, риби, інших організмів, що загинули чи захворіли, їх поширеність на території України або конкретної адміністративно-територіальної одиниці.

Під загибеллю людей (статті 236, 237, ч.ч. 2 статей 238–243, ч. 2 ст. 245, ч. 2 ст. 253 КК) необхідно розуміти смерть двох і більше людей, що сталася внаслідок вчинення злочинів, відповідальність за які передбачена відповідними статтями КК.

Створення небезпеки для життя і здоров'я людей (ч.ч. 1 статей 239–244, ч. 1 ст. 253 КК) має місце в разі, коли забруднення навколишнього природного середовища чи вчинення інших протиправних дій могло призвести до загибелі хоча б однієї людини, масових захворювань людей, зараження хоча б однієї людини епідемічним або інфекційним захворюванням, зниження тривалості життя чи імунного захисту людей, відхилень у розвитку дітей тощо<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики: сборник очерков / Под ред. В.В. Лунеева. – М.: Издательство Юрайт, 2010. – С. 681.

<sup>31</sup> Необхідно також додати, що відповідно до положень ст. 69 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» шкода, заподіяна внаслідок порушення при-



На підставі ознайомлення з відповідними фаховими публікаціями В.В. Локтіонова констатує плюралізм наукових позицій в частині розуміння вихідного поняття «екологічна шкода». Узагальнивши запропоновані змістовні ознаки цього терміну, авторка підкреслює, що для визначення екологічної шкоди найважливішими критеріями її настання слід визнати такі обставини, як погіршення природного стану об'єктів природи, порушення їх екологічних функцій, втрата природними об'єктами здатності до самовідновлення<sup>32</sup>.

Для встановлення складу конкретного злочину проти довкілля необхідно встановити причинний зв'язок між екологічно небезпечним діянням і його наслідками. Зокрема, Пленум ВСУ у згаданій постанові вказує на необхідність особливо ретельної перевірки на предмет наявності причинного зв'язку між ним і фактом заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу; чи не зумовлені шкідливі наслідки факторами, що не залежали від волі підсудного (стихийне лихо, пожежа тощо) (п. 4 постанови).

**Суб'єктивна сторона** злочинів проти довкілля характеризується переважно необережною формою вини. Якщо винний порушує закріплені у статтях 236–254 КК кримінально-правові заборони з умислом на спричинення загибелі людей, шкоди їх здоров'ю або інших тяжких наслідків, таке діяння може утворювати склад злочину проти основ національної безпеки України, проти життя та здоров'я особи, проти власності, проти громадської безпеки тощо.

Злочини, передбачені ст. 238 (крім ч. 2 цієї статті в частині посилання на суспільно небезпечні наслідки), ч. 1, 2 ст. 239–2, ст. 240 (за умови, що діяння не спричинило передбачених у ч. 2 ст. 240 наслідків), ч. 1 ст. 243, ч. 2 ст. 244, ст. 246, ч. 1 ст. 252 КК можуть вчинятись лише умисно. Суб'єктивна сторона злочинів, передбачених ч. 1 ст. 245, статтями 248, 249, 250 КК, може характеризуватись як умисною, так і необережною формою вини.

Мотиви злочинів проти довкілля є переважно раціональними, тобто заснованими на прагматичних потребах винних осіб. В.К. Матвійчук визначає мотив екологічного злочину

родоохоронного законодавства, підлягає компенсації, як правило, в повному обсязі без застосування норм зниження розміру стягнення та незалежно від сплати збору за забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів. Заподіяна шкода повинна відшкодовуватись у розмірах, які визначаються на підставі затверджених у встановленому порядку такс і методик обрахування розмірів шкоди, що діють на час здійснення порушення, або, у разі неможливості його встановлення, на час виявлення порушення.

<sup>32</sup> Локтіонова В.В. Наслідки вчинення злочинів проти довкілля (кримінально-правове дослідження): монографія. – Кременчук: Видавець «ПП Шербатих О.В.», 2011. – С 125–127.

як усвідомлення спонукання (потяг) до вчинення конкретного цілеспрямованого вчинку (вольового акту), що становить собою суспільну небезпеку і згідно з чинним кримінальним законом є злочином. При цьому, справедливо зауважує дослідник, між мотивом вчинку та його юридичним значенням є різниця, адже така факультативна ознака суб'єктивної сторони не впливає на безпосередню кваліфікацію екологічних злочинів<sup>33</sup>.

**Суб'єктом** чималої кількості злочинів проти довкілля може бути лише особа, яка має ознаки спеціального суб'єкта. Спеціальні ознаки особи, яка вчиняє суспільно небезпечне посягання на довкілля, можуть прямо називатись у диспозиціях відповідних статей (наприклад, вчинення злочину службовою особою (ст. 238 КК) або особою, спеціально відповідальною за інформування належних адресатів про забруднення моря (ч. 3 ст. 243 КК) чи впливати з їх змісту (зокрема, суб'єктом злочину за ст. 236 КК може бути лише особа, зобов'язана дотримуватись правил екологічної безпеки під час виконання своєї діяльності). «Так, вчинення злочину шляхом порушення спеціальних правил (статті 241, 243 та ін.) свідчить про те, що його суб'єктом може бути лише особа, на яку покладено обов'язок дотримуватись вимог цих правил»<sup>34</sup>. Інші злочини проти довкілля (зокрема, передбачені статтями 242, 246, 248 КК) можуть вчинятись будь-якою особою, наділеною ознаками загального суб'єкта злочину.

Злочини проти довкілля необхідно відмежовувати від злочинів у сфері службової діяльності. Як зазначає В.А. Клименко, якщо службова особа вчиняє злочин проти довкілля шляхом використання свого службового становища, унаслідок чого настали не лише негативні наслідки для довкілля, а й було заподіяно іншу істотну шкоду або тяжкі наслідки (як це передбачено, зокрема, статтями 364, 365, 367 КК), вчинене повинне одержувати кримінально-правову оцінку за сукупністю злочинів – проти довкілля та у сфері службової діяльності. У разі, якщо на службову особу не покладено спеціальний обов'язок додержуватись або здійснювати нагляд за додержанням встановлених правил охорони навколишнього природного середовища, заподіяння внаслідок зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень або внаслідок службової

<sup>33</sup> Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Монографія. – К.: «Азимут-Україна», 2005. – С. 308.

<sup>34</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко, М.І. Мельник та ін.; За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 3-те вид., переробл. та допов. – К.: Атіка, 2009. – С. 330-331.

недбалості істотної шкоди довкіллю чи інших тяжких наслідків (у т.ч. описаних у диспозиціях статей розділу VIII Особливої частини КК) повинно кваліфікуватись тільки як відповідний злочин у сфері службової діяльності<sup>35</sup>.

Кримінально карані посягання на навколишнє природне середовище необхідно відмежовувати від злочинів проти власності. Зокрема, предметом таких злочинів проти власності, як викрадення, вимагання, привласнення, розтрата, заволодіння шляхом шахрайства чи зловживання особи своїм службовим становищем не можуть виступати природні багатства в їх природному стані – блага, які хоч і мають об'єктивну цінність, проте не створені повністю або частково працею людини. Незаконне заволодіння такими благами кваліфікується за наявності підстав як відповідний злочин проти довкілля (зокрема, за статтями 246, 248, 249 КК). Якщо ж відповідні об'єкти довкілля вилучені з природного стану завдяки вкладеній праці людини, вчинене розглядатиметься як викрадення чужого майна чи інший злочин проти власності.

До майна, що утворює предмет злочинів проти власності, можна віднести також: звірів, що розводяться у звірогосподарствах; декоративні дерева й чагарники, які вирощуються для наступного продажу, виловлену і поміщену в садок рибу тощо. Як справедливо зазначається в літературі, до обов'язкових ознак предмета викрадення належить соціальний, який означає, що лише об'єкти, упредметнені за допомогою людської праці, можуть бути предметом цього злочину. Також звертається увага на те, що вкладення людської праці в об'єкти природи не завжди виокремлює ці об'єкти з їх природного середовища. Не повинні визнаватись майном, наприклад, штучні лісосмуги, дерева, висаджені у населених пунктах, цінні породи риби, молодь яких була спочатку вирощена на рибзаводах, а потім відпущена у відкриті водойми. Названі природні об'єкти є предметом саме екологічних злочинів, оскільки метою подібної діяльності є відновлення і підтримання сприятливої для людини екологічної обстановки, а не введення цих об'єктів у товарний обіг<sup>36</sup>.

Взагалі, розмірковуючи над матеріальною «цінністю» об'єктів природи, слід визнати, що з юридичної точки зору поняття «використання природних ресурсів» є значно ширшим

за змістом, ніж існуюче в економічній науці. Т.І. Григор'єва цілком справедливо застерігає, що його не слід обмежувати тільки фактом привласнення, тобто вилучення корисних властивостей певних об'єктів. Це поняття у правовому аспекті повинно враховувати й іншу діяльність, яка безпосередньо спрямована на таке привласнення (експлуатацію) або обов'язково йому передуює. Наприклад, під час використання підземних вод перед їх експлуатацією обов'язково споруджуються необхідні свердловини, інші гідротехнічні споруди, тобто йдеться про створення умов для активного використання об'єкта природи. Така діяльність потребує спільного з експлуатацією правового регулювання і в юридичному плані має охоплюватися поняттям «використання природних об'єктів». Звідси робиться висновок про те, що під використанням природних ресурсів слід розуміти врегульовану нормами права діяльність людей, яка полягає у вилученні і споживанні корисних властивостей відповідних об'єктів і яка безпосередньо спрямована на таке вилучення і споживання<sup>37</sup>.

Злочини проти довкілля необхідно відмежовувати від екоциду – масового знищення рослинного або тваринного світу, отруєння атмосфери або водних ресурсів, а також вчинення інших дій, що можуть спричинити екологічну катастрофу (ст. 441 КК). Аналізуючи співвідношення екологічних правопорушень, відповідальність за вчинення яких передбачена розділом VIII Особливої частини КК, з екоцидом, М.П. Куцевич слушно зауважує, що названі злочинні посягання повинні розмежовуватись за обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони – формою вини<sup>38</sup>. Якщо злочини проти довкілля характеризуються переважно необережною формою вини (умисне чи необережне ставлення до діяння та необережне ставлення до настання суспільно небезпечних наслідків), то екоцид є злочинном, в якому психічне ставлення винного як до діяння, так і до його наслідків характеризується умисною формою вини. Звернення до відомих міжнародному праву ознак екоциду, а також ознайомлення з ознаками об'єктивної сторони цього злочину дозволяє стверджувати, що рівень його суспільної небезпеки є значно вищим за аналогічну складову діянь, закріплених у розділі VIII Особливої частини КК.

Більшість кримінально-правових норм екологічного спрямування є суміжними із

<sup>35</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко, М.І. Мельник та ін.; За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 3-тє вид., переробл. та допов. – К.: Атіка, 2009. – С. 331-332.

<sup>36</sup> Иногамова-Хегай А., Герасимова Е. Критерии разграничения преступлений против собственности и экологических преступлений // Уголовное право. – 2006. – № 5. – С. 42-45.

<sup>37</sup> Григор'єва Т.В. Правове регулювання використання й охорони водних живих ресурсів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 8.

<sup>38</sup> Куцевич М.П. Кримінальна відповідальність за екоцид: міжнародний та національний аспекти: Монографія. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2009. – С. 240-254.

відповідними адміністративно-правовими заборонами, передбаченими главою 7 КпАП «Адміністративні правопорушення у галузі охорони природи, використання природних ресурсів, охорони пам'яток історії та культури». Відповідно, виникає потреба їх розмежування. Законодавець вирішив цю проблему переважно за допомогою двох способів: 1) шляхом конструювання деяких складів злочинів як матеріальних з обов'язковою вказівкою на заподіяння істотної шкоди та інших тяжких наслідків; 2) шляхом вказівки у статтях, що описують злочини із формальним складом, на спеціальні ознаки, які розкривають спосіб, знаряддя, місце та мотиви його вчинення. Наприклад, диспозиції статей, що встановлюють кримінальну відповідальність за забруднення окремих об'єктів довкілля (частини перші статей 239, 240, 241, 242, 243 КК), головним чином відрізняються від диспозицій аналогічних статей КпАП за ознакою створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля. Питання відмежування зводиться головним чином до ознаки істотності заподіяної шкоди, встановлення якої належить до компетенції слідчого або суду.

Досліджуючи проблеми відмежування злочинів проти навколишнього природного середовища від аналогічних адміністративних правопорушень, В.К. Матвійчук наголошує, що розмежування цих явищ на підставі лише кількісних характеристик чи загальних ознак проблему не вирішує. Науковець пропонує виробити наступні підходи (правила), які у своїй сукупності дозволять відмежовувати відповідні злочинні діяння від адміністративно-правових деліктів: 1) з'ясувати, чим окремий склад злочину відрізняється від аналогічного адміністративно-правового делікту (скориставшись загально-розмежувальними ознаками і спеціальними, які є в порівнюваних явищах); 2) визначити, де необхідно шукати відмежувальні ознаки (одночасно в гіпотезі і диспозиції)<sup>39</sup>.

Звертаючи увагу на необхідність встановлення науково обґрунтованих правил розмежування злочинних і незлочинних видів правопорушень проти довкілля, А.П. Брич у свою чергу називає такі основні варіанти співвідношення між ними: склад злочину і склад адміністративного правопорушення передбачені нормами, що конкурують між собою; склад адміністративного правопорушення і склад злочину є суміжними між собою; склад адміністративного правопорушення і склад злочину передбачені нормами, що перебивають у колізії. Авторка зауважує, що прави-

ла відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень не повинні принципово відрізнятися залежно від об'єкта посягання: вони такі ж, як стосовно складів злочинів та складів адміністративних проступків проти довкілля, так і щодо відмежування інших за об'єктом складів правопорушень<sup>40</sup>.

У доктрині кримінального права висуваються підходи до класифікації злочинних порушень екологічного законодавства. Загалом пропозиції науковців зводяться до виокремлення складових такої класифікації на підставі ідентичності ознак безпосередніх об'єктів кримінально караного посягання на довкілля. У цьому контексті заслуговує на увагу класифікація, запропонована Н.О. Лопашенко. Дослідниця пропонує таку систему розглядуваних злочинів: 1) посягання на суспільні відносини з реалізації та охорони права кожного на сприятливе довкілля; 2) посягання на суспільні відносини з охорони стабільності довкілля та його природно-ресурсного потенціалу. Остання група поділяється на декілька видів залежно від особливостей того чи іншого природно-ресурсного потенціалу: посягання на тваринний світ, рослинний світ, води, атмосферу, особливо охоронювані території та природні об'єкти, землю, надра<sup>41</sup>.

О.А. Дубовик екологічні злочини, передбачені главою 26 КК РФ, поділяє на три групи залежно від об'єкта кримінально-правової охорони та його предметної екологічної вираженості: 1) злочини, що полягають у порушенні правил екологічно значущої діяльності; 2) злочини, що посягають на окремі компоненти довкілля (води, атмосферу, надра, ліси, землю, морське середовище, континентальний шельф, виключну економічну зону); 3) злочини, що посягають на об'єкти флори і фауни як складову довкілля, компоненти біологічного різноманіття та умови збереження біосфери Землі<sup>42</sup>.

Один з провідних українських фахівців з проблематики кримінальної відповідальності за злочини проти довкілля В.К. Матвійчук пропонує три системоутворюючі критерії, що, на його переконання, повинні бути покладені в основу

<sup>40</sup> Брич А.П. Диференціація юридичної відповідальності за посягання на довкілля // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності: Міжнародний симпозиум 11–12 вересня 2009 року. – Львів: ЛьвДУВС, 2009. – С. 36.

<sup>41</sup> Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. IV: Преступления против общественной безопасности. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 373–376.

<sup>42</sup> Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики: сборник очерков / Под ред. В.В. Лунеева. – М.: Издательство Юрайт, 2010. – С. 690–696.

<sup>39</sup> Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища: проблеми законодавства, теорії та практики: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2008. – С. 7–8.



інституту кримінальної відповідальності за такі злочини: родовий об'єкт злочину, безпосередній об'єкт злочину та відповідний природний об'єкт. Враховуючи ці критерії, а також висловлені в літературі позиції, названий вчений пропонує поділити аналізовані злочини на 10 груп із значно більшою, ніж це роблять, зокрема, Н.О. Лопашенко та О.А. Дубовик, конкретизацією об'єктів посягань<sup>43</sup>.

Докладно розглянувши проблему класифікації злочинів проти довкілля в науці кримінального права, І.І. Митрофанов всі злочини, що заподіюють або можуть заподіяти шкоду довкіллю, поділяє на дві групи. По-перше, це злочини, які не є екологічними, але заподіюють або здатні заподіяти шкоду довкіллю (диверсія, екоцид, застосування зброї масового знищення, незаконне поводження з радіоактивними матеріалами, порушення правил ядерної або радіаційної безпеки тощо). По-друге, це передбачені розділом VIII Особливої частини КК злочини, які у свою чергу за безпосереднім об'єктом посягання поділяються на дві групи: 1) злочини, що посягають на екологічну безпеку взагалі (передбачені статтями 236–238, 252, 253 КК); 2) злочини, що посягають на встановлений порядок охорони компонентів довкілля – землі, надр, ґрунтів, атмосферного повітря, поверхневих і підземних вод, моря, континентального шельфу, лісів та іншої рослинності, тваринного світу (передбачені всіма іншими статтями з відповідного розділу КК)<sup>44</sup>.

На підставі узагальнення існуючих у теорії кримінального права підходів до класифікації злочинів проти довкілля і залежно від безпосереднього об'єкта посягання пропонуємо такий поділ досліджуваних злочинів:

- 1) злочини проти екологічної безпеки (статті 236, 237, 238, 253 КК);
- 2) злочини, що посягають на встановлений порядок використання землі та її надр (статті 239, 239-1, 239-2, 240, 254 КК);
- 3) злочини, що посягають на встановлений порядок охорони атмосферного повітря та водних ресурсів (статті 241, 242, 243, 244 КК);
- 4) злочини, що посягають на встановлений порядок лісокористування, використання рослинного і тваринного світу (ст. 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252 КК).

<sup>43</sup> Матвійчук В.К. Система складів злочинів проти навколишнього природного середовища за Кримінальним кодексом України // Форум права. – 2010. – № 2. – С. 293–294. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/ejournals/FP/2010-2/10mvkkku.pdf>

<sup>44</sup> Митрофанов І.І. Кримінально-правове забезпечення охорони довкілля: монографія. – Кременчук: Видавець «ПП Щербатих О.В.», 2010. – С. 53–67.

Г.С. Поліщук висуває тезу про доцільність розташування у розділі «Злочини проти довкілля» статей 265–267 КК, що встановлюють відповідальність за незаконне поводження з радіоактивними матеріалами, погрозу вчинити їх розкрадання або використання та порушення правил поводження з вибуховими, легкозаймистими та їдкими речовинами або радіоактивними матеріалами. Зазначені діяння, слушно зауважує науковець, посягають на ядерну та радіаційну безпеку, що традиційно є найбільш значущими елементами екологічної безпеки як у національному, так і глобальному масштабі<sup>45</sup>.

Доречно також зазначити, що деякі злочини, описані в Особливій частині КК, об'єктивно можуть бути пов'язані із заподіянням істотної шкоди навколишньому природному середовищу, однак насамперед посягають на інші об'єкти кримінально-правової охорони – безпеку експлуатації транспорту, моральність, здоров'я населення тощо. До кола таких діянь можна віднести, зокрема, пошкодження об'єктів магістральних нафто-, газота нафтопродуктопроводів (ст. 292 КК), жорстоке поводження з тваринами (ст. 299 КК), порушення правил поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами та токсинами (ст. 326 КК)<sup>46</sup>.

## 10.2. Злочини проти екологічної безпеки

**Порушення правил екологічної безпеки** (ст. 236 КК). Незважаючи на поступове збільшення кількості організаційних і практичних заходів, спрямованих на захист населення і територій від надзвичайних ситуацій, природно-техногенна безпека у нашій державі залишається на неприйнятному рівні й понині. Серед загальних характеристик чинників, які провокують надзвичайні екологічні ситуації, фахівці називають такі: нещадна експлуатація основних виробничих фондів і ресурсів; недосконалість технологічних процесів у багатьох галузях промисловості; об-

<sup>45</sup> Поліщук Г.С. Кримінологічна характеристика та запобігання злочинам проти довкілля (за матеріалами причорноморського регіону України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 48.

<sup>46</sup> Виходячи з того, що цей злочин стосується природних речовин, В.К. Матвійчук пропонує норму про порушення правил поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами чи токсинами перенести до розділу VIII Особливої частини КК (Матвійчук В.К. Законодавство про злочини проти довкілля потребує вдосконалення // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 308).

межені можливості держави у сфері розвитку і реконструкції; значна кількість об'єктів підвищеної небезпеки, географічні, гідрометеорологічні, геофізичні та інші особливості території України. Не останнє місце в наведеному переліку посідає й людський фактор, а саме недбале ставлення до своїх обов'язків з боку державних службовців та уповноважених працівників підприємств, які зобов'язані контролювати додержання вимог екологічного законодавства під час здійснення антропогенного впливу на довкілля. За таких умов проведення цілеспрямованої й координованої екологічної політики є вкрай необхідним, адже, наприклад, близько 80% негативного впливу, що здійснюється продукцією на довкілля, можна спрогнозувати та попередити ще на етапі її розроблення<sup>47</sup>.

Екологічна безпека – це такий стан навколишнього природного середовища, за якого забезпечується попередження погіршення екологічної обстановки та виключається виникнення небезпеки для здоров'я людей. Довкілля вважається безпечним, коли його стан відповідає встановленим у законодавстві критеріям, стандартам, лімітам і нормативам, які стосуються його чистоти (незабрудненості), ресурсомісткості (невиснаженості), екологічної стійкості, санітарних вимог, видового різноманіття, здатності задовольняти інтереси громадян. Чинне екологічне законодавство України як критерії безпеки навколишнього природного середовища передбачає спеціальні нормативи екологічної безпеки<sup>48</sup>.

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 236 КК, полягає у посяганні на екологічну безпеку, встановлений порядок проведення екологічної експертизи, заподіянні шкоди здоров'ю людей, тваринному і рослинному світові, довкіллю.

Закріплена у чинному КК ст. 236 є новелою порівняно з КК 1960 р. Аналізована норма має загальний характер і підлягає застосуванню у разі, коли вчинене діяння не охоплюється складами конкретних злочинів, що передбачають посягання на окремі елементи довкілля. Аналіз правозастосовного спрямування вказаної заборони свідчить, що найбільш серйозний антропогенний вплив на навколишнє природне середовище як цілісний об'єкт кримінально-правової охорони може бути вчинений саме в процесі здійснення господарської діяльності.

<sup>47</sup> Редникова Т.В. Предупреждение негативного воздействия на окружающую среду различных видов продукции средствами уголовного закона в эпоху глобализации // Научные основы уголовного права и процессы глобализации: материалы V Российского конгресса уголовного права (27–28 мая 2010 года). – М.: Проспект, 2010. – С. 168–169.

<sup>48</sup> Екологічне право України: Підручник для студентів юрид. вищ. навч. закладів / За ред. А. П. Гетьмана та М. В. Шульги. – Х.: Право, 2006. – С. 137–138.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину є екологічна безпека як умова життєдіяльності людини, флори і фауни в частині нормативно визначеного порядку виконання робіт, пов'язаних з проектуванням, будівництвом, експлуатацією об'єктів, потенційно шкідливих для навколишнього природного середовища, а додатковим об'єктом – життя особи або інші блага.

**Предметом** злочину, передбаченого ст. 236 КК, визнаються підприємства, споруди (мости, тунелі, причали, майданчики, житлові будинки тощо), пересувні засоби та інші об'єкти (наприклад, цехи, ділянки, установки, місця утворення і складування промислових відходів, мережі каналізації, водо- і тепlopостачання, об'єкти науково-дослідницької діяльності), у зв'язку з проектуванням, експлуатацією яких існує небезпека негативного впливу на людину і довкілля. Серед таких об'єктів виділяють потенційно небезпечні – об'єкти, які створюють реальну загрозу виникнення надзвичайних ситуацій (на них, зокрема, використовуються, виготовляються, переробляються, зберігаються або транспортуються небезпечні радіоактивні матеріали, пожежовибухові, хімічні речовини та біологічні препарати; об'єкти з видобування корисних копалин; гідротехнічні споруди).

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується трьома ознаками в їх сукупності: 1) діяння – порушення порядку проведення екологічної експертизи, правил екологічної безпеки під час проектування, розміщення, будівництва, реконструкції, введення в експлуатацію, експлуатації та ліквідації підприємств, споруд, пересувних засобів та інших об'єктів; 2) наслідки у вигляді загибелі людей, екологічного забруднення значних територій або інших тяжких наслідків; 3) причинний зв'язок між діянням та наслідками.

Диспозиція ст. 236 КК має бланкетний характер і для з'ясування змісту передбаченого нею кримінально караного порушення відсилає до відповідних положень екологічного законодавства, зосереджених, зокрема, у: законах України – від 25 червня 1991 року «Про охорону навколишнього природного середовища», від 8 лютого 1995 року «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку», «Про захист населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру» від 8 червня 2000 року; Переліку видів діяльності та об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку, затвердженому постановою КМУ від 27 липня 1995 року № 554; постанові КМУ «Про ідентифікацію та декларування безпеки об'єктів підвищеної небезпеки» від 11 липня 2002 року № 956; Порядку організації та проведення пере-

вірок суб'єктів господарювання щодо дотримання вимог природоохоронного законодавства, затвердженому наказом МОНПС від 10 вересня 2008 року № 464. Зосереджені у відповідних положеннях природоохоронного законодавства норми є обов'язковими для виконання всіма громадянами та юридичними особами незалежно від організаційно-правової форми та форми власності.

Наприклад, для встановлення ознак кримінально караного порушення порядку проведення екологічної експертизи може постати необхідність у з'ясуванні кола осіб, уповноважених на проведення такого виду експертизи. Для цього необхідно звернутись до ст. 9 Закону України від 9 лютого 1995 р. «Про екологічну експертизу», що визначає коло суб'єктів екологічної експертизи.

Метою екологічної експертизи є запобігання негативному впливові антропогенної діяльності на стан навколишнього природного середовища та здоров'я людей, а також оцінка ступеня екологічної безпеки господарської діяльності та екологічної ситуації на окремих територіях і об'єктах. Антропогенним визнається об'єкт, створений людиною для забезпечення своїх соціальних потреб і який не має властивостей природних об'єктів. Порушення порядку проведення екологічної експертизи закладає своєрідний фундамент майбутніх аварій і катастроф, значних екологічних та економічних збитків.

Обов'язковими для виконання є висновки лише державної екологічної експертизи. Реалізація програм, проектів і рішень без позитивного висновку державної екологічної експертизи забороняється. Звідси випливає, що порушення порядку проведення інших видів експертизи (громадської, договірної тощо) не утворює складу розглядуваного злочину<sup>49</sup>.

Об'єктами державної екологічної експертизи виступають: а) державні інвестиційні програми, проекти схем розвитку і розміщення продуктивних сил, розвитку окремих галузей народного господарства; б) проекти генеральних планів населених пунктів, схем генеральних планів промислових вузлів, інша передпланова і передпроектна документація; в) інвестиційні проекти, техніко-економічні обґрунтування, проектне будівництво нових та розширення, реконструкція діючих підприємств, інших об'єктів, які можуть негативно впливати на стан навколишнього природ-

ного середовища; г) проекти нормативно-правових актів, що регулюють відносини в галузі забезпечення екологічної безпеки; г) документація по впровадженню нової техніки, технологій, матеріалів і речовин, які можуть створити потенційну загрозу навколишньому природному середовищу та здоров'ю людей; д) документація по перепрофілюванню, консервації та ліквідації діючих підприємств, інших промислових та господарських об'єктів, які можуть негативно впливати на стан навколишнього природного середовища<sup>50</sup>.

Порушення порядку проведення екологічної експертизи може бути вчинене шляхом як дії, так і бездіяльності. Це може бути, наприклад: надання завідомо неправдивих відомостей про екологічні наслідки діяльності об'єкта екологічної експертизи; ухилення від надання у відповідь на законну вимогу державних еколого-експертних органів необхідних відомостей і матеріалів; приховування або фальсифікація відомостей про наслідки екологічної експертизи, проведення експертизи неуповноваженими органами; недотримання строків проведення експертизи.

Під вказаним порушенням розуміється також нездійснення державної екологічної експертизи у тих випадках, коли її проведення було обов'язковим, зокрема, щодо тих видів діяльності та об'єктів, які становлять підвищену екологічну небезпеку і перелік яких затверджується КМУ (наприклад, атомна енергетика і атомна промисловість; видобування нафти, нафтохімія і нафтопереробка; чорна і кольорова металургія; целюлозно-паперова промисловість; будівництво аеропортів, залізничних вокзалів, автовокзалів, річкових і морських портів, залізничних і автомобільних магістралей, метрополітенів). Так, висновок державної екологічної експертизи має додаватись до проекту закону про розміщення, проектування та будівництво ядерної установки або об'єкта, призначеного для поводження з радіоактивними відходами, що мають загальнодержавне значення (АЕС, дослідницькі ядерні реактори, сховища, призначені для захоронення відпрацьованого ядерного палива та радіоактивних відходів, тощо).

Із тексту ст. 236 КК випливає, що порушення порядку проведення екологічної експертизи утворює склад розглядуваного злочину лише у разі, коли це порушення пов'язане з проектуванням, розміщенням, будівництвом, реконструкцією, введенням в експлуатацію, експлуатацією або ліквідацією підприємств, споруд, пересувних засобів чи інших об'єктів.

<sup>49</sup> П.С. Берзін висловлює думку про те, що порушення порядку проведення громадської та іншої недержавної екологічної експертизи за певних умов також може утворювати склад злочину, передбаченого ст.236 КК (Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т.1 / За заг. ред. П.П.Андрушка, В.Г.Гончаренка, Є.В.Фесенка. – 3-є вид., переробл. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 9).

<sup>50</sup> Порядок передачі документації на державну екологічну експертизу затверджений постановою КМУ від 31 жовтня 1995 року № 870.



Ст. 66 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» передбачає, що при проектуванні й експлуатації господарських та інших об'єктів, діяльність яких може шкідливо впливати на навколишнє природне середовище, розробляються і здійснюються заходи щодо запобігання аваріям, а також ліквідації їх шкідливих екологічних наслідків.

Проектуванням визнається діяльність, що полягає в розробці, складанні й затвердженні проектної документації на той чи інший об'єкт (креслення, графічні і текстові матеріали, техніко-економічне обґрунтування тощо). Розміщення означає просторове розташування об'єкта на місцевості, якому передують надання земельних ділянок або будівель. Будівництвом визнається як спорудження нових об'єктів, так і добудова та капітальний ремонт вже існуючих об'єктів. Реконструкція – це переобладнання виробничих потужностей, пов'язане із вдосконаленням виробництва і спрямоване на поліпшення якості продукції, зростання обсягів її виробництва, поліпшення умов праці тощо. Під введенням в експлуатацію розуміється врегульована нормативними актами і документально оформлена процедура початку експлуатації об'єкта. Експлуатація означає використання об'єкта відповідно до його цільового призначення, що визначається належністю такого об'єкта до промисловості, сільського господарства, наукової діяльності тощо.

Порушення правил екологічної безпеки під час проектування, будівництва, введення в експлуатацію та експлуатації об'єктів може виражатись у таких діяннях: відсутність споруд, устаткування і пристроїв для очищення викидів і скидів або їх знешкодження, а також приладів контролю за кількістю і складом забруднюючих речовин та характеристиками шкідливих факторів; використання природних ресурсів, викиди і скиди забруднюючих речовин у навколишнє природне середовище, дії з відходами без відповідних дозволів; нездійснення заходів, спрямованих на запобігання залповим викидам і скидам, що створюють високі та екстремально високі рівні забруднення повітряного і водного басейнів і ґрунтів, становлять небезпеку для життя людей, тваринного і рослинного світу; надання дозволів на спеціальне природокористування, фінансування та реалізацію проектів і програм, які можуть негативно впливати на стан довкілля і здоров'я людей, без позитивного висновку екологічної експертизи. Правилами екологічної безпеки слід визнавати розроблені і затверджені у встановленому порядку норми – вимоги щодо функціонування різноманітних об'єктів, дотримання яких має на меті забезпечення екологічної безпеки. Наукові рекомендації з приводу охоро-

ни довкілля під час проведення господарської діяльності, не трансформовані у правові норми, не можуть розглядатись як правила екологічної безпеки.

Ознаки розглядуваного складу злочину вбачаються також у разі: а) прийняття в експлуатацію сховищ радіоактивних відходів або об'єктів, призначених для поводження з радіоактивними відходами, без реалізації заходів щодо забезпечення захисту персоналу, населення, довкілля або без спорудження та введення в дію всього комплексу цих об'єктів, передбаченого проектом; б) ведення у межах санітарно-захисних зон, створених для відмежування сховищ радіоактивних відходів від суміжних земель, сільськогосподарської та іншої виробничої діяльності, спрямованої на одержання товарної продукції, без спеціального дозволу, здійснення без такого дозволу у цих зонах усіх видів водокористування, лісокористування та користування надрами; в) проведення робіт на ядерній установці, джерелі іонізуючого випромінювання, а також поводження з такими джерелами і ядерними матеріалами без наявності дозволу; г) незабезпечення захисту людини від впливу радіонуклідів, що містяться у будівельних матеріалах, під час будівництва житлових і виробничих приміщень; ґ) непроведення наладжувальних робіт на обладнанні, що споживає природний газ і рідке паливо; д) використання екологічно небезпечних видів палива під час експлуатації теплових електростанцій; е) невраховування особливостей рельєфів місцевостей під час проектування, будівництва, експлуатації чи ліквідації об'єктів тощо.

За своєю конструкцією склад злочину є матеріальним. Злочин вважається закінченим з моменту настання суспільно небезпечних наслідків, передбачених ст. 236 КК. Порушення правил екологічної безпеки, яке не супроводжувалось фактичним заподіянням шкоди людині чи довкіллю, утворює склад відповідного адміністративного проступку (статті 79-1, 80, 91-1 КпАП), а за наявності для цього підстав – злочину, передбаченого ч. 1 ст. 253 КК.

До екологічного забруднення значних територій слід відносити забруднення різними небезпечними речовинами і відходами лісових масивів, водойм, морського середовища, земельних ділянок, атмосферного повітря (скажімо, його запилення або задимлення). Екологічним забрудненням території може бути, наприклад, зміна на ній радіоактивного фону у розмірах, які створюють небезпеку для життя та здоров'я особи, генетичного фонду рослин і тварин. Вирішуючи питання про те, чи є значною територія, на якій сталося екологічне забруднення, треба враховувати дані про її площу, екологічну унікальність,

належність до природно-заповідного фонду чи іншого об'єкта загальнодержавного значення (п. 8 постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля»).

До інших тяжких наслідків у контексті розглядуваної заборони можна віднести, зокрема, загибель однієї особи, заподіяння тяжких тілесних ушкоджень одній, двом чи більше особам, масове захворювання людей, виведення з ладу виробничих підприємств чи інших важливих споруд (гребель, систем водо- та енергопостачання, зв'язку тощо), масові загибель або захворювання об'єктів тваринного світу, знищення лісових масивів на значних площах, неможливість відтворити протягом тривалого часу ті чи інші природні об'єкти або використовувати природні ресурси у певному регіоні, генетичне перетворення природних об'єктів, спричинення великих матеріальних збитків, у т.ч. пов'язаних з відновленням належної якості довкілля, неможливість проживання населення на певній території і вимушене переселення людей.

У деяких випадках порушення правил екологічної безпеки може призвести до виникнення надзвичайної екологічної ситуації, при якій на окремій місцевості відбуваються негативні зміни в навколишньому природному середовищі, що потребують застосування надзвичайних заходів з боку держави. До таких змін належать, зокрема, втрата, виснаження чи знищення окремих природних комплексів та ресурсів внаслідок надмірного забруднення довкілля, що обмежують або виключають можливість життєдіяльності людини та проведення господарської діяльності в цих умовах. За наявності підстав, передбачених у ст. 5 Закону України від 13 липня 2000 р. «Про зону надзвичайної екологічної ситуації», окрема місцевість може бути проголошена зоною надзвичайної екологічної ситуації з особливим правовим режимом<sup>51</sup>.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це особа, на яку покладено правовий обов'язок дотримуватись відповідних приписів законодавства щодо порядку проведення державної екологічної експертизи, правил екологічної безпеки (наприклад, працівники еколого-експертних підрозділів МОНПС (наразі – МЕПР), інші експерти державної екологічної експертизи, конструктори ядерних установок і джерел іонізуючого випромінювання, службові особи підприємств, установ, організацій, відповідальні за проектування, розміщення, експлуатацію певних об'єктів, члени приймальних комісій таких об'єктів).

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується психічним ставленням особи до наслідків і, за загальним правилом, характеризується небережною формою вини. Встановлення прямого умислу щодо наслідків, вказаних у ст. 236 КК, є підставою для кваліфікації вчиненого як екоциду або як злочину проти основ національної безпеки України, проти життя і здоров'я особи, власності тощо.

**Невжиття заходів щодо ліквідації наслідків екологічного забруднення** (ст. 237 КК). Під екологічним забрудненням розуміють небажану зміну її властивостей в результаті антропогенного надходження різних речовин і з'єднань. Це забруднення призводить до шкідливого впливу на літосферу, гідросферу, атмосферу, біосферу, на будівлі, конструкції і матеріали, а врешті-решт – на людину. Головним джерелом екологічного забруднення є повернення в природу величезної маси відходів, які утворюються внаслідок антропогенного впливу – у процесі суспільного виробництва і споживання. За підрахунками учених, у 1970 р. вони склали 40 млн. т, а наприкінці ХХ ст. їх об'єм склав майже 100 млрд. т. За офіційними даними, щороку в Україні захоронюється понад 100 000 т відходів промислового виробництва<sup>52</sup>.

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 237 КК, полягає в тому, що внаслідок невжиття заходів щодо ліквідації наслідків екологічного забруднення заподіюється шкода здоров'ю людей, флорі і фауні. Одним із найбільш небезпечних на сьогодні є забруднення довкілля саме хімічними речовинами, синтезованими в процесі людської діяльності.

Цілком очевидно, що суспільно небезпечною, а, отже, й кримінально каранною, повинна визнаватись не лише діяльність, що призводить до екологічного забруднення, а й недбале ставлення до обов'язків щодо ліквідації наслідків такого забруднення. Тим більше, що у багатьох випадках оперативне та повномасштабне втручання є запорукою захисту життя і здоров'я людей, збереження елементів довкілля та подальшого здійснення суспільно корисної діяльності.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину є екологічна безпека в частині встановленого порядку ліквідації та усунення наслідків екологічного забруднення, а додатковим об'єктом – життя особи, власність або інші блага.

Чинне законодавство вимагає від підприємств, установ, організацій негайно приступати

<sup>51</sup> Комарницький В.М. Правовий режим зон надзвичайних екологічних ситуацій в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 19.

<sup>52</sup> Інформація щодо поводження з відходами на території України (до Київської конференції міністрів, Київ, травень 2003 р.). [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: <http://www.menr.gov.ua/content/article/6010>

до ліквідації наслідків аварії, яка спричинила забруднення навколишнього природного середовища. Одночасно службові особи або власники підприємств, керівники установ, організацій зобов'язані повідомляти про аварію і заходи, вжиті для ліквідації її наслідків, місцевим органам влади, органам охорони здоров'я, спеціально уповноваженим органам управління в галузі охорони навколишнього природного середовища та населенню. Суб'єкт господарської діяльності, у власності або у користуванні якого є хоча б один об'єкт поводження з небезпечними відходами, зобов'язаний мати план локалізації та ліквідації аварії на об'єкті, вживати заходи, спрямовані на запобігання аваріям, обмеження і ліквідацію їх наслідків та захист людей і навколишнього природного середовища від їх впливу.

**Предметом** злочину є об'єкти рослинного і тваринного світу, ґрунт, вода, повітря на території, що зазнала екологічного забруднення небезпечними речовинами або випромінюванням.

До небезпечних речовин належать речовини, які через свої фізико-хімічні властивості здатні негативно впливати на людей, довкілля, матеріальні цінності. Це хімічні, токсичні, вибухові, окислювальні, горючі речовини, біологічні агенти та речовини біологічного походження (біохімічні, мікробіологічні, біотехнологічні препарати, патогенні для людей і тварин мікроорганізми тощо), які становлять небезпеку для життя та здоров'я людей, довкілля, матеріальних і культурних цінностей. Наприклад, це можуть бути відходи тваринного походження.

Випромінювання – це вплив на людину і довкілля з боку ядерних установок, джерел іонізуючого випромінювання та інших радіоактивних матеріалів. Джерело іонізуючого випромінювання – це фізичний об'єкт (крім ядерних установок), що містить радіоактивну речовину, або технічний пристрій, який створює або за певних умов може створювати іонізуюче випромінювання. Ядерні установки – це об'єкти по виробництву ядерного палива, ядерні реактори, які включають критичні та підкритичні збірки; дослідницькі реактори; атомні електростанції; підприємства і установки по збагаченню та переробці палива, а також сховища відпрацьованого палива (ст. 1 Закону України від 8 лютого 1995 р. «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку»). До радіоактивних матеріалів належать і радіоактивні відходи<sup>53</sup>.

Прикладом екологічного забруднення є радіоактивне забруднення значних територій

України внаслідок Чорнобильської катастрофи. До забруднених належать території, на яких виникло стійке забруднення навколишнього середовища радіоактивними речовинами понад доаварійний рівень, що з урахуванням природно-кліматичної та комплексної екологічної характеристики конкретних територій може призвести до опромінення населення понад 0,1 бер за рік, і яке потребує вжиття заходів щодо радіаційного захисту населення та інших спеціальних втручань. Про це йдеться у Законі України від 28 лютого 1991 року «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи»

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується сукупністю трьох ознак: 1) діяння (дія чи бездіяльність) – ухилення від проведення або неналежне проведення на території, що зазнала забруднення небезпечними речовинами або випромінюванням, дезактиваційних чи інших відновлювальних заходів щодо ліквідації або усунення наслідків екологічного забруднення; 2) наслідки – загибель людей або інші тяжкі наслідки; 3) причинний зв'язок між діянням і наслідками.

Ухилення від проведення відновлювальних заходів полягає у злочинній бездіяльності – невтручанні особи, до компетенції якої входить здійснення заходів, спрямованих на усунення негативних змін у навколишньому природному середовищі, що виникли через порушення відповідних екологічних приписів. Це може бути, наприклад, неприйняття керівником або іншою уповноваженою особою нафтопереробного заводу заходів, спрямованих на ліквідацію наслідків забруднення нафтопродуктами прилеглих до підприємства територій.

Неналежне проведення на забруднених територіях дезактиваційних чи інших відновлювальних заходів означає, що відповідальна особа проводить відповідні екологічно сприятливі роботи, однак не у повному обсязі. Як наслідок, відбувається грубе порушення відповідних методик та регламентів здійснення таких відновлювальних заходів. Прикладом такої протиправної поведінки може бути віддання наказу про лише часткову, а не повну утилізацію відходів дезактивації<sup>54</sup>.

Дезактивація у широкому розумінні означає усунення радіоактивних речовин з поверхні місцевості, споруд, предметів, одягу тощо. Під дезактиваційними заходами слід розуміти комплекс організаційно-технічних заходів, спрямо-

<sup>53</sup> Це – матеріальні об'єкти та субстанції, активність радіонуклідів або радіоактивне забруднення яких перевищує межі, встановлені діючими нормами, за умови, що використання цих об'єктів та субстанцій не передбачається.

<sup>54</sup> Правила регистрации, учета и квалификации преступлений: Науч.-практ. пособие для следователей прокуратуры / Н.А. Бабий и др.; Под общ. ред. Н.А. Бабия. Минск: Тесей, 2008. – С. 310–311.



ваних на зниження рівня бета-забруднення та потужності гамма-випромінювання до значень, що не перевищують встановлені граничні межі.

Наслідки екологічного забруднення – це погіршення екологічної обстановки на території, що зазнала забруднення, негативні зміни у навколишньому природному середовищі.

Одним із засобів захисту населення за умов надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру, здатним усунути наслідки екологічного забруднення у вигляді загибелі людей або їх захворювання, є евакуація. Це – комплекс заходів щодо організованого вивезення (виведення) населення з районів (місць), зон можливого впливу наслідків надзвичайних ситуацій і розміщення його у безпечних районах (місцях) у разі виникнення безпосередньої загрози життю та заподіяння шкоди здоров'ю людей<sup>55</sup>. Непроведення або несвоєчасне проведення евакуації, рішення про яку прийнято у встановленому порядку, ухилення від прийняття рішення про евакуацію населення за наявності безпосередньої загрози життю і здоров'ю людей, а також ухилення від проведення або неналежне проведення дезактиваційних та інших відновлювальних заходів медичного, біологічного, хімічного або іншого характеру (наприклад, вилучення з довкілля небезпечних речовин шляхом зняття і вивезення верхнього шару ґрунту, нейтралізація ртутного забруднення) може кваліфікуватись за ст. 237 КК.

Склад злочину побудований як матеріальний. Злочин вважається закінченим з моменту настання загибелі людей або інших тяжких наслідків. Невиконання законних вимог посадових осіб спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади, до компетенції якого віднесено питання захисту населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру, щодо розроблення та реалізації заходів у сфері захисту населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру у разі відсутності тяжких наслідків тягне за собою адміністративну відповідальність (ст. 188-16 КпАП).

**Місцем** вчинення аналізованого злочину є територія, що зазнала екологічного забруднення небезпечними речовинами або випромінюванням<sup>56</sup>. Відповідно до ст. 1 Закону України від 17 лютого 2011 року «Про регулювання містобудівної діяльності» територія – це

<sup>55</sup> Положення про порядок евакуації населення у разі загрози або виникнення надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру затверджене постановою КМУ від 26 жовтня 2001 року № 1432.

<sup>56</sup> Музика А.А., Лашук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – С. 153, 157–159.

частина земної поверхні з повітряним простором та розташованими під нею надрами у визначених межах (кордонах), що має певне географічне положення, природні та створені в результаті діяльності людей умови і ресурси<sup>57</sup>. Наприклад, зоною хімічного забруднення є територія, яка включає осередок хімічного забруднення, де фактично розлита небезпечна хімічна речовина, і ділянки місцевості, над якими утворилась хмара такої речовини.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це особа, на яку покладено обов'язок здійснювати дезактиваційні та інші відновлювальні заходи щодо ліквідації або усунення наслідків екологічного забруднення (працівники МЕР, МНС, аварійно-рятувальних служб тощо).

**Суб'єктивна сторона** злочину визначається психічним ставленням особи до наслідків і загалом характеризується необережною формою вини.

**Приховування або перекручення відомостей про екологічний стан або захворюваність населення** (ст. 238 КК). Ст. 50 Основного Закону нашої держави гарантує право кожного на вільний доступ до інформації про стан довкілля. Така інформація ніким не може бути засекречена. Одним з основних принципів, проголошених у Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища», що повинні забезпечуватись державою через відповідні інститути влади, є гласність і демократизм при прийнятті рішень, реалізація яких впливає на стан навколишнього природного середовища, формування у населення екологічного світогляду (ст. 3).

Згідно зі ст. 13 Закону України «Про інформацію» (у редакції Закону від 13 січня 2011 року) інформація про стан довкілля (екологічна інформація) включає в себе, зокрема, відомості про: стан складових довкілля та його компоненти, включаючи генетично модифіковані організми, та взаємодію між цими складовими; фактори, що впливають або можуть впливати на складові довкілля (речовини, енергія, шум і випромінювання, а також діяльність або заходи, угоди в галузі навколишнього природного середовища, політику, законодавство, плани і програми); стан здоров'я та безпеки людей, умови життя людей, стан об'єктів культури і споруд тією мірою, якою на них впливає або може вплинути стан складових довкілля. Проголошується, що інформація про стан довкілля (крім інформації про місце розташування військових об'єктів) не може бути віднесена до інформації з обмеженим доступом.

<sup>57</sup> Поняття «екологічне забруднення території» розглядалось при аналізі ст. 236 КК.

Для України, як, мабуть, ні для жодної іншої країни світу, закріплення викладених норм у національному законодавстві є глибоко усвідомленим, оскільки воно передусім пов'язане з трагедією планетарного масштабу – Чорнобильською катастрофою, подолання наслідків якої визнано конституційним обов'язком нашої держави. Громадяни України мають право на отримання у встановленому порядку повної, достовірної та своєчасної інформації про стан навколишнього природного середовища, здоров'я населення, наявні та можливі фактори ризику для нього та їх ступінь, про надзвичайні ситуації техногенного та природного характеру, що виникли або можуть виникнути, про рівні опромінення людини та захист від впливу іонізуючих випромінювань в місцях проживання чи роботи.

Ключовим моментом для створення повноцінної бази екологічної інформації стало запровадження, відповідно до ст. 22 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», державної системи моніторингу навколишнього природного середовища, що регулюється Положенням про державну систему моніторингу довкілля, затвердженим постановою КМУ від 30 березня 1998 року № 391. Метою створення такої системи є збір, обробка, збереження та аналіз інформації про стан навколишнього природного середовища, прогнозування його змін та розробка науково обґрунтованих рекомендацій для прийняття ефективних управлінських рішень. Відповідно до п. 2 зазначеного Положення система моніторингу довкілля – це відкрита інформаційна система, пріоритетами функціонування якої є: захист життєво важливих екологічних інтересів людини і суспільства; збереження природних екосистем; відвернення кризових змін екологічного стану довкілля і запобігання надзвичайним екологічним ситуаціям.

**Суспільна небезпека** приховування або перекручення відомостей про екологічний стан або захворюваність населення визначається передусім тим, що це діяння порушує згадане вище право на достовірну інформацію про стан довкілля. Не отримавши відповідної інформації громадяни, а також юридичні особи, органи державної місцевої влади не вживають належних заходів, внаслідок чого виникає реальна загроза заподіяння істотної шкоди здоров'ю населення, рослинному і тваринному світу. Розглядувана норма є одним з чинників, покликаних забезпечувати в Україні екологічну безпеку.

**Безпосереднім об'єктом** розглядуваного злочину є встановлений з метою забезпечення екологічної безпеки та захисту здоров'я людей, збереження тваринного і рослинного світу порядок інформування про екологічний стан та стан

захворюваності населення, а також право громадян на отримання у встановленому порядку повної, достовірної та своєчасної інформації про стан навколишнього природного середовища, здоров'я населення, наявні та можливі фактори ризику для нього та їх ступінь, про надзвичайні ситуації техногенного та природного характеру, що виникли або можуть виникнути, про рівні опромінення людини та захист від впливу іонізуючих випромінювань у місцях проживання чи роботи.

МЕПР, його органи на місцях, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації, діяльність яких може негативно вплинути або впливає на стан навколишнього природного середовища, життя і здоров'я людей зобов'язані забезпечувати вільний доступ населення до інформації про стан навколишнього природного середовища (зокрема, про продукцію, енергію, шум, вібрацію, електромагнітне випромінювання, радіацію, які впливають або можуть вплинути на стан навколишнього природного середовища та здоров'я людей).

Відповідно до ст. 4. Закону України від 14 січня 1998 року «Про захист людини від впливу іонізуючих випромінювань» громадяни України та їх об'єднання мають право на отримання інформації щодо рівнів опромінення людини та заходів захисту від впливу іонізуючого випромінювання в місцях їх проживання чи роботи від відповідних органів виконавчої влади, до відання яких належать функції захисту людини від впливу іонізуючого випромінювання згідно з законодавством України.

Перелік населених пунктів, віднесених до зон радіоактивного забруднення, та дані щорічних дозиметричних паспортизацій із зазначенням очікуваних доз опромінення населення оприлюднюються КМУ один раз на три роки, починаючи з 2009 р.

**Предметом** злочину виступають відомості про: 1) екологічний, у т.ч. радіаційний, стан, який пов'язаний із забрудненням земель, водних ресурсів, атмосферного повітря, харчових продуктів і продовольчої сировини і який негативно впливає на здоров'я людей, рослинний і тваринний світ; 2) стан захворюваності населення в районах з підвищеною екологічною небезпекою.

Екологічний стан визначається додержанням або порушенням існуючих екологічних нормативів, які встановлюють гранично допустимі викиди та скиди у навколишнє природне середовище забруднюючих хімічних речовин, рівні допустимого шкідливого впливу на нього фізичних та біологічних факторів.

Забруднення харчових продуктів і продовольчої сировини – це наявність у них різних забруднюючих речовин, у т.ч. небезпечних. Вказівка у ст. 238 КК на те, що екологічний стан, який пов'язаний із забрудненням довкілля, харчових продуктів і продовольчої сировини, негативно впливає на здоров'я людей, рослинний і тваринний світ, означає, що предметом даного злочину є лише ті відомості, приховування або перекирення яких ставить під загрозу екологічне благополуччя людини, флори та фауни. Йдеться про інформацію, що стосується не звичайного екологічного стану, а такої екологічної обстановки, яка різко погіршується, у зв'язку з чим потрібно вживати негайних заходів, спрямованих на її поліпшення. Проте цього не відбувається, оскільки винна особа, фальсифікуючи істину або приховуючи правдиву інформацію, вводить органи влади, фізичних та юридичних осіб в оману.

До відомостей про стан захворюваності належить інформація про кількість хворих у районі з підвищеною екологічною небезпекою на хвороби, характерні для забруднення, що мало місце у цьому районі (наприклад, захворювання променевою хворобою при радіоактивному забрудненні), про діагнози, які були поставлені, динаміку захворюваності, зв'язок специфічних хвороб із погіршенням екологічної обстановки, а також про хвороби загальної етіології (рак, запалення легенів, виразка шлунку тощо). Районами підвищеної екологічної небезпеки оголошуються території, де внаслідок діяльності людини або руйнівного впливу стихійних сил природи в навколишньому природному середовищі на тривалий час виникають негативні зміни, що ставлять під загрозу здоров'я особи, збереження природних об'єктів і обмежують ведення господарської діяльності.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у приховуванні або перекиренні службовою особою відомостей про екологічний стан або стан захворюваності населення у певних районах.

Приховування означає неповідомлення відповідної інформації належним адресатам або її несвоєчасне подання їм. Це бездіяльність особи, яка поводить себе пасивно і не виконує покладений на неї правовий обов'язок за власною ініціативою чи за запитом уповноважених суб'єктів надати відомості про екологічний стан або захворюваність населення.

Відповідальність за ст. 238 КК настає лише у разі, коли в особи, яка володіє інформацією, з урахуванням конкретної ситуації була фактична можливість виконати покладений на неї обов'язок. Поняттям приховування охоплюється також відмова надати певні відомості у відповідь на запит уповноваженого суб'єкта, а також

активні дії, спрямовані на те, щоб ухилитись від виконання обов'язку з інформування, наприклад, прийняття з порушенням чинного законодавства рішення про визнання такої інформації державною чи комерційною таємницею.

Перекирення – це подання завідомо неправдивих відомостей, які вводять адресата в оману у питанні про екологічний стан або стан захворюваності населення. Це будь-яке спотворення істини, в т.ч. в бік перебільшення чи применшення показників про забруднення довкілля або стан захворюваності населення у відповідних районах (свідоме заниження показників про кількість шкідливих речовин у навколишньому природному середовищі, повідомлення занижених показників про рівень радіації у даній місцевості або кількість хворих людей, повідомлення про те, що існуючий рівень радіації нібито не створює небезпеки для життя і здоров'я людей, тощо).

Злочин є закінченим з моменту, коли особа могла і повинна була направити інформацію належному адресатові, але не зробила цього, або з часу, коли вона направила завідомо перекирену інформацію. Спричинення суспільно небезпечних наслідків для здоров'я людей, рослинного або тваринного світу, які не набули вигляду загибелі людей або інших тяжких наслідків, охоплюється ч. 1 ст. 238 КК. Відмова від надання або несвоєчасне надання за запитами повної та достовірної екологічної інформації, передбаченої законодавством, за умови, що вчинене не утворює розглядуваного складу злочину, тягне адміністративну відповідальність (ст. 91-4 КпАП).

Якщо приховані або перекирені відомості стосуються відходів, у чинному законодавстві відсутні чіткі критерії відмежування розглядуваного злочину від передбаченого ст. 82-3 КпАП приховування, перекирення або відмови від надання повної та достовірної інформації щодо безпеки утворення відходів та поводження з ними, в т.ч. про їх аварійні скиди та відповідні наслідки. У зв'язку з цим при здійсненні вказаного відмежування треба керуватись конституційним правилом «усі сумніви – на користь обвинуваченого».

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це службова особа, на яку покладено правовий обов'язок збирати та (або) подавати відповідні відомості (зокрема, працівники підрозділів МЕПР, службові особи органів, установ і закладів державної санітарно-епідеміологічної служби, цивільної оборони, обласних центрів гідрометеорології, уранових об'єктів, службові особи центральних та місцевих органів виконавчої влади, виконавчих органів рад, службові особи суб'єктів



господарської діяльності, які зобов'язані надавати населенню, іншим органам влади або ЗМІ відповідну інформацію).

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується прямим умислом. Психічне ставлення до загибелі людей чи інших тяжких наслідків (ч. 2 ст. 238 КК) характеризується необережною формою вини.

Не утворює складу аналізованого злочину поширення неперевіреної інформації, наприклад, попередніх розрахунків чи даних, які потребують аналізу й оброблення, чиїхось суджень, думок, припущень, чуток.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину є: 1) повторність; 2) вчинення злочину в місцевості, оголошеній зоною надзвичайної екологічної ситуації; 3) спричинення загибелі людей чи інших тяжких наслідків.

Відповідно до Закону України від 13 липня 2000 року «Про зону надзвичайної екологічної ситуації» під зоною надзвичайної екологічної ситуації потрібно розуміти окрему місцевість України, на якій виникла надзвичайна екологічна ситуація, тобто ситуація, за якої сталися негативні зміни у довкіллі, що потребують застосування надзвичайних заходів з боку держави. Негативні зміни у навколишньому природному середовищі – це втрата, виснаження чи знищення окремих природних комплексів та ресурсів унаслідок надмірного забруднення довкілля, руйнівного впливу стихійних сил природи та інших факторів, що обмежують або виключають можливість життєдіяльності людини та провадження господарської діяльності в цих умовах.

Підставами для оголошення окремої місцевості зоною надзвичайної екологічної ситуації є, зокрема: значне перевищення гранично допустимих норм показників якості навколишнього природного середовища, визначених законодавством; виникнення реальної загрози життю та здоров'ю великої кількості людей або заподіяння значної матеріальної шкоди юридичним, фізичним особам або довкіллю внаслідок його надмірного забруднення та інших факторів; значне збільшення рівня захворюваності населення внаслідок негативних змін у природному навколишньому середовищі<sup>58</sup>. Порядок оголошення окремої місцевості України зоною надзвичайної екологічної ситуації регулюється законодавством.

<sup>58</sup> Див., наприклад: Указ Президента України від 10 лютого 2010 року № 145/2010 «Про оголошення територій міста Калуш та сіл Кропивник і Сівка-Калуська Калуського району Івано-Франківської області зоною надзвичайної екологічної ситуації».

**Проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля** (ст. 253 КК). Виробничі й інші господарські об'єкти є основними джерелами негативних фізичних, хімічних і біологічних впливів на довкілля. Відповідно, з метою забезпечення безпеки цих об'єктів законами України – від 25 червня 1991 року «Про охорону навколишнього природного середовища», від 24 лютого 1994 року «Про забезпечення санітарного та епідеміологічного благополуччя населення», від 9 лютого 1995 року «Про екологічну експертизу», іншими законодавчими та підзаконними нормативними актами, включаючи санітарні та будівельні правила й стандарти, встановлюються спеціальні вимоги. Передбачено, зокрема, що при проектуванні, розміщенні, будівництві, введенні в дію нових і реконструкції діючих підприємств, споруд та інших об'єктів, удосконаленні існуючих і впровадженні нових технологічних процесів та устаткування, а також у процесі експлуатації цих об'єктів має забезпечуватися екологічна безпека людей, раціональне використання природних ресурсів, додержання нормативів шкідливих впливів на навколишнє природне середовище<sup>59</sup>.

Підприємства, установи, організації, діяльність яких пов'язана зі шкідливим впливом на навколишнє природне середовище, незалежно від часу введення їх в дію мають бути обладнані спорудами, устаткуванням і пристроями для очищення викидів і скидів або їх знешкодження, зменшення впливу шкідливих факторів, приладами контролю за кількістю і складом забруднювальних речовин та за характеристиками шкідливих факторів. Забороняється введення в дію підприємств, споруд та інших об'єктів, на яких у повному обсязі не забезпечено додержання всіх екологічних вимог і виконання заходів, передбачених у проектах на будівництво чи реконструкцію. Зокрема, прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта забороняється, якщо зі складу пускового комплексу вилучені будівлі і споруди, передбачені для створення безпечних умов життєдіяльності (очищення, знешкодження, уловлювання шкідливих викидів в атмосферу, воду і ґрунт тощо). Забороняється проектування, будівництво та експлуатація полігонів побутових відходів без оснащення системами захисту ґрунтових вод, вилучення та знешкодження біогазу і фільтрату.

**Суспільна небезпека** розглядуваного злочину полягає у посяганні на екологічну безпеку, у створенні передумов для аварій і катастроф, загибелі і масового захворювання населення, інших тяжких наслідків для людини і довкілля.

<sup>59</sup> Комарницький В.М., Шевченко В.І., Єлькін С.В. Екологічне право: Навчальний посібник. – 3-є вид. – К.: Центр навчальної літератури, 2006. – С. 64.

Основний **безпосередній об'єкт** злочину – екологічна безпека в частині встановленого порядку запобігання виникненню надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру. Додатковими об'єктами злочину є здоров'я населення, власність, інші блага.

**Предметом** злочину є: 1) проекти, інша аналогічна документація, в якій відсутні дані про обов'язкові інженерні системи захисту довкілля для споруд, що вводяться в експлуатацію; 2) такі споруди без зазначених систем.

Проект – це документація для будівництва об'єктів архітектури, що складається з креслень, графічних і текстових матеріалів, інженерних і кошторисних розрахунків, які визначають містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні та технологічні рішення, вартісні показники конкретного об'єкта. До іншої аналогічної документації слід відносити, зокрема, архітектурно-планувальні завдання, завдання на проектування, робочу документацію для будівництва.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у: 1) розробці і здачі замовнику проектів, іншої аналогічної документації без обов'язкових інженерних систем захисту довкілля; 2) введенні (прийомі) в експлуатацію споруд без такого захисту, – якщо це створило небезпеку тяжких технологічних аварій або екологічних катастроф, загибелі або масового захворювання населення, інших тяжких наслідків.

При проектуванні й експлуатації об'єктів, діяльність яких може шкідливо впливати на довкілля, мають розроблятися і здійснюватися заходи щодо запобігання аваріям і катастрофам та ліквідації їх шкідливих наслідків. Наприклад, радіаційні, хімічні і вибухонебезпечні підприємства додатково створюють локальні системи виявлення загрози виникнення надзвичайної ситуації та оповіщення персоналу і місцевого населення; запроваджують інженерно-технічні заходи, що зменшують ступінь ризику виникнення аварій, пожеж та вибухів.

Під введенням в експлуатацію слід розуміти процедуру здавання побудованого (реконструйованого) об'єкта виконавцем і прийняття його спеціально уповноваженими особами, яка включає перевірку як документації, так і фактичного стану об'єкта, а також пробний запуск, початок функціонування (застосування)<sup>60</sup>.

Ст. 253 КК передбачає кримінальну відповідальність у разі розробки і здачі відповідної документації без обов'язкових інженерних систем захисту довкілля. До зазначених систем захисту

В.А. Клименко відносить, зокрема, інженерні системи вловлювання, утилізації, знешкодження шкідливих речовин і відходів або повної їх ліквідації, а також системи для виконання інших вимог щодо охорони навколишнього природного середовища і здоров'я людей. Обов'язковість зазначених систем залежить від оцінки впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище і здоров'я людей<sup>61</sup>.

Злочин вважається закінченим з моменту, коли внаслідок неналежного проектування або введення в експлуатацію споруд без систем захисту довкілля створено небезпеку виникнення тяжких технологічних аварій або екологічних катастроф, загибелі або масового захворювання населення, інших тяжких наслідків. Проектування та введення в експлуатацію об'єктів, яке не супроводжувалось створенням зазначеної небезпеки, тягне адміністративну відповідальність (статті 71, 79-1 КпАП).

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це службова або спеціально уповноважена особа, на яку покладено обов'язок розробити і здати замовникові відповідну документацію або прийняти (ввести) в експлуатацію споруду з інженерними системами захисту довкілля (наприклад, голова і члени відповідної державної приймальної комісії, архітектор, керівник проектного інституту, керівник і головний інженер підприємства-замовника).

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умислом або необережністю. При цьому ставлення до наслідків, відповідно до ч. 2 ст. 253 КК, може бути тільки необережним.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 253) є спричинення: 1) тяжкої технологічної аварії; 2) екологічної катастрофи; 3) загибелі або масового захворювання населення; 4) інших тяжких наслідків.

Тяжка технологічна аварія – це велика за масштабами і тяжка за наслідками подія техногенного характеру, що спричинила загибель людей або створює на об'єкті чи окремій території загрозу життю та здоров'ю людей і призводить до руйнування будівель, споруд, обладнання, транспортних засобів, порушення виробничого або транспортного процесу чи завдає істотної шкоди довкіллю. Це можуть бути, наприклад, аварія з викидом сильнодіючих отруйних речовин, радіаційна аварія. Під останньою розуміють подію, внаслідок якої втрачено контроль над ядерною установкою, джерелом іонізуючого випромінювання, і яка призводить або може

<sup>60</sup> Порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів затверджений постановою КМУ від 13 квітня 2011 року № 461.

<sup>61</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко, М.І. Мельник та ін.; За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 3-тє вид., переробл. та допов. – К.: Атіка, 2009. – С. 342.

привести до радіаційного впливу на людей та довкілля, що перевищує допустимі межі, встановлені нормами, правилами і стандартами з безпеки.

Під екологічною катастрофою у ст. 253 КК розуміється надзвичайна подія природного характеру, яка зумовлює виникнення надзвичайної екологічної ситуації. Заслужують на увагу й змістовно розгорнуті визначення понять «тяжка технологічна аварія» та «екологічна катастрофа», запропоновані В.К. Матвійчуком. Під першим вказаний дослідник розуміє викид з вини людини у навколишнє природне середовище певними об'єктами шкідливих речовин у таких обсягах, що виникає загальна небезпека для навколишнього природного середовища, людей і матеріальних утворень. Під екологічною катастрофою пропонується розуміти раптовий викид у навколишнє природне середовище певними об'єктами внаслідок широкомасштабної аварії з вини людини великої кількості шкідливих матеріальних утворень, що призвело до різких або кумулятивних вкрай несприятливих і незворотних перетворень навколишнього природного середовища, погіршення екологічної рівноваги, втрати стійкості ландшафтів, в результаті чого зазначене середовище переходить в інший екологічний стан з меншим, порівняно з вихідним рівнем його складності, речовинним, енергетичним, інформаційним і людським потенціалом<sup>62</sup>. Прикладами екологічної катастрофи можуть бути надзвичайно великі за площами поширення лісові, торф'яні пожежі, катастрофічне затоплення місцевості тощо.

З огляду на те, що населення – це сукупність людей, які проживають на певній території, поняття загибелі населення за своїм змістом в цілому збігається з поняттям загибелі людей. Подібним чином має вирішуватись питання і щодо такого оціночного поняття, як масове захворювання населення – захворювання багатьох осіб, що перебуває у причинному зв'язку із відповідним порушенням екологічного законодавства, передбаченим диспозицією ст. 253 КК. Конкретна кількість людей, захворювання яких можна визнати масовим, визначається з урахуванням усіх фактичних обставин кримінальної справи.

Розмірковуючи над змістом наслідків, передбачених ч. 2 ст. 253 КК, Н.В. Шепелева цілком справедливо припускає, що законодавець міг разом із «загибеллю населення» опосередковано передбачити і такі наслідки як «загибель людей» або «загибель великої кількості людей». Звертаю-

чи увагу на таку неоднозначність змісту поняття «загибель населення», авторка вказує на необхідність офіційного або судового тлумачення шляхом законодавчого закріплення відповідної примітки до ст. 253 КК або включення належного роз'яснення в текст постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля»<sup>63</sup>. Видається, що аналогічним чином повинне розв'язуватись питання і про встановлення змісту суспільно небезпечного наслідку в вигляді масового захворювання населення.

### **10.3. Злочини, що посягають на встановлений порядок використання землі та її надр**

**Забруднення або псування земель** (ст. 239 КК). Ст. 14 Конституції України називає землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. З огляду на виключне значення землі для процесів життєдіяльності людини, є всі підстави вважати, що цей природний ресурс посідає особливе місце серед інших об'єктів довкілля.

Забруднення земель, що становлять собою простір для здійснення людської життєдіяльності, а також базовий ресурс для сільськогосподарського виробництва, спричиняє як виникнення проблем у виробничому процесі, так і погіршення умов проживання людей в цілому, зниження рекреаційної привабливості територій, погіршення здоров'я населення. Серед найбільш поширених негативних явищ, пов'язаних із забрудненням земель, варто назвати: поступове зростання ступеня забрудненості земель унаслідок застосування мінеральних добрив і пестицидів, потрапляння залишків зазначених речовин у підземні води; швидке вичерпання потужностей наявних місць видалення відходів унаслідок поступового збільшення обсягів утворення твердих промислових відходів і стрімкого зростання обсягів утворення твердих побутових відходів, що призводить до потреби використовувати все нові і нові земельні площі для облаштування сховищ або полігонів відходів; забруднення земель та інших компонентів довкілля внаслідок утворення несанкціонованих сміттєзвалищ; забруднення земель нафтопродуктами внаслідок безгосподарності і крадіжок; забруднення земель

<sup>63</sup> Шепелева Н.В. «Загибель населення» як вид злочинних наслідків // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 12. – С. 31. З урахуванням законодавчих змін про судоустрій рекомендаційні роз'яснення з питань застосування кримінального законодавства наразі, як відомо, має давати Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

<sup>62</sup> Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища: проблеми законодавства, теорії та практики : Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2008. – С. 7–8.



вздовж автомобільних доріг тощо. На сьогодні є всі підстави констатувати, що забруднення земель є зростаючою еколого-економічною та правовою проблемою для нашої держави. Наприклад, як свідчать статистичні дані, за рік з полів України вимивається та видувається близько 600 млн. т ґрунту, в т.ч. понад 20 млн. т гумусу<sup>64</sup>.

**Суспільна небезпека** забруднення або псування земель полягає у заповдінні шкоди землі як важливому екологічному фактору, зумовлена порушенням тих функцій, які покликані виконувати землі.

Варто додати, що забруднення або псування земельних ресурсів завдає шкоду і господарським відносинам, пов'язаним із використанням земель в різних сферах господарювання. Такі дії часто обмежують або взагалі унеможливають використання землі за її цільовим призначенням. Так, наприклад, надмірне чи несанкціоноване, або з порушенням технології внесення у ґрунти земель сільськогосподарського призначення мінеральних добрив призводить до гальмування або повного припинення біохімічних процесів у ґрунтах. Наслідком цього є скорочення продуктивності сільськогосподарських угідь чи їх повне вилучення із господарського використання. Крім цього, на забруднених або зіпсованих угіддях неможливе вирощування повноцінного та екологічно чистого врожаю сільськогосподарських культур.

Отже, порушення нормального якісного стану ґрунтового покриву земель у результаті їх забруднення або псування не лише перешкоджає задоволенню екологічних потреб окремих індивідуумів і суспільства в цілому, а і становить пряму загрозу для них.

Основний **безпосередній об'єкт** злочину – встановлений порядок раціонального використання, захисту і відтворення земель як складної екосистеми, тісно пов'язаної з іншими елементами довкілля – надрами, водами, рослинним і тваринним світом тощо. Додатковим об'єктом розглядуваного злочину є життя і здоров'я особи, інші блага.

**Предметом** злочину виступають землі – верхній шар земної поверхні у межах зони аерації, під якою слід розуміти верхню товщу земної кори між її поверхнею і дзеркалом ґрунтових вод. Законодавство про охорону земель розуміє під землями поверхню суші з ґрунтами, корисними копалинами та іншими природними елементами, що органічно поєднані та функціонують разом із нею. На думку Е.М. Жевлакова, земля у вузькому розумінні слова може бути визначена як поверхневий ґрунтовий шар, що виконує екологічні (взаємозв'язок живої та неживої

природи), економічні (як засіб виробництва у промисловості, сільському, лісному господарстві і як просторовий базис), культурно-оздоровчі, рекреаційні та інші функції<sup>65</sup>.

Форма власності і характер володіння землею для кваліфікації за ст. 254 КК значення не мають.

Землі України за основним цільовим призначенням поділяються на землі: а) сільськогосподарського призначення; б) житлової та громадської забудови; в) природно-заповідного та іншого природоохоронного призначення; г) оздоровчого призначення; ґ) рекреаційного призначення; д) історико-культурного призначення; е) лісового фонду; є) водного фонду; ж) промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення (ст. 19 ЗК). Земельні ділянки кожної категорії земель, які не надані у власність або користування громадян чи юридичних осіб, можуть перебувати у запасі. Слід зазначити, що ЗК детально розкриває ознаки поняття «земля». Відповідно, для точної кримінально-правової оцінки вчиненого діяння необхідно звертатись до положень цього законодавчого акту.

Передусім у ст. 239 КК маються на увазі землі, покриті ґрунтом. Ґрунт як найважливіший компонент земель та об'єкт особливої охорони – це природно-історичне органо-мінеральне тіло, що утворилося на поверхні земної кори та є осередком найбільшої концентрації поживних речовин, основою життя та розвитку людства завдяки найціннішій своїй властивості – родючості (здатності постачати рослинам необхідні для їх росту поживні речовини, воду, повітря).

Аналізуючи ознаки предмета злочину, передбаченого ст. 239 КК, А.М. Шульга звертає увагу на те, що в тексті Закону України від 19 червня 2003 року «Про охорону земель» поняття «земля» та «ґрунт» співвідносяться між собою як загальне та окреме. Ґрунти входять до складу земель. При цьому законодавець не конкретизує, до складу яких саме земель входять ґрунти. Із цього названий автор робить висновок, що ґрунтовий покрив земель є складовою земель будь-якої категорії. При цьому логічно припустити, що ґрунтовий покрив земель сільськогосподарського призначення має більш важливе антропогенне значення, ніж покрив земель інших категорій. Відповідно, така диференціація, на думку дослідника, повинна враховуватися судом при призначенні покарання за ст. 239 КК<sup>66</sup>.

На нашу думку, землі з точки зору кваліфікації

<sup>65</sup> Жевлаков Э.Н. Уголовно-правовая охрана окружающей среды в РФ. Ч. 1. – М., 2002. – С. 112.

<sup>66</sup> Шульга А.М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 96.

<sup>64</sup> Пуговица М. Ніж у чорнозем // Урядовий кур'єр. – 2008. – № 211.

вчиненого за ст. 239 КК може покривати не ґрунт, а, наприклад, пісок, щебінь, монолітний камінь<sup>67</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у забрудненні або псуванні земель речовинами, відходами чи іншими матеріалами, шкідливими для життя, здоров'я людей або довкілля, внаслідок порушення спеціальних правил, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля. У складі аналізованого злочину терміни «забруднення» та «псування» одночасно позначають і діяння, і суспільно небезпечні наслідки.

Забруднення земель – це привнесення чи виникнення в зоні аерації одного і більше інгредієнтів (або їх комбінацій), що можуть погіршити продуктивність і якість біоти. Землі вважаються забрудненими, якщо в їх складі виявлені несприятливі кількісні або якісні зміни, що сталися в результаті господарської діяльності або інших антропогенних навантажень, внаслідок проникнення у землі різних забруднюючих речовин. При цьому негативні зміни можуть бути зумовлені не лише появою у ґрунті нових речовин, яких раніше не було, а й збільшенням вмісту речовин, що характерні для складу незабрудненого ґрунту або порівняно з даними агрохімічного паспорта для земель сільськогосподарського призначення, – понад гранично допустиму концентрацію забруднюючих речовин. Під останньою розуміється максимально допустима кількість забруднюючих речовин у ґрунтах, яка не зумовлює негативних екологічних наслідків для їх родючості, загального стану довкілля, якості сільськогосподарської продукції та здоров'я людей. Такі нормативи як гранично допустимі концентрації становлять собою табличні дані, які вміщують цифрові показники граничної допустимості тієї чи іншої речовини (фтору, свинцю, міді, нітратів тощо) в одиниці ґрунту (тонні чи кілограмі).

*Вироком Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 367 і ч. 1 ст. 239 КК, було засуджено директора Першотравенського міського житлово-комунального підприємства С. Суд установив, що в період з 28 жовтня по 8 грудня 2009 р. С., будучи службовою особою і неналежним чином виконуючи свої службові обов'язки через несумлінне ставлення до них, у порушення вимог ст. 17 Закону України «Про відходи» від 5 березня 1998 р., ст. 35 Закону України «Про охорону земель» від 19 червня 2003 р. і ст. 55 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р., дав вказівку*

<sup>67</sup> У зв'язку з цим навряд чи можна погодитись з А.М. Шульгою, на думку якого безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 239 КК, необхідно визнавати нормальний природний якісний стан ґрунтового покриву земель (Шульга А.М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 92).

*підлеглому працівнику підприємства – начальнику автотранспортного цеху, провести роботи з розміщення та складування продуктів згоряння – шлаку на території земельної ділянки Петропавлівської селищної ради. При цьому документи, що посвідчують право власності чи право постійного користування земельною ділянкою, а також спеціальний дозвіл на розміщення відходів були відсутні. Внаслідок цього земельна ділянка загальною площею понад 1 га була забруднена продуктами згоряння – шлаком, що призвело до заподіяння істотної шкоди державним інтересам в особі Петропавлівської селищної ради у сумі 234516,27 грн., що створило небезпеку для довкілля<sup>68</sup>.*

Види забруднення земель можуть бути різними – хімічне, радіоактивне, бактеріальне тощо. Поняттям забруднення земель слід охоплювати їх отруєння, тобто насичення ґрунтів токсичними речовинами, внаслідок чого земля перетворюється на фактор небезпеки для людини, флори і фауни.

Факти забруднення земель встановлюються інспекторами Державної екологічної інспекції України, службовими особами спеціально уповноважених органів інших органів виконавчої влади, яким надані права державних інспекторів, і оформлюються відповідним протоколом.

Псування земель – це така зміна фізичних, біологічних та інших властивостей і характеристик земель, яка зумовлює непридатність використання їх за цільовим призначенням, або потребує спеціальних обмежень (включаючи консервацію). Зниження природно-господарської цінності земель може проявлятися, наприклад, у знищенні або порушенні родючого шару ґрунту, у порушенні структури ґрунту, у знищенні корисної для певного ґрунту фауни, у засміченні або засоленні ґрунту, його деградації.

Розглядуваний злочин має місце лише у разі, коли забруднення або псування земель сталося внаслідок порушення спеціальних правил поводження із зазначеними вище речовинами, відходами чи іншими матеріалами, які у такому разі виступають засобом вчинення посягання. Тривале зниження або втрата родючості земель, виведення їх із сільськогосподарського обороту, змивання гумусного шару, порушення структури ґрунту, яке стало результатом безгосподарського використання земель (наприклад, це стосується порушення правил рекультивативної земель, їх затоплення, знищення родючого шару ґрунту транспортними засобами), має кваліфікуватись за ст. 254 КК.

Вказівка у диспозиції ч. 1 ст. 239 КК на пору-

<sup>68</sup> Архів Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області. Справа № 1-135 за 2010 р.

шення саме спеціальних правил як підставу притягнення порушника до кримінальної відповідальності вказує на чітко виражений бланкетний характер цієї заборони<sup>69</sup>. Зокрема, нормативну основу земельних правовідносин на сьогодні складають ЗК, Закони України – від 2 березня 1995 року «Про пестициди і агрохімікати», від 14 січня 2000 року «Про меліорацію», від 5 березня 1998 року «Про відходи», від 19 червня 2003 року «Про охорону земель», від 19 червня 2003 року «Про державний контроль за використанням та охороною земель», а також низка підзаконних нормативних актів, серед яких: Положення про порядок ведення державного земельного кадастру, затверджене постановою КМУ від 12 січня 1993 року № 15; Положення про моніторинг земель, затверджене постановою КМУ від 20 серпня 1993 року № 661; Порядок одержання дозволу на виробництво, зберігання, транспортування, використання, захоронення, знищення та утилізацію отруйних речовин, у т.ч. продуктів біотехнології та інших біологічних агентів, затверджений постановою КМУ від 20 червня 1995 року № 440. Відповідно, правильність кваліфікації дій, що полягають у забрудненні чи псуванні земель, перебуває у прямій залежності від правильного розуміння і застосування положень регулятивного (земельного) законодавства.

Порядок розрахунку розмірів відшкодування шкоди суб'єктами господарювання та фізичними особами в процесі їх діяльності через забруднення земель хімічними речовинами, їх засмічення промисловими, побутовими та іншими відходами визначається Методикою визначення розмірів шкоди, зумовленої забрудненням і засміченням земельних ресурсів через порушення природоохоронного законодавства, затвердженою наказом Міністерства навколишнього природного середовища України від 27 жовтня 1997 року № 171 (в редакції наказу від 4 квітня 2007 року № 149).

Відходами визнаються будь-які речовини, матеріали і предмети, що утворюються у процесі людської діяльності і не мають подальшого використання за місцем утворення чи виявлення та яких їх власник позбувається, має намір або повинен позбутися шляхом утилізації чи видалення (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про відходи»). Відповідно до ст.ст. 17, 21 зазначеного Закону суб'єкти господарської діяльності у сфері поводження з відходами зобов'язані не допускати зберігання та видалення відходів у несанкціонованих міс-

цях чи об'єктах. Відповідно до Державних санітарних норм 2.2.7.029-99 – «Гігієнічні вимоги щодо поводження з промисловими відходами та визначення їх класу небезпеки для здоров'я населення» промисловий майданчик для тимчасового зберігання відходів повинен бути покритий неруйнівним та непроникним для токсичних речовин матеріалом з автономним зливовідводом і нахилом у бік очисних споруд.

*Перебуваючи на посаді голови Реутинської сільської ради, Р. від імені сільської ради без погодження з останньою уклав із ТОВ «Брейн Бай Холдінг Шляхбуд» угоду про надання спонсорської допомоги у постачанні битих дорожніх плит для ремонту доріг сільської ради. Після цього Р., діючи умисно, одноособово, без прийняття радою та виконкомом рішень про надання дозволу на розробку та погодження проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки для розміщення відходів, його погодження із землекористувачем, відповідними органами державної влади, затвердження лімітів на утворення і розміщення відходів, самостійно визначив земельну ділянку для незаконного розміщення зазначених будівельних відходів, розташовану на землях сільської ради. Згодом Р. надав дозвіл вказаному ТОВ на розміщення на цій ділянці будівельних відходів. Унаслідок незаконного розміщення будівельних відходів, які вивозились працівниками ТОВ протягом серпня-вересня 2007 року, на площі 0,43 га утворилось несанкціоноване звалище відходів, що відповідно до висновку судово-екологічної експертизи призвело до псування земель та заподіяло навколишньому природному середовищу матеріальну шкоду у розмірі 994 762 грн. Псування земель стало наслідком перевищення влади з боку Р., тобто умисного вчинення службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих йому повноважень, недодержання ним вимог екологічного законодавства України при поводженні з відходами. Кролевецький районний суд Сумської області визнав Р. винним у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 239 та ч. 3 ст. 365 КК<sup>70</sup>.*

До шкідливих речовин і матеріалів у контексті кваліфікації за ст. 239 КК потрібно відносити, зокрема, неочищені і незнешкоджені стічні води, покидьки, нафту і нафтопродукти, солі важких металів та інші небезпечні хімічні речовини, штами-продуценти і продукти біотехнології. Унаслідок порушення спеціальних правил землі можуть бути забруднені понад встановлені норми пестицидами (токсичні речовини, їх сполуки або суміші хімічного чи біологічного походження, призначені для знищення, регуляції та припинення розвитку шкідливих організмів, а також

<sup>69</sup> А.М. Шульга з цього приводу слушно зауважує, що вказані в диспозиції ст. 239 КК спеціальні правила не є кримінально-правовим поняттям; вказівка на спеціальні правила лише конкретизує зміст кримінально-правового порушення (Шульга А.М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування: Дис. .... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 109).

<sup>70</sup> Архів Кролевецького районного суду Сумської області. Справа № 1-75 за 2008 р.



гризунів, бур'янів тощо) або агрохімікатами (органічні, мінеральні і бактеріальні добрива, хімічні меліоранти, регулятори росту рослин та інші речовини, що застосовуються для підвищення родючості ґрунтів та урожайності культур тощо).

Порушення спеціальних правил, що спричиняє забруднення або псування земель, може бути вчинене шляхом дії або бездіяльності. Наприклад, зберігання та видалення відходів повинно здійснюватись у місцях, визначених органами місцевого самоврядування, за наявності спеціальних дозволів, у яких визначено обсяги відходів відповідно до встановлених лімітів та умови їх зберігання. У зв'язку з цим самовільне захоронення (складування) промислових, побутових та інших відходів на землях утворює склад цього злочину. Забруднення земель може стати наслідком скидів шкідливих речовин і матеріалів у різних аварійних ситуаціях (прорив очисних споруд, транспортних трубопроводів, ємкостей різного призначення тощо).

Вироком Охтирського міськрайонного суду Сумської області А. було визнано винним у службовій недбалості і забрудненні земель. А., працюючи на посаді начальника відділу екологічної та радіаційної безпеки НГВУ «Охтирканазфтогаз» ВАТ «Укрнафта», здійснював організаційно-розпорядчі функції, тобто був службовою особою. На території Качанівського родовища НГВУ «Охтирканазфтогаз» ВАТ «Укрнафта» для видалення відходів використовувався шламонакопичувач, експлуатацію якого в 2003 р. було зупинено рішенням держуправління екоресурсів у Сумській області, оскільки під час перевірки дотримання вимог природоохоронного законодавства НГВУ «Охтирканазфтогаз» було встановлено, що експлуатація шламонакопичувача здійснювалася з порушенням вимог чинного законодавства. За наслідками вказаної перевірки головним державним інспектором з охорони навколишнього природного середовища в Сумській області було винесено рішення про тимчасову заборону (зупинення) діяльності по експлуатації шламонакопичувача ЦППН Качанівського родовища НГВУ «Охтирканазфтогаз» ВАТ «Укрнафта», яким було передбачено, зокрема, ряд вимог для усунення порушень. Протягом лютого-квітня 2006 р. обвалування шламонакопичувача було зруйновано, що спричинило розливи нафтошлему на прилеглу до шламонакопичувача територію. Суд установив, що підсудний А., який повинен був виявляти джерела забруднення навколишнього середовища в НГВУ «Охтирканазфтогаз» та розробляти заходи по їх ліквідації, а також контролювати їх виконання, діючи зі злочинною недбалістю, яка виявилася у недбалому ставленні до своїх службових

обов'язків, бажаючи створити видимість їх належного виконання, неналежним чином виконував свої службові обов'язки, не виконував рішення про тимчасову заборону використання шламонакопичувача та не вживав жодних заходів щодо усунення виявлених порушень. За результатами планової перевірки вимог природоохоронного законодавства НГВУ «Охтирканазфтогаз» ВАТ «Укрнафта» було встановлено, що шламонакопичувач перебуває в незадовільному стані, обвалування шламонакопичувача зруйновано і нафтошлему безконтрольно розлилися на прилеглу територію та забруднили земельну ділянку площею понад 5 тис. кв. м. Унаслідок вказаної злочинної недбалості підсудного відбулося забруднення земель шкідливими для життя, здоров'я людей та довкілля відходами. Відповідно до висновку екологічної експертизи, розмір шкоди, заподіяної забрудненням земельних ресурсів нафтошлему на території, яка прилягає до шламонакопичувача цеху перекачки і підготовки нафти Качанівського родовища НГВУ «Охтирканазфтогаз», склала 946 тис. 920 грн.

Суд зробив висновок, що А. є винним у вчиненні службової недбалості, тобто невиконанні або неналежному виконанні службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них, що заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом державним інтересам та спричинило тяжкі наслідки, що підпадає під ознаки ч. 2 ст. 367 КК. Крім того, суд визнав А. винним у вчиненні забруднення або псування земель речовинами, відходами чи іншими матеріалами, шкідливими для життя, здоров'я людей або довкілля, унаслідок порушення спеціальних правил, що спричинило тяжкі наслідки. Відповідно, дії А. у цій частині було кваліфіковано за ч. 2 ст. 239 КК<sup>71</sup>.

У цілому погоджуючись з юридичною оцінкою суду бездіяльності А., водночас зауважимо, що у резолютивній частині вироку не були чітко визначені форми скоєння відповідних злочинів, їх конкретні наслідки, а також не було конкретизовано, вимоги яких саме нормативних актів порушив А. Така неконкретизованість видається неприпустимою з точки зору усталених правил кваліфікації злочинів, передбачених нормами КК із бланкетними диспозиціями.

Невиконання або неналежне виконання при застосуванні пестицидів і агрохімікатів комплексу заходів, згідно з встановленими для певної ґрунтово-кліматичної зони регламентами, що спричинило забруднення ґрунтів, має кваліфікуватися за ст. 239 КК.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 239 КК,

<sup>71</sup> Архів Охтирського міськрайонного суду Сумської області. Справа № 1-208/07 за 2007 р.

визнається закінченим з моменту, коли забруднення або псування земель створило небезпеку для життя, здоров'я людей або для довкілля. Загроза заподіяння шкоди має бути реальною, очевидною, а негативні наслідки (загибель хоча б однієї людини або зараження її епідемічним чи інфекційним захворюванням, зниження тривалості життя або імунного захисту людей, відхилення у розвитку людей тощо) не настають лише завдяки своєчасно вжитим заходам або в силу інших обставин, які не залежать від волі винної особи. Наприклад, серйозний розлад здоров'я людини здатне викликати вживання сільськогосподарської продукції, вирощеної на земельних ділянках, забруднених токсичними речовинами. Створення вказаної небезпеки слід розглядати як своєрідний різновид суспільно небезпечних наслідків, які, хоч і тісно пов'язані з діями, однак мають самостійний характер.

Якщо факт вчинення суспільно небезпечного діяння, пов'язаного з порушенням відповідних правил, що спричинило забруднення або псування певної земельної ділянки можна довести, то створення зазначеної небезпеки як різновид суспільно небезпечних наслідків довести інколи досить непросто. Це підтверджує такий приклад.

*Віньковецький районний суд Хмельницької області не встановив у поведінці Д. ознак складів злочинів, передбачених ч. 1 ст. 239, ч. 1 ст. 367 КК. Д. обвинувачувався у тому, що, обіймаючи посаду голови сільськогосподарського виробничого кооперативу і неналежно виконуючи свої службові обов'язки через несумлінне ставлення до них, у період з березня 2004 р. по червень 2006 р. дозволяв нагромаджувати та зберігати гнійну рідину з ферм кооперативу на землях, виділених під розпашування. Це, на думку органу досудового слідства, призвело до забруднення 3655 м<sup>2</sup> земель сільськогосподарського призначення, заподіяло істотну шкоду навколишньому природному середовищу на суму 30 726 грн. та створило небезпеку для довкілля та здоров'я людей унаслідок попадання гною в криниці жителів с. Женишківці і річку «Рів».*

Водночас, як зазначив суд, допитаний у судовому засіданні державний інспектор з охорони навколишнього природного середовища не зміг представити суду розрахунки площі та об'єму гноївки на вказаній земельній ділянці. Крім того, відповідно до проведених лабораторних досліджень вода індивідуальних криниць громадян у с. Женишківці за санітарно-хімічними показниками відповідає вимогам санітарних правил, а за вмістом бактерій групи кишкової палички виявлені відхилення від встановлених норм, що свідчить про бактеріальне забруднення води. Однак суд не знайшов будь-яких доказів

того, що таке відхилення води від норми сталося внаслідок забруднення земельної ділянки гноем.

З огляду на наявність у диспозиції ч. 1 ст. 239 КК вказівки на створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля, суд вказав на відсутність у кримінальній справі будь-яких висновків спеціалістів про те, що забруднення земельної ділянки гноївкою вплинуло на навколишнє середовище таким чином, що це створило загрозу для здоров'я людей або загрозу настання інших наслідків на кшталт загибелі тварин, рослин, деградації земель, зміни клімату тощо<sup>72</sup>.

Одним із способів вирішення проблеми, яка полягає у складності встановлення факту існування небезпеки настання наслідків забруднення, може бути призначення судово-екологічної експертизи, адже слідчий зобов'язаний використовувати всі наявні і дозволені законом прийоми для досягнення процесуальної мети<sup>73</sup>.

За відсутності реальної загрози заподіяння шкоди охоронюваним соціальним цінностям внаслідок порушення спеціальних правил, вчинене має тягнути адміністративну відповідальність (ст. 52 КпАП). Порушення вимог земельного законодавства також може розцінюватись як цивільно-правовий делікт.

**Суб'єкт** злочину є спеціальним. Це особа, на яку покладено обов'язок виконання спеціальних правил щодо запобігання забрудненню і псуванню земель. Тому, наприклад, не може нести відповідальність за ст. 239 КК особа, яка під час весняного паводку не очистила каналізаційну систему будинку, що призвело до забруднення приватної земельної ділянки. А.М. Шульга вказує, що суб'єктом розглядуваного злочину є лише особа, яка порушує спеціальні правила, якими охороняється нормальний якісний стан ґрунтового покриву земель. Відповідна нормативна заборона стосується не всіх осіб, а тільки тих, хто має безпосереднє відношення до шкідливих для людей або довкілля речовин, відходів чи інших матеріалів. При цьому, вважає дослідник, зазначений суб'єкт наділений факультативною ознакою, яку у складі злочину, передбаченого ст. 239 КК, законодавець «перетворив» в обов'язкову<sup>74</sup>.

Суб'єктами аналізованого злочину повинні визнаватись, зокрема, службові особи органів місцевого самоврядування, які виносять або сприяють прийняттю завідомо неправомірних

<sup>72</sup> Архів Віньковецького районного суду Хмельницької області. Справа № 1-62 за 2007 р.

<sup>73</sup> Шульга А.М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування: Дис. .... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 28.

<sup>74</sup> Шульга А.М. Вказана праця. – С. 149.



рішень про розміщення сміттєзвалищ у межах відповідних територіальних одиниць.

Так, вироком Рахівського районного суду Закарпатської області Н. було засуджено за забруднення земель речовинами, шкідливими для життя, здоров'я людей та довкілля, що спричинило тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 239 КК), і перевищення влади та службових повноважень, що спричинило тяжкі наслідки (ч. 3 ст. 365 КК). Підсудна, обіймаючи посаду голови Чорнотисянської сільської ради Рахівського району Закарпатської області, внесла до порядку денного чергової сесії сільської ради питання щодо відведення земельної ділянки для розміщення сміттєзвалища в урочищі «Луги» в с. Чорна Тиса площею 0,14 га. Будучи обізнаною про те, що ця земельна ділянка є сільськогосподарськими угіддями сільської ради, Н. не проінформувала належним чином депутатів сільської ради. Рішенням сесії сільської ради було надано дозвіл на підготовку матеріалів попереднього погодження розташування сміттєзвалища на вказаній території. Також Н. у порушення вимог законодавства внесла до порядку денного сесії сільської ради питання про затвердження проекту відведення земельної ділянки для сміттєзвалища без надання дозволу на розробку проекту відведення земельної ділянки та його подальшого затвердження, без винесення меж в натурі й оформлення права на користування земельною ділянкою, розрахунку, затвердження та сплати втрат сільськогосподарського виробництва у зв'язку із вилученням сільськогосподарських угідь. Після прийняття вказаних рішень сесією сільської ради Н. у період із 4 вересня 1999 р. по 9 квітня 2002 р. надавала можливість окремим особам розміщувати побутові відходи на сільськогосподарських угіддях площею 0,14 га. Крім порушення вимог існуючих санітарних норм, такі дії призвели до погіршення агрохімічного складу угідь, що підтверджується висновком судово-токсикологічної експертизи. Відповідно до проведених розрахунків розмір шкоди, заподіяної внаслідок засмічення земель Чорнотисянської сільської ради Рахівського району, склав 3 074 217 грн.<sup>75</sup>

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною або необережною формою вини. При цьому слід враховувати, що забруднення або псування земель, якщо умисел винного був спрямований на спричинення загибелі людей, їх масового захворювання або інших тяжких наслідків, може розцінюватися як екоцид або як злочин проти національної безпеки України чи проти життя і здоров'я особи. Психічне ставлення винного до тяжких наслідків

(ч. 2 ст. 239 КК) може характеризуватися тільки необережністю.

**Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель** (ст. 239-1 КК). Земельний фонд нашої держави по праву може вважатися одним із найкращих у світі. Зокрема, приблизно 44% території України (близько 6% світових запасів) займають чорноземи – ґрунти, що утворюються в умовах помірковано континентального і континентального вологого або посушливого клімату під степною рослинністю на багатій на вапно породі – лесі. Чорноземні ґрунти при правильній обробці дають найбільший врожай всіх сільськогосподарських культур. Масштабне злочинне вивезення чорноземів німецькими загарбниками з Полтавської, Київської, Кіровоградської областей під час Другої світової війни є яскравим історичним підтвердженням зазначеного<sup>76</sup>. Відповідно, такий ціннісний національний ресурс, як земля, повинен підлягати належній правовій охороні та контролюваному обігу.

Відповідно до ст. 35 Закону України від 19 червня 2003 р. «Про охорону земель» власники і землекористувачі, в т.ч. орендарі, земельних ділянок при здійсненні господарської діяльності зобов'язані, зокрема: проводити на земельних ділянках господарську діяльність способами, які не завдають шкідливого впливу на стан земель та родючість ґрунтів; підвищувати родючість ґрунтів та зберігати інші корисні властивості землі на основі застосування екологічнобезпечних технологій обробітку і техніки, здійснення інших заходів, які зменшують негативний вплив на ґрунти, запобігають безповоротній втраті гумусу, поживних елементів тощо; дотримуватися стандартів, нормативів при здійсненні протиерозійних, агротехнічних, агрохімічних, меліоративних та інших заходів, пов'язаних з охороною земель, збереженням і підвищенням родючості ґрунтів. Ці та чимало інших положень земельного законодавства вимагають від суб'єктів землекористування не лише дбати про збереження належного стану ґрунтів, а й покращувати його за допомогою відповідних заходів.

Ст. 53 Закону України «Про охорону земель» прямо забороняє вивезення ґрунтової маси за межі території України, крім зразків для проведення наукових досліджень. Отже, прагнення нашої держави захистити належний стан ґрунтового покриву земель за допомогою юридичних засобів, у т.ч. кримінально-правових, є цілком логічним і виправданим.

<sup>75</sup> Архів Рахівського районного суду Закарпатської області. Справа № 1-10 за 2010 р.

<sup>76</sup> Україна у Другій світовій війні: формування національної пам'яті українського народу. Матеріали круглого столу. Київ, 2009. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: <http://www.memory.gov.ua>



За своїм змістом суспільна небезпека, безпосередній **об'єкт** і, зокрема, **предмет** розглядуваного злочину аналогічні відповідним ознакам складу злочину, передбаченого ст. 239 КК, які висвітлені вище. При цьому слід враховувати наступне.

Ґрунтовий покрив земель – це поверхневий шар ґрунту, який характеризується родючістю. Сформований на поверхні земної кори внаслідок природних процесів і діяльності людини, ґрунтовий покрив у поєднанні із землею, на якій він розташований, функціонує як природний об'єкт, засіб виробництва та операційний базис для різних видів суспільної діяльності<sup>77</sup>. Від ґрунтового покриття слід відрізняти ґрунтову масу – знятий (відокремлений від земельної ділянки як материнської основи) родючий шар ґрунту.

Незаконне заволодіння ґрунтовим шаром земель водного фонду кваліфікується за ст. 239-2 КК (аналізуватиметься нижче).

**Об'єктивна сторона** аналізованого злочину полягає у незаконному заволодінні ґрунтовим покривом земель, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля. З'ясовуючи зміст законодавчого формулювання «незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель», слід враховувати, що самовільне зайняття земельної ділянки утворює склад злочину проти власності (ст. 197-1 КК аналізується у главі підручника, присвяченій аналізу злочинів проти власності). Фактично під незаконним заволодінням ґрунтовим покривом треба розуміти зняття та перенесення родючого шару ґрунту земельної ділянки, вчинене всупереч встановленому порядку. Якщо незаконне заволодіння ґрунтовим покривом за умов, вказаних у ст. 239-1 КК, поєднується із самовільним зайняттям земельної ділянки, передбаченим ст. 197-1 КК, вчинене потребує кваліфікації за сукупністю цих злочинів.

У випадку, якщо незаконне заволодіння ґрунтовим покривом поєднується із застосуванням фізичного насильства щодо власника земельної ділянки (землекористувача), вчинене потребує додаткової кваліфікації на підставі норм КК про відповідальність за злочини проти особи.

Слід зауважити, що за чинної редакції ст. 239-1 КК точне визначення ознак об'єктивної сторони передбаченого нею злочинного посягання є доволі проблематичним, що, у свою чергу, здатне

<sup>77</sup> Ґрунти посідають особливе місце серед природних ресурсів. Взаємодіючи з іншими природними компонентами (повітрям, водою, мінеральними та органічними речовинами тощо), ґрунти створюють так звану зону життя, яка є наслідком їх природної родючості (Гавриш Н.С. Відповідальність за забруднення та засмічення ґрунтів в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – С. 4).

унеможливити застосування цієї кримінально-правової заборони на практиці. Тим більше, що таке порушення, як «заволодіння ґрунтовим покривом» прямо не випливає з положень ст. ст. 168, ЗК. При цьому цілком очевидно, що диспозиція розглядуваної кримінально-правової норми, враховуючи її бланкетний характер, повинна у першу чергу ґрунтуватись на положеннях ЗК.

Заволодіння ґрунтовим покривом земель тягне кримінальну відповідальність, якщо воно було незаконним. Порядок зняття та перенесення ґрунтового покриття (родючого шару ґрунту) земельних ділянок регулюється законодавством. Зокрема, відповідно до п.п. 3.1. Порядку видачі та анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриття (родючого шару ґрунту) земельних ділянок, затвердженого наказом Державного комітету України по земельних ресурсах від 4 січня 2005 року № 1, власники земельних ділянок та землекористувачі, які проводять гірничодобувні, геологорозвідувальні, будівельні та інші роботи, зобов'язані отримати дозвіл на зняття та перенесення ґрунтового покриття (родючого шару ґрунту) земельної ділянки, якщо це призводить до порушення поверхневого (родючого) шару ґрунту. Спеціальний дозвіл на зняття та перенесення ґрунтового покриття (родючого шару ґрунту) земельних ділянок – це офіційний документ, який видається на підставі затвердженого в установленому законом порядку проекту землеустрою і дає право власнику земельної ділянки чи землекористувачу на зняття та перенесення ґрунтового покриття (родючого шару ґрунту) земельної ділянки (п. 2 Порядку). Якщо дозвіл у встановленому порядку анульовано<sup>78</sup>, заволодіння ґрунтовим покривом земель також треба визнавати незаконним.

Спеціальний дозвіл не вимагається у випадках, якщо переміщення ґрунтового покриття (родючого шару ґрунту) здійснюється в межах однієї й тієї самої земельної ділянки, що надана для ведення особистого селянського господарства, ведення садівництва, будівництва і обслуговування житлового будинку, господарських будівель і споруд (присадибна ділянка), індивідуального дачного будівництва та будівництва індивідуальних гаражів.

Заволодіння ґрунтовим покривом, вчинене особою, яка не є власником чи користувачем

<sup>78</sup> Зазначений вище Порядок до підстав анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриття відносить, зокрема: невиконання умов зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту чи порядку проведення рекультиваци порушених земель, визначених у проекті землеустрою; використання земельної ділянки способами, які суперечать екологічним вимогам, якщо це призводить до забруднення чи засмічення земель, погіршення чи втрати родючості ґрунтів.

земельної ділянки, вважається незаконним.

У юридичній літературі висловлена думка про те, що заволодіння ґрунтовим покривом має визнаватись незаконним і в тому разі, коли власники земельних ділянок (землекористувачі) здійснюють зняття і перенесення поверхневого шару земель із порушенням вимог виданих їм дозволів<sup>79</sup>. Видається однак, що вказану протиправну поведінку немає достатніх підстав розцінювати саме як незаконне заволодіння ґрунтовим покривом земель, як цього вимагає чинний кримінальний закон. Невиконання умов зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту, допущене особами, які отримали належні дозволи, має визнаватись не злочином, а адміністративним проступком (ст. 53-3 КпАП).

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 239-1 КК визнається закінченим з моменту створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи для довкілля. Якщо такої небезпеки не створено, вчинене має розцінюватись як той чи інший адміністративний проступок (статті 53-3, 53-4 КпАП).

Якщо незаконне заволодіння ґрунтовим покривом поєднується із вчиненням дій, спрямованих на отримання можливості розпорядження або користування майном у вигляді знятого покриву земельної ділянки (перенесення такого покриву на іншу земельну ділянку, у певне сховище, перевезення транспортним засобом тощо), вчинене має кваліфікуватись не лише за ст. 239-1, а й за відповідними нормами КК про злочини проти власності, зокрема, за ст. 185 або ст. 186 КК<sup>80</sup>.

**Суб'єкт** злочину – загальний.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умислом.

Однією з **кваліфікуючих ознак** розгляданого злочину (ч. 2 ст. 239-1 КК) є заподіяння матеріальної шкоди у великому розмірі – якщо її розмір у сто або більше разів перевищує Н.М.Д.Г. (про це йдеться у примітці до ст. 239-1 КК).

Визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок зняття ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу, регламентується спеціальною урядовою методикою<sup>81</sup>. При цьому відповідний розмір шкоди

<sup>79</sup> Берзін П.С. Проблеми розмежування незаконного заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель від злочинів проти власності // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозиуму, 23-24 вересня 2011 р. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 44.

<sup>80</sup> Берзін П.С. Указана праця. – С. 47-48.

<sup>81</sup> Методика визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок

самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття

визначається за спеціальною формулою з урахуванням таких показників: площа, на якій виявлено незаконне зняття ґрунтового покриву; нормативні втрати від знищення ґрунтового покриву; коефіцієнт індексації нормативної грошової оцінки земель.

Серед **особливо кваліфікуючих ознак** злочину (ч. 3 ст. 239-1 КК) окремо слід назвати вчинення його шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом. Під вибухом звичайно розуміють процес вивільнення великої кількості енергії в обмеженому об'ємі за короткий проміжок часу. Розрізняють різні види вибухів: хімічний (моментальне згоряння газів, пилу, волокнуподібних, вибухових та інших речовин); ядерний (виділення енергії елементарних речовин при їх поділі або синтезі); електричний (потужні електричні розряди); тепловий (виділення енергії перегрітої пари); кінетичний (виділення енергії при зіткненні предметів); пружного стиснення (наприклад, балонів із стисненим газом). Підпал – це свідоме застосування джерела вогню до певних об'єктів.

На перший погляд, такі кваліфікуючі ознаки незаконного заволодіння ґрунтовим покривом земель, як підпал, вибух чи інший загальнонебезпечний спосіб, суперечать змісту об'єктивної сторони аналізованого злочину. Разом з тим такі способи злочинного заволодіння ґрунтовим покривом, вочевидь, виключатись не повинні. «Це можливе, зокрема, у випадках, коли особа, вчиняючи вибух, ініціює таким чином зсув ґрунтового покриву для його подальшого вивезення за межі такої ділянки і використання для власних потреб... або коли така особа для підвищення ефективності використання спеціальних засобів зняття родючого шару ґрунту в процесі використання таких засобів спалює чи затоплює різні об'єкти нерухомості, що знаходяться на та під поверхнею ділянки (гідротехнічні споруди, тунелі, підземні сховища тощо)... або отруєє об'єкти рослинного світу, що знаходяться в межах земельної ділянки»<sup>82</sup>.

**Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах** (ст. 239-2 КК). Землі водного фонду за умов економічного розвитку сучасної України мають неабиякий

ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу, затверджена постановою КМУ від 25 липня 2007 року № 963, а Методичні рекомендації щодо застосування цієї Методики – наказом Державного комітету України по земельних ресурсах та Державної інспекції з контролю за використанням та охороною земель від 12 вересня 2007 р. № 110.

<sup>82</sup> Берзін П., Мірошніченко А. Про законодавчі потуги вирішувати уявні проблеми в кримінальному праві // Юридичний вісник України. – 16 – 22 червня 2012 р. – № 24.

потенціал для розвитку. Наприклад, одна лише прибережна смуга Азовського і Чорного морів у межах України займає 2870 км, має виняткову рекреаційну цінність, відрізняється підвищеною щільністю населення і динамічним економічним розвитком<sup>83</sup>. Відповідно до положень Морської доктрини України до 2035 р., затвердженої постановою КМУ від 7 жовтня 2009 року № 1307, державна підтримка та розвиток морегосподарської діяльності здійснюватимуться в т.ч. шляхом встановлення та винесення в натуру прибережної захисної смуги вздовж морів, лиманів, річок та встановлення контролю за їх обмеженим використанням (заборона будівництва будь-яких об'єктів, крім прямо передбачених законом, заборона приватизації тощо). Зазначене вказує на існування нагальної потреби в створенні досконалої нормативної бази, яка дозволить ефективно регулювати суспільні відносини, пов'язані з раціональним використанням, розвитком, збереженням та охороною земель водного фонду.

Відповідно до ч. 1 ст. 18 ЗК до земель України належать усі землі в межах її території, в т.ч. острови та землі, зайняті водними об'єктами. Однією з категорій земель, визначених ст. 19 ЗК, є землі водного фонду. Взагалі правовий режим користування водними об'єктами слід розглядати в комплексі з правовим режимом земель водного фонду, які разом можна назвати водно-земельними відносинами, що виступають єдиним об'єктом правового регулювання. Ці відносини регулюються, зокрема, ВК, ЗК, законами України – «Про охорону навколишнього середовища» від 25 червня 1991 року, «Про охорону земель» від 19 червня 2003 року, нормативно-правовими актами уряду та актами інших органів державної влади, рішеннями органів місцевого самоврядування.

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 239-2 КК, полягає у заподіянні шкоди землям водного фонду, що призводить до істотного порушення їх структури, погіршення корисних властивостей та зниження економічної цінності.

**Безпосередній об'єкт** злочину – встановлений порядок використання і захисту земель водного фонду. Незаконне заволодіння поверхневим шаром земель водного фонду зменшує пропускну здатність річок та інших водних об'єктів, що викликає загрозу повеней та інших тяжких наслідків, а в більш глобальному аспекті здатне призвести до істотної зміни екологічного балансу на відповідній території, деградації навколишнього природного середовища.

<sup>83</sup> Коваленко М. Про правовий режим прибережних смуг приморських міст України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: <http://www.minjust.gov.ua/0/4307>

**Предмет** злочину – поверхневий (ґрунтовий) шар земель водного фонду. Згідно зі ст. 58 ЗК до земель водного фонду належать землі, зайняті: 1) морями, річками, озерами, водосховищами, іншими водними об'єктами, болотами, а також островами, які не зайняті лісами; 2) прибережними захисними смугами вздовж морів, річок і навколо водойм, крім земель, зайнятих лісами; 3) гідротехнічними, іншими водогосподарськими спорудами і каналами, а також землі, виділені під смуги відведення для них; 4) береговими смугами водних шляхів. Глава 12 ЗК регулює основні положення щодо використання та збереження земель водного фонду.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у незаконному заволодінні поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду в особливо великих розмірах.

На думку парламентських експертів, встановлення кримінальної відповідальності за порушення правил користування лише землями водного фонду шляхом доповнення КК аналізованою статтею призводить до невиправданої казуїстичності кримінального закону<sup>84</sup>. Дійсно, незважаючи на суттєве розширення кола кримінально-правових заборон, покликаних охороняти земельні відносини, якість їх законодавчого опису залишається досить низькою, що, вочевидь, вимагатиме внесення до КК серйозних змін у недалекому майбутньому<sup>85</sup>.

З урахуванням історичного і системного тлумачення закону під заволодінням поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду можна розуміти, зокрема, штучне створення земельної ділянки, в т.ч. шляхом наміву ґрунту за допомогою земснарядів та іншої техніки (так звані гідронамиви), вчинення інших дій із зміни рельєфу земель водного фонду (наприклад, підняття рівня ґрунту до незатоплюваних позначок з метою використання земельної ділянки для будівництва), викопування штучних водоймищ, влаштування гребель, дамб, причаїв.

Заволодіння вже існуючою земельною ділянкою повинне одержувати самостійну кримінально-правову оцінку як відповідний злочин проти

<sup>84</sup> Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо відповідальності за правопорушення стосовно земель водного фонду)» (реєстр. № 3417 від 27 листопада 2008 року). [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: <http://www.rada.gov.ua>

<sup>85</sup> Один із варіантів вдосконалення розглядуваної норми КК – викладення її у новій редакції з тим, щоб у ній йшла мова про самовільне штучне утворення земельної ділянки у межах прибережної смуги чи в зоні особливого режиму, використання земель (намив, засипка чи іншим чином штучне створення земельної ділянки) без оформлення необхідної проектної документації та отримання дозволу на проведення таких робіт (Коли закон безсилий // Голос України. – 1 квітня 2010 р. – № 58).



власності чи у сфері службової діяльності.

Так, Головне слідче управління МВС України порушило кримінальну справу за ознаками злочину, передбаченого ч. 4 ст. 190 КК, відносно службових осіб Обухівської районної державної адміністрації Київської області. Було виявлено факт підроблення документів, за якими ділки отримали 37 га земель водного фонду, розташованих в адміністративних межах міської ради Обухівського району. Відведені земельні ділянки належать до земель водного фонду та є повноцінними островами Канівського водосховища. Невстановлена особа за підробленими заявами отримала від Обухівської райдержадміністрації дозвіл на розроблення проекту землеустрою відведеної земельної ділянки площею 37га (у вигляді двох островів) в адміністративних межах міської ради. У заявах були використані копії паспортів та довідок про присвоєння ідентифікаційного коду 19 громадян – студентів столичних вузів. Як було встановлено слідством, студенти ділянки не отримували, документів чи їх копій не надавали та підписів не ставили. За даними оперативників ГУБОЗ, Обухівська райдержадміністрація всупереч нормам законодавства винесла рішення про передачу зазначеної земельної ділянки у приватну власність 19-ти студентам. Після цього 19 ділянок землі були неодноразово перепродані<sup>86</sup>.

Незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду вважається злочином за умови, що відповідні дії вчинені в особливо великих розмірах. Як випливає з примітки до ст. 239-2 КК, ця криміноутворююча ознака буде наявною у разі, якщо обсяг поверхневого (ґрунтового) шару земель (предмета заволодіння) становить більше, ніж десять кубічних метрів. Якщо незаконні дії вчинено у меншому розмірі, має місце адміністративний проступок (ст. 53-4 КпАП). Аналіз ст. 239-2 КК наводить на думку про те, що вказівка на особливо великі розміри заволодіння землями водного фонду не відповідає усталеній законодавчій практиці побудови диспозицій норм КК.

З'ясовуючи, чи було заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду незаконним, потрібно звертатись до відповідних положень чинного земельного, водного та природоохоронного законодавства. Так, є правомірною поведінкою, а, отже, не утворює складу розглядуваного злочину дозволене упов-

новаженими органами (зокрема, водного господарства, охорони навколишнього природного середовища) проведення на землях водного фонду (в т.ч. на земельних ділянках дна річок, озер, морів, інших водних об'єктів) робіт, пов'язаних із будівництвом гідротехнічних споруд, поглибленням дна для судноплавства, видобуванням корисних копалин, прокладенням кабелів, трубопроводів, інших комунікацій, а також бурових і геологорозвідувальних робіт<sup>87</sup>.

У багатьох країнах світу, зокрема, Японії, Нідерландах, ОАЕ, створення штучних островів та штучних водних об'єктів є прибутковим бізнесом, що стрімко розвивається. Цілоком очевидно, що цей вид господарської діяльності повинен перебувати у межах відповідного правового поля з метою запобігання небезпечним наслідкам у першу чергу для державних інтересів і довкілля. Прогнозуючи подальший розвиток інфраструктури приморських населених пунктів в Україні і, як наслідок, потенційне збільшення кількості випадків порушення земельного законодавства у них, запровадження спеціальної кримінально-правової заборони (ст. 239-2 КК) треба визнати загалом обґрунтованим кроком у напрямі запобігання відповідним зловживанням.

Згідно з п. 6 Порядку установаження берегових смуг водних шляхів та користування ними, затвердженого постановою КМУ від 14 квітня 1997 р. № 347, у межах берегових смуг водних шляхів дозволяється: влаштування причалів, установаження пристроїв для навантаження і розвантаження самохідних суден і барж, тимчасових пристроїв для швартування суден і наплавних споруд, а також тимчасове зберігання вантажів та механічної тяги суден; установаження берегових навігаційних знаків; установаження гідрометеорологічних постів; зберігання твердого палива для суден підприємств і організацій водного транспорту, а також тимчасове зберігання суднового обладнання; влаштування тимчасових зимових приміщень і проведення інших робіт у разі випадкової зимівлі чи виходу з експлуатації судна.

Вирішуючи питання про те, законним чи незаконним було заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду, слід брати до уваги й ту обставину, що ці землі можуть перебувати як у державній і комунальній, так і в приватній власності. Наприклад, земельні ділянки площею до 3 га під замкненими природними водоймами можуть передаватись у приватну власність для ведення фермерських господарств. Фермерське господарство має право

<sup>86</sup> МВС України додатково порушило кримінальну справу проти посадових осіб за фактом незаконного заволодіння земельною ділянкою площею 37 га. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: [http://www.rbc.ua/ukr/newslineshow/mvd\\_ukrainy\\_dopolnitelno\\_vozbudilo\\_ugolovnoe\\_delo\\_protiv\\_dolzhnostnyh\\_lits\\_po\\_faktu\\_nezakonnogo\\_zavladeniya\\_zemuchastkom\\_ploshchadyu\\_37\\_ga\\_1248766589](http://www.rbc.ua/ukr/newslineshow/mvd_ukrainy_dopolnitelno_vozbudilo_ugolovnoe_delo_protiv_dolzhnostnyh_lits_po_faktu_nezakonnogo_zavladeniya_zemuchastkom_ploshchadyu_37_ga_1248766589).

<sup>87</sup> Порядок видачі дозволів на проведення робіт на землях водного фонду затверджений постановою КМУ від 12 липня 2005 року № 557.

будувати замкнену водойму на земельній ділянці, що належить фермерському господарству чи його членові на праві приватної власності (ст. 7 Закону України від 19 червня 2003 р. «Про фермерське господарство»).

**Суб'єкт** злочину – загальний.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною формою вини.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 239-2) є вчинення його повторно або за попередньою змовою групою осіб, а **особливо кваліфікуючою ознакою** – спричинення тяжких наслідків.

**Порушення правил охорони або використання надр** (ст. 240 КК). На території України, яка становить 0,4% світової території, виявлено до 5% усіх мінерально-сировинних ресурсів земної кулі. При цьому запаси, зокрема, залізних руд становлять понад 14% від загальносвітових, марганцевих руд – більше 43%. Україна займає також провідні місця за запасами титану, цирконію, літію, графіту, каоліну, вогнетривких глин, сірки, калійних солей. Значна кількість природних ресурсів території України має унікальні економічні та природні якісні характеристики. У вартісному виразі розвідані протягом другої половини ХХ ст. вітчизняні запаси родовищ корисних копалин оцінюються в 7–7,5 трлн. доларів США<sup>88</sup>.

У Загальнодержавній програмі розвитку мінерально-сировинної бази України на період до 2030 року, затвердженій Законом України від 21 квітня 2011 р., також зазначається, що мінерально-сировинна база України є достатньо вагомим у світовому вимірі. В надрах нашої країни виявлено майже 20 тис. родовищ і проявів 117 видів корисних копалин, з яких 8290 родовищ і 1110 об'єктів обліку за 98 видами мінеральної сировини мають промислове значення і обліковуються в державному балансі запасів корисних копалин, 3349 родовищ розробляється.

Більшість корисних копалин в Україні видобувається в межах кількох головних гірничо-промислових регіонів – Донецького, Криворізько-Нікопольського, Прикарпатського. Довготривале інтенсивне використання ресурсів надр у цих регіонах призвело до значних змін геологічного середовища та виникнення надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру. Доводиться також констатувати, що обсяги геологорозвідувальних робіт, здійснюваних у нашій державі, починаючи з 1991 р. скоротилися в десятки разів, а кількість зайнятих у галузі працівників – ушестеро. Як зазначе-

но у рішенні Ради національної безпеки і оборони України від 3 лютого 2010 р. «Про заходи щодо підвищення ефективності державного управління у галузі геологічного вивчення і використання надр» (рішення введено в дію Указом Президента України № 90/2010 від 3 лютого 2010 року), недосконалість законодавства про надра не відповідає потребам сьогодення, стримує розвиток галузі, створює передумови для нераціонального використання надр та поширення корупції в цій галузі. Натомість належне державне управління в галузі геологічного вивчення та використання надр дало б змогу мінімізувати імпорту гостродефіцитної сировини – кольорових, рідкісних, рідкісноземельних, дорогоцінних металів, збільшити видобуток власних нафти і газу, значно підвищити економічну незалежність і безпеку держави.

На цьому фоні слушною видається точка зору О.П. Шем'якова, який підкреслює, що правова охорона надр повинна забезпечуватись за рахунок системи економічних, правових, еколого-соціальних, управлінських, технологічних та науково-технічних заходів, спрямованих на найбільш повне та раціональне вилучення з надр їх корисних властивостей (геолого-економічних, санітарно-гігієнічних, екологічних та ін.), з одночасним збереженням якості природного середовища та максимально можливим його відтворенням<sup>89</sup>. Злочинне порушення правил охорони або використання надр стабільно посідає третє за поширеністю місце у структурі всіх зареєстрованих злочинів проти довкілля після незаконної порубки лісу і незаконного зайняття водним добувним промислом<sup>90</sup>.

Базовим нормативним актом, покликаним регулювати гірничі відносини, є КпН, що має на меті забезпечення раціонального, комплексного використання надр для задоволення потреб у мінеральній сировині та інших потреб суспільного виробництва, охорону надр, гарантування при користуванні надрами безпеки людей, майна та навколишнього природного середовища, а також охорону прав і законних інтересів підприємств, установ, організацій та громадян (ст. 2 КпН).

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 240 КК, полягає в порушенні порядку використання і охорони надр, встановленого з метою раціонального і ефективного видобування корисних копалин загальнодержавного значення, недопущення невинуватих втрат таких копа-

<sup>88</sup> Смітюх Г. Природні ресурси – власність українського народу // Голос України. – 2007. – № 231. – С. 6.

<sup>89</sup> Шем'яков О.П. Правове регулювання використання та охорони надр: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2003. – С. 16.

<sup>90</sup> Нетеса Н.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил охорони або використання надр: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2012. – С. 1–2.

лин, зниження їх якості, надмірного руйнування ґрунтового покриття та забруднення довкілля. Порушення правил охорони і використання надр може завдати серйозної шкоди екологічній безпеці окремих територій, здатне викликати забруднення і псування землі, підземних вод, атмосферного повітря, інших елементів довкілля, спричинити значні економічні збитки. Так, при бурінні свердловин на поверхню Землі піднімаються великі об'єми гірських порід, які забруднюють значні території навколо місця розташування свердловин. Залишені у вигляді відвалів ці техногенні відклади розмиваються дощовими й талими водами і забруднюють навколишню територію шкідливими для живих організмів речовинами та їх сполуками. При бурінні свердловин часто використовують бурові розчини, до складу яких входять водорозчинні солі, органічні речовини та різноманітні обважнювачі, які забруднюють не лише земну поверхню в місцях буріння свердловин, а й підземні водоносні та водопроникні горизонти. Коли свердловини досягають нафто- або газоносних пластів, нерідко відбуваються викиди нафти і газу, які забруднюють ґрунти і воду, а при само загорянні – атмосферне повітря. Атмосфера також інтенсивно забруднюється у процесі бурових робіт. Поверхневі розвідувальні виробки шурфи, канали тощо активізують ерозійні процеси, що має своїм наслідком вилучення з сільськогосподарської сфери значних площ родючих земель. Крім того, в місцях проведення геологорозвідувальних робіт ґрунтово-рослинний покрив, як правило, сильно пошкоджується транспортними засобами, забруднюється нафтопродуктами, засмічується виробничими та побутовими твердими відходами. Довготривале інтенсивне використання надр призводить до значних змін геологічного середовища та виникнення надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру.

Основним **безпосереднім об'єктом** аналізованого злочину є встановлений порядок раціонального і комплексного використання й охорони надр та видобування корисних копалин загальнодержавного значення. Додатковими об'єктами виступають життя і здоров'я особи, екологічна безпека, а також інші блага (наприклад, безпека виробництва).

Так, незаконне видобування корисних копалин посягає і на право власності українського народу на надра, адже відповідно до ст. 13 Конституції України земля, її надра та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності

Українського народу<sup>91</sup>. Відповідно до ст. 4 КпН останні є виключною власністю народу України і надаються тільки у користування.

У літературі інколи зустрічається пропозиція виокремити зі складу злочину, передбаченого ст. 240 КК, таке діяння, як незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення, розмістивши норму про відповідальність це діяння у розділі VII Особливої частини чинного КК «Злочини у сфері господарської діяльності»<sup>92</sup>. Тут не буде зайвим нагадати, що у попередньому КК норма, присвячена незаконному видобуванню корисних копалин (ст. 162-1), розміщувалась у главі Особливої частини цього Кодексу під назвою «Господарські злочини». Показово при цьому, що у науково-практичному коментарі до ст. 162-1 КК 1960 р. безпосередній об'єкт передбаченого цією статтею злочину визначався виключно через відносини, що забезпечують охорону надр та їх раціональне використання, і не пов'язувався з господарською діяльністю<sup>93</sup>. З огляду на екологічну спрямованість незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення, це діяння у чинному КК цілком виправдано не визнається злочинним посяганням у сфері господарської діяльності і віднесено до злочинів проти довкілля.

**Предметом** аналізованого злочину є надра і, зокрема, корисні копалини загальнодержавного значення. КпН, не ототожнюючи вказані поняття, у ст. 5 указує на державний фонд надр та державний фонд родовищ корисних копалин.

Як слушно зауважує Н.В. Нетеса, корисні копалини є, хоч і основною, проте не єдиною необхідною для потреб суспільства частиною надр. Останні включають в себе корисні копалини, ділянки підземного простору, родовища корисних копалин, що знаходяться на поверхні землі, тощо. При цьому якщо корисні копалини мають предметно-речовий характер, то цього не можна сказати про підземний простір, який також є невід'ємною частиною надр. Однак від цього він не перестає бути явищем реального світу, хоч і навряд чи може бути віднесений до категорії речей<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Боброва Ю.В. Відмежування незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення від деяких злочинів проти власності в контексті боротьби зі злочинністю // Держава та регіони. Серія: Право. – 2009. – № 3. – С. 112.

<sup>92</sup> Олійник Р.В. Окремі аспекти удосконалення кримінально-правової охорони надр // Протидія злочинності: теорія та практика: матеріали II міжвузівської науково-практичної конференції студентів, курсантів, аспірантів та молодих вчених, 15 жовтня 2010 р. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 167.

<sup>93</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. В.Ф. Бойка, Я.Ю. Кондратьєва, С.С. Яценка. – К.: Юрінком, 1997. – С. 590.

<sup>94</sup> Нетеса Н.В. Поняття та ознаки предмета порушення пра-



Надрами визнається частина земної кори, що розташована під поверхнею суходолу та дном водоймищ і простягається до глибин, доступних для геологічного вивчення та освоєння (ст. 1 КпН)<sup>95</sup>.

Надра – це об'ємно-площинний простір, що розташований під поверхнею суші та дном водних об'єктів у межах території України і містить: корисні копалини, порожні породи, рідкісні мінералогічні, палеонтологічні утворення, підземні води, а також ділянки такого простору, які виступають у вигляді природних та техногенних порожнин, ділянки, що використовуються з метою чи без мети видобування корисних копалин або зовсім не використовуються, а також родовища корисних копалин, що виходять та розташовані на поверхні землі<sup>96</sup>. Саме таке визначення, на нашу думку, повністю охоплює предмет злочину, передбаченого ст. 240 КК.

Надра надаються в користування для: 1) геологічного вивчення, в т.ч. дослідно-промислової розробки родовищ корисних копалин загальнодержавного значення; 2) видобування корисних копалин; 3) будівництва та експлуатації підземних споруд, не пов'язаних із видобуванням корисних копалин, у т.ч. споруд для підземного зберігання нафти, газу та інших речовин і матеріалів, захоронення шкідливих речовин і відходів виробництва, скидання стічних і супутніх вод; 4) створення геологічних територій та об'єктів, що мають важливе наукове, культурне, санітарно-оздоровче значення (наукові полігони, геологічні заповідники, лікувальні, оздоровчі заклади тощо); 5) геологічного вивчення нафтогазоносних надр, у т.ч. дослідно-промислової розробки родовищ вуглеводів із подальшим видобуванням нафти і газу; 6) виконання робіт (здійснення діяльності), передбачених угодою про розподіл продукції; 7) задоволення інших потреб.

Надра в Україні надаються у постійне або тимчасове користування. Постійним визнається користування надрами без заздалегідь встановленого строку. Тимчасове користування надра-

вил охорони або використання надр (ст.240 КК) // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 4. – С. 307–311; Нетеса Н.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил охорони або використання надр: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2012. – С. 8–9.

<sup>95</sup> Інколи стверджується, що визначити нижню межу надр технологічними можливостями геологічної науки неправильно (Шем'яков О. П. Правове регулювання використання та охорони надр: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2003. – С. 8). Дослідники, які не розділяють цю позицію, наголошують на тому, що науково-технічний рівень вивчення надр постійно зростає та надає можливість до більш глибокого освоєння надр, а тому чітке закріплення нижньої межі надр буде вимагати від законодавця постійно вносити зміни до ст. 1 КпН, що не піде на користь екологічному законодавству.

<sup>96</sup> Шем'яков О. П. Вказана праця. – С. 8.

ми може бути короткостроковим (до 5 років) і довгостроковим (до 50 років). У разі необхідності строки тимчасового користування надрами можуть бути продовжені<sup>97</sup>.

Відповідно до ст. 19 КпН останні надаються у користування підприємствам, установам, організаціям і громадянам, за загальним правилом, лише за наявності у них спеціального дозволу на користування ділянкою надр. Право на користування надрами засвідчується актом про надання гірничого відводу. При укладенні угод про розподіл продукції надра надаються в користування на підставі угоди про розподіл продукції з оформленням спеціального дозволу на користування надрами та акта про надання гірничого відводу.

Корисні копалини – це природні мінеральні речовини органічного та неорганічного походження, які можуть використовуватися безпосередньо або після їх обробки. За своїм призначенням вони поділяються на корисні копалини загальнодержавного та місцевого значення. Корисні копалини належать до непоновлювальних природних ресурсів, геологічна швидкість утворення або акумуляції яких є значно меншою, ніж швидкість їх споживання людиною. Українське законодавство про надра до корисних копалин відносить також техногенні мінеральні утворення в місцях видалення відходів виробництва та втрат продуктів переробки мінеральної сировини, придатні для промислового використання. Родовища корисних копалин – це нагромадження мінеральних речовин у надрах, на поверхні землі, у джерелах вод і газів, на дні водоймищ, які за кількістю, якістю та умовами залягання є придатними для промислового використання.

Взагалі погляди на визначення предмета розглядуваного злочину у науці кримінального права суттєво відрізняються. Так, на думку Е.М. Жевлакова, предметом злочинного порушення охорони і використання надр є власне вміст надр, тобто корисні копалини, видобування і використання яких природокористувачами потребує спеціального дозволу, в т.ч. вугілля, нафта, газу, руди, нерудні корисні копалини, води, дорогоцінні метали і дорогоцінне каміння<sup>98</sup>. Піддаючи такий підхід критиці через необґрунтовано вузьке тлумачення предмета аналізованого злочину, Н.О. Лопашенко таким предметом визнає правила охорони і використання надр під час про-

<sup>97</sup> Перебіг строку користування надрами починається з дня одержання спеціального дозволу (ліцензії) на користування надрами, якщо в ньому не передбачено інше, а в разі укладення угоди про розподіл продукції – з дня, зазначеного в такій угоді.

<sup>98</sup> Жевлаков Э.Н. Экологические преступления: понятие, виды, проблемы ответственности: Дис. ... д-ра. юрид. наук. – М., 1991. – С.98; Уголовный закон в практике районного суда: Научно-практич. пособие. – М.: Норма, 2007. – С. 730.

ектування, розміщення, будівництва, введення в експлуатацію та експлуатації гірничодобувних підприємств чи підземних споруд, не пов'язаних із видобуванням корисних копалин<sup>99</sup>. Інколи стверджується, що і надра, і корисні копалини загальнодержавного значення треба враховувати одночасно<sup>100</sup>. Аналізуючи юридичний зміст зазначених предметів у дисертаційному дослідженні, присвяченому проблемам кримінальної відповідальності за порушення законодавства РФ про надра, О.Л. Владимірова звертає увагу на те, що і предметна, і власне юридична оцінка предмета посягання за ст. 255 КК РФ ґрунтується на визначенні родовищ і запасів корисних копалин, їх якісних і кількісних характеристик, а також на даних про користувачів надр та їх діяльність<sup>101</sup>.

Цілком очевидно, що корисні копалини можуть міститись у надрах, а можуть і не міститись. Відповідно, порушити правила охорони або використання надр можна і не маючи мети видобування корисних копалин, наприклад, якщо неправильно провести геологічну розвідку надр, які не містять корисних копалин, та суттєво при цьому пошкодити природний стан самих надр. З іншого боку, навіть якщо злочин вчиняється з метою незаконного добування корисних копалин загальнодержавного значення шляхом вилучення останніх із простору надр, шкода у такому випадку одночасно спричиняється і власне надрам. Таким чином, говорити про корисні копалини як про самостійний предмет розглядуваного злочину навряд чи правильно.

У ст. 240 КК фігурують корисні копалини лише загальнодержавного значення<sup>102</sup>. Це горючі копалини (газ, нафта, вугілля), метали (чорні, кольорові, рідкіснометалеві, благородні, розсіяні, рідкісноземельні, радіоактивні), неметали (різноманітна сировина, наприклад, хімічна,

<sup>99</sup> Лопашенко Н.А. Экологические преступления: уголовно-правовой анализ: Монография. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2009. – С. 319.

<sup>100</sup> Лапина М.А. Юридическая ответственность за экологические правонарушения. Постатейный комментарий к российскому законодательству. – М.: Экзамен, 2003. – С. 113.

<sup>101</sup> Владимірова Е.Л. Уголовно-правовая ответственность за нарушение законодательства о недрах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2010. – С. 21.

<sup>102</sup> Перелік корисних копалин загальнодержавного та місцевого значення затверджений постановою КМУ від 12 грудня 1994 року № 827 (у редакції постанови КМУ від 16 серпня 2005 року № 747).

До прийняття Закону України «Про внесення зміни до статті 240 Кримінального кодексу України» від 11 січня 2005 року у ст. 240 КК йшлося про копалини, «крім загальнопоширених». Зазначений Закон цілком справедливо замінив цей термінологічний зворот, указавши на копалини «загальнодержавного значення». Таким чином, положення кримінального закону було приведено у відповідність із ст. 6 КпН, яка поділяє корисні копалини за своїм значенням на корисні копалини загальнодержавного і місцевого значення.

абразивна, скляна та фарфорово-фаянсова, для облицювальних матеріалів), води (підземні, поверхневі), інертні газы, грязі лікувальні.

Так, Сарненським районним судом Рівненської області К. було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 240 КК<sup>103</sup>. Як свідчать матеріали кримінальної справи, К. здійснив повторне видобування за допомогою штикової лопати 8,46 г буриштину-сирцю. У вирокі суд слушно вказав, що відповідно до постанови КМУ «Про затвердження переліку корисних копалин загальнодержавного та місцевого значення» від 12 грудня 1994 року № 827 буриштин визнається корисною копалиною загальнодержавного значення – дорогоцінним камінням органогенного утворення<sup>104</sup>.

Не визнаються предметом злочину корисні копалини місцевого значення (наприклад, галька, гравій, пісок, глина, крейда, черепашник, камінь бутовий, сланець). Їх перелік, як і перелік корисних копалин загальнодержавного значення, затверджується КМУ<sup>105</sup>.

На кваліфікацію за ст. 240 КК не впливає те, незаконне видобування яких саме корисних копалин загальнодержавного значення (основних або супутніх) мало місце. Водночас видобування сировини із дуже низькою концентрацією мінеральних речовин або у важкодоступних пластах надр, що пов'язане із занадто великими економічними втратами, за наявності до цього підстав може розцінюватись як малозначне діяння, позбавлене суспільної небезпеки (ч. 2 ст. 11 КК).

Предметом злочину, передбаченого ст. 240 КК, є корисні копалини в їх природному стані. Обернення на свою користь або користь інших осіб природних ресурсів, які вилучені з надр завдяки вкладеній праці людини, потрібно розглядати як злочин не проти довкілля, а проти власності.

<sup>103</sup> На момент винесення вироку судом ст. 240 КК діяла в редакції Закону України від 18 жовтня 2005 року.

<sup>104</sup> Архів Сарненського районного суду Рівненської області. Справа № 1-82 за 2009 р.

<sup>105</sup> Проектом Закону України «Про внесення змін та доповнень до деяких законів України (щодо посилення відповідальності за незаконний видобуток корисних копалин)» пропонувалось у межах ст. 240 КК запровадити відповідальність за незаконне видобування корисних копалин місцевого значення. Проти цього недостатньо обґрунтованого кроку науковцями наводились такі аргументи: 1) нездатність такого злочинного діяння із формальним складом нести велику потенційну загрозу для суспільних цінностей; 2) виникнення нових проблем відмежування такого злочину від аналогічного правопорушення, передбаченого ст. 47 КпАП; 3) неврахування тієї обставини, що чинне законодавство про надра передбачає право власників і землекористувачів у межах земельних ділянок видобувати без спеціального дозволу та гірничого відводу для своїх господарських і побутових потреб корисні копалини місцевого значення, торф і прісні підземні води.

З **об'єктивної сторони** злочин, передбачений ст. 240 КК, може набути однієї з трьох форм: 1) порушення встановлених правил охорони надр, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля (ч. 1 ст. 240 КК); 2) порушення встановлених правил використання надр, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля (ч. 2 ст. 240 КК); 3) незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення (ч. 2 ст. 240 КК).

В.К. Матвійчук висуває пропозицію викласти ч.1 ст. 240 КК у такій редакції: «Незаконне, тобто з порушенням установленого законом порядку, видобування незагальнопоширених загальнодержавного значення корисних копалин»<sup>106</sup>.

Вочевидь, малось на увазі викладення у новій редакції не ч. 1, а ч. 2 ст. 240 КК, оскільки саме у цій нормі вказується наразі на незаконне видобування певних корисних копалин. Щоправда, у випадку реалізації розглядуваної пропозиції відбудеться навряд чи обґрунтована декриміналізація такого передбаченого ч. 2 ст. 240 КК (поряд із незаконним видобуванням корисних копалин) різновиду злочину, як порушення встановлених правил використання надр, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля. Висловимо припущення, що В.К. Матвійчук насправді мав на увазі не викладення у новій редакції відповідної астини 240 КК, а уточнення легального опису незаконного видобування корисних копалин як альтернативної форми об'єктивної сторони аналізованого злочину. До того ж одночасна вказівка на незагальнопоширеність і загальнодержавне значення корисних копалин є непотрібним дублюванням характеристик корисних копалин як предмета досліджуваного злочину.

Диспозиція ст. 240 КК носить бланкетний характер і передбачає звернення до нормативно-правових актів, які регламентують використання та охорону надр, а також до дозволів, які видаються уповноваженим державним органом конкретним надрокористувачам. З метою раціонального та ефективного використання надр МЕПР встановлює під час надання дозволу особливі умови користування надрами, зокрема, щодо: якості продукції або робіт; технології видобування та переробки корисних копалин; видів, обсягів і строків виконання робіт на ділянці надр; припинення діяльності, пов'язаної

<sup>106</sup> Матвійчук В.К. Законодавство про злочини проти довкілля потребує вдосконалення // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 309.

з використанням ділянки надр.

Порушення встановлених правил охорони чи використання надр може бути вчинено шляхом дії або бездіяльності. Це, наприклад: вибіркове відпрацювання багатих ділянок родовищ, що призводить до необґрунтованих втрат запасів корисних копалин; пошкодження розроблюваних і сусідніх з ними родовищ корисних копалин, що виключає повністю або істотно обмежує можливість їх подальшої експлуатації; порушення порядку забудови площ залягання корисних копалин<sup>107</sup>; користування надрами із застосуванням методів і способів, що негативно впливають на стан надр, призводять до забруднення навколишнього природного середовища або шкідливих наслідків для здоров'я населення, зокрема, забруднення надр при підземному зберіганні нафти, газу та інших речовин; здійснення того виду користування надрами, який не вказаний в акті про надання гірничого відводу<sup>108</sup>; користування надрами (за винятком видобування корисних копалин) без належного дозволу<sup>109</sup> та акта про надання гірничого відводу або тоді, коли строк дозвільного документа сплив; ведення робіт із геологічного вивчення надр такими методами і способами, які призводять до невикористаних втрат корисних копалин, зниження їх якості, надмірного руйнування ґрунтового покриву та забруднення навколишнього природного середовища; недодержання технологічних схем переробки мінеральної сировини, що забезпечують раціональне та комплексне вилучення корисних компонентів, зокрема, неповне вилучення з родовищ корисних копалин та супутніх компонентів; знищення або пошкодження спостережних режимних свердловин на підземні води, маркшейдерських і геодезичних знаків; невиконання вимог щодо проведення ліквідованих або законсервованих гірничих виробок до стану, який гарантує безпеку людей, а також збереження родовищ, гірничих виробок і свердловин (на час консервації); спалювання газу вугільних родовищ, вилученого внаслідок проведення заходів із дегазації безпосередньо із свердловини відкритим способом, без

<sup>107</sup> Цікаво, що у ст. 255 КК РФ самовільна забудова площ залягання корисних копалин визнається одним із двох самостійних складів злочину. Таким чином, російський законодавець, на відміну від вітчизняного, прямо звернув увагу правозастосувача на цю самостійну і, безперечно, суспільно небезпечну форму порушення правил охорони і використання надр.

<sup>108</sup> Положення про порядок надання гірничих відводів затверджений постановою КМУ від 27 січня 1995 року № 59.

<sup>109</sup> Порядок надання спеціальних дозволів на користування надрами затверджений постановою КМУ від 30 травня 2011 року № 615.



застосування спеціальних пристроїв, які мають відповідну експлуатаційну документацію.

Загалом правила охорони або використання надр можуть бути порушені на трьох етапах: 1) на стадії отримання дозволів; 2) під час безпосереднього використання надр; 3) після завершення користування надрами. При цьому якщо використання надр є правомірним, то допущене у такому випадку порушення вимог у галузі їх охорони за умови створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля є злочином, передбаченим ч. 1 ст. 240 КК. Якщо ж користування надрами є неправомірним і супроводжується ще і порушенням правил охорони надр, вчинене охоплюється ч. 2 ст. 240 КК і додатковою кваліфікацією за ч. 1 цієї статті не потребує<sup>110</sup>.

Насправді правила охорони надр та правила використання надр є подібними і регулюються фактично одними й тими самими нормативними актами. За таких обставин розмежувати діяння, передбачені ч. 1 ст. 240 КК та ч. 2 цієї статті КК (про незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення мова у цьому разі не йде), вкрай важко. Зв'язки впливає, що порушення правил охорони та порушення правил використання надр повинні утворювати єдину форму об'єктивної сторони злочину, закріплену в одній частині ст. 240 КК. Притаманна чинній редакції цієї статті КК диференціація кримінальної відповідальності за вказані порушення законодавства про надра є невиправданою. Незаконне ж видобування корисних копалин як більш суспільно небезпечне і, до того ж, набагато більш розповсюджене діяння має бути виділене в окрему норму ст. 240 КК<sup>111</sup>.

Видобування корисних копалин передбачає дії, які полягають у вилученні з родовищ корисних копалин будь-яким способом (викачування, побудова шахт, кар'єрів тощо).

Відкрита (поверхнева) розробка полягає у видобутку корисних копалин відкритим способом, коли пласт виходить на поверхню. Цей спосіб розробки більш ефективний, ніж підземна розробка, оскільки вся потужність пласта може бути використана: може бути видобуто 90% і більше корисних копалин.

Щодо підземної розробки, то вона реалі-

зується у двох основних формах: 1) при камерно-стовповій розробці твердих корисних копалин пласт наповнюється мережею камер; 2) розробка довгими вибоями передбачає повне вилучення секції корисних копалин з масиву або використання механізованих струтів.

Слід погодитись із Н.В. Нетесою, яка пише, що незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення є найпоширенішим серед інших порушень правил використання надр, у зв'язку з чим цей різновид злочинного діяння окремо вказаний у ч. 2 ст. 240 КК<sup>112</sup>. Однак якщо виходити із такого співвідношення зазначених правопорушень, то навряд коректно у пропонованій диспозиції ч. 2 ст. 240 КК, як і в чинній редакції цієї кримінально-правової норми, між такими діяннями, як порушення правил використання надр та умисним незаконним видобуванням певних корисних копалин, ставити сполучник «а також»<sup>113</sup>.

Незаконність видобування, яка є обов'язковою умовою визнання дій особи кримінально каранями, означає, що видобування корисних копалин здійснюється без належним чином оформленого дозволу або з відхиленням від умов, зазначених у цьому документі (наприклад, видобування за межами відведеної ділянки надр<sup>114</sup>, не тих корисних копалин, які зазначені у дозволі, або з використанням недозволених для певного родовища методів і засобів видобування корисних копалин або здійснення промислової розробки нафтогазоносних надр під виглядом їх геологічного вивчення).

*Не маючи спеціального дозволу для добування корисних копалин загальнодержавного значення, який відповідно до ст. ст. 15, 16 КпН видається спеціалізованим підприємствам, установам, а також громадянам, які мають відповідну кваліфікацію, матеріально-технічні та економічні можливості для користування надрами, і маючи умисел на незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення, Ф. у період із 20 січня по 27 січня 2011 року на ділянці місцевості, розташованій в 400 м у північному напрямі від с. Михайлівка Антрацитівського району, за допомогою кирки і совкової лопати незаконно видобув 100 кг вугільної маси. У судовому засіданні підсудний Ф. вину в скоєнні злочину за викладених обставин визнав повністю і пояснив, що видобував вугілля, щоб згодом використати*

<sup>110</sup> Нетеса Н.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил охорони або використання надр: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2012. – С. 5, 10, 15.

<sup>111</sup> Комарницький М.В. Щодо визначення форм об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 240 Кримінального кодексу України // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ АДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 244–246.

<sup>112</sup> Нетеса Н.В. Вказана праця. – С. 15. Згідно зі ст. 14 КпН видобування корисних копалин є саме одним із видів надкористування.

<sup>113</sup> Нетеса Н.В. Вказана праця. – С. 16.

<sup>114</sup> Гірничий відвід на розробку родовищ корисних копалин надається з урахуванням меж об'єкта надрокористування, визначених у спеціальному дозволі на користування надрами.

його для опалювання будинку в зимовий період. Антрацитівський міськрайонний суд Луганської області кваліфікував дії Ф. за ч. 2 ст. 240 КК<sup>115</sup>.

А., обіймаючи посаду директора ДП «Хмельницьккурортресурси», будучи службовою особою, явно виходячи за межі наданих йому прав та повноважень, давав вказівки підпорядкованому йому начальнику режимно-експлуатаційної служби ДП «Хмельницьккурортресурси» В. здійснювати незаконне видобування мінерально-лікувальної столової води із Збручанського родовища мінеральних вод типу «Нафтуся» після закінчення терміну дії спеціального дозволу (ліцензії) на користування надрами. Усього було незаконно видобуто 2363,2 м. куб. мінерально-лікувальної столової води, з яких 1981,6 м. куб. реалізовано на загальну суму 154564,8 грн., що спричинило тяжкі наслідки державним інтересам та навколишньому природному середовищу. Відповідно до постанови КМУ «Про затвердження нормативів плати за користування надрами для видобування мінеральних підземних вод» від 7 березня 2000 року № 456 Збручанське родовище мінеральних вод відноситься до I категорії родовищ унікальних підземних мінеральних вод.

Встановивши вину підсудного в незаконному видобуванні корисних копалин загальнодержавного значення та в умисному наданні незаконних вказівок підлеглим проводити видобування мінерально-лікувальної столової води із Збручанського родовища мінеральних вод без отримання спеціального дозволу на користування надрами, тобто в явному перевищенні своїх службових повноважень, що спричинило тяжкі наслідки державним інтересам та навколишньому природному середовищу, Городецький районний суд Хмельницької області кваліфікував дії А. за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 240 і ч. 3 ст. 365 КК<sup>116</sup>.

Видобування корисних копалин вважається злочином і в тому випадку, коли дозвіл є підробленим, отриманим у результаті подання уповноваженому органу завідомо неправильних відомостей або простроченим. Дозвіл на видобування корисних копалин видається на 20 років, а на видобування нафти і газу в межах континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони – на 30 років.

При цьому слід враховувати, що відповідно до ст. 23 КпН землевласники і землекористувачі мають право без спеціальних дозволів та гірничого відводу добувати для своїх господарських і побутових потреб корисні копалини місцевого значення і

торф загальною глибиною розробки до двох метрів, підземні води для власних господарсько-побутових потреб, нецентралізованого та централізованого (крім виробництва фасованої питної води) господарсько-питного водопостачання, за умови що продуктивність водозаборів підземних вод не перевищує 300 кубічних метрів на добу та використовувати надра для господарських і побутових потреб.

Постає питання про кримінально-правову оцінку дій винних у тих випадках, коли право користування надрами надається некомпетентним органом або в перевищених розмірах, або суб'єктам, які не мають на це законного дозволу. Відповідальність у такому разі, вочевидь, повинна наставати не за самовільне надкористування за ст. 240 КК, а за незаконне надання ділянки в користування (порушення порядку такого надання). Якщо надкористувач не знав і не повинен був знати про неправомірність дій службових осіб, він не повинен притягуватись до кримінальної відповідальності. У протилежному випадку є підстави притягти такого надкористувача до кримінальної відповідальності за співучасть у тому чи іншому службовому злочині.

Як впливає з п.п. 4.5.4. роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 27 червня 2001 року № 02-5/744 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про охорону навколишнього природного середовища», внесення плати за спеціальне використання природних ресурсів не дає права на їх використання без одержання відповідного дозволу. Отже, здійснення фінансових платежів не є перешкодою для інкримінування ст. 240 КК.

Саме по собі рішення МЕРП чи іншого компетентного органу, як правило, ще не утворює права використання конкретної ділянки надр, а є лише підставою для виникнення такого права. Безпосередня експлуатація ділянки надр дозволяється лише після її передачі законному користувачеві. Без цього наявне самовільне надкористування. Для самовільного використання ділянки надр не обов'язково, щоб мала місце безпосередня її експлуатація. Достатнім є факт незаконного заволодіння ділянкою (останню огорожують, розпочинають надроустрійні роботи тощо). Відповідно, незаконне заволодіння є визначальним моментом для характеристики самовільного надкористування. Якщо таке заволодіння не відбулось, відсутні підстави говорити і про самовільне використання ділянки надр.

У зв'язку з цим не можна, зокрема, визнавати самовільним використанням дії суб'єкта, який

<sup>115</sup> Архів Антрацитівського міськрайонного суду Луганської області. Справа № 1202-1 за 2011 р.

<sup>116</sup> Архів Городецького районного суду Хмельницької області. Справа № 120-1 за 2008 р.

продовжує користування ділянкою надр, що фактично не видучена у нього в натурі у встановленому законом порядку, навіть якщо є рішення компетентного органу про припинення права користування. На думку О.П. Шем'якова, винесення відповідного рішення і надання ділянки надр у користування – це два органічно взаємопов'язані моменти, що вказують на реалізацію власником права розпорядження надрами<sup>117</sup>.

Разом з тим слід враховувати, що придбання ділянки, на якій відбувалось легальне видобування корисних копалин, не перетворює особу, яка придбала ділянку, у повноправного надрокористувача. Адже дозвіл та ліцензія на видобування корисних копалин мають як географічну, так і «особистісну» прив'язку. У ліцензії зазначається назва органу, який видав ліцензію, анкетні дані громадянина або назва та місцезнаходження юридичної особи, вид діяльності, на яку видається ліцензія, місце її здійснення, особливі умови та правила здійснення певного виду діяльності, реєстраційний номер ліцензії, дата видачі та термін дії. Відповідно, за наявності підстав вчинене у такій ситуації може кваліфікуватись як каране за ст. 240 КК незаконне видобування корисних копалин.

*Працюючи директором Наркевицького цукрового заводу, А. протягом 2008 р. організував незаконний видобуток прісної води, яка відноситься до корисних копалин загальнодержавного значення, із родовища, розташованого на території Наркевицької селищної ради. Всього було видобуто та реалізовано через центральне водопостачання 66 394 куб. м води на суму 66 346 грн. Суд кваліфікував дії А. за ч. 1 ст. 240 і ч. 1 ст. 365 КК як незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення і перевищення службових повноважень, що заподіяло істотну шкоду державі<sup>118</sup>.*

Взагалі для самовільного використання надр характерним є корисливий мотив, зацікавленість суб'єкта правопорушення у вилученні майнових благ. Не можна, наприклад, вважати такими, що самовільно привласнили, суб'єктів надрокористування, які за своєю ініціативою, без будь-якого дозволу або згоди, проводять укріплення, водовідведення та інші природоохоронні роботи на ділянках надр, що виходять за межі їх гірничого відводу, не переслідуючи при цьому будь-якої протиправної

мети. Цілком справедливо, що відповідальність повинна наставати за суспільно небезпечні, а не за суспільно корисні дії.

Злочин, передбачений ст. 240 КК, у першій і другій формах визнається закінченим з моменту порушення правил використання чи охорони надр, що створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля, а у третій – з початку незаконного видобування корисних копалин.

Вказана небезпека може загрожувати як особам, які безпосередньо порушують правила охорони або використання надр, так і стороннім особам. Наприклад, провал, який утворився в результаті неправильної розробки родовищ корисних копалин, може становити реальну загрозу падіння в нього невизначеного кола осіб. Небезпека для здоров'я людей може бути викликана потраплянням небезпечних речовин у корисні копалини, які використовуються у харчовій промисловості (наприклад, сіль)<sup>119</sup>.

Якщо зазначена небезпека відсутня, порушення правил використання чи охорони надр тягне адміністративну відповідальність (статті 47, 57, 58 КпАП).

**Суб'єкт** злочину – загальний. Це можуть бути особи як пов'язані, так і не пов'язані за родом своїх професійних занять із експлуатацією надр та видобуванням корисних копалин (окремі громадяни, приватні підприємці, службові особи та рядові працівники гірничодобувних та інших підприємств тощо).

Порушення правил безпеки під час виконання робіт із підвищеною небезпекою в гірничому виробництві особою, яка зобов'язана їх дотримуватись, слід кваліфікувати за ст. 272 КК. Водночас необхідно звернути увагу на те, що роз'яснення, згідно з яким ст. 272 має інкримінуватись і у випадку порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою у зв'язку з незареєстрованою підприємницькою діяльністю (п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 12 червня 2009 р. № 7 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва»), не враховує того, що така діяльність не охоплюється спеціальним нормативним регулюванням охорони праці.

**Суб'єктивна сторона** злочину в частині незаконного видобування корисних копалин характеризується прямим умислом<sup>120</sup>, а в частині

<sup>117</sup> Шем'яков О.П. Правове регулювання використання та охорони надр: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2003. – С. 159-160.

<sup>118</sup> Архів Волочеського районного суду Хмельницької області. Справа № 1-19 за 2009 р.

<sup>119</sup> Нетеса Н.В. Суспільно небезпечні наслідки порушення правил охорони або використання надр (ст. 240 КК) // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. праць / редкол.: В.І. Борисов та ін. – Х.: Право, 2011. – Вип. 22. – С. 225-226.

<sup>120</sup> Дещо іншої точки зору дотримується Н.В. Нетеса. На її думку, незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення як різновид злочину з формальним складом може бути вчинене з прямим умислом і, як виняток, – зі злочинною недбалістю. Останній випадок має бути



порушення правил використання або охорони надр – умислом або необережністю. Психічне ставлення винного до тяжких наслідків (ч. 4 ст. 240 КК) може характеризуватися тільки необережністю.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 3 ст. 240 КК) є: 1) вчинення його на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду; 2) повторно. **Особливо кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 4 ст. 240 КК) є: 1) вчинення його шляхом підпаду, вибуху чи іншим загально небезпечним способом; 2) спричинення загибелі людей<sup>121</sup>, їх масового захворювання або інших тяжких наслідків. Вирішуючи питання про те, чи є спричинені внаслідок порушення правил охорони надр наслідки тяжкими, потрібно, поміж іншого, враховувати кількість, вартість та екологічну значимість видобутих, пошкоджених або втрачених корисних копалин, час, на який родовище виведено з експлуатації, розмір коштів, необхідний для оновлення порушених природних властивостей ділянок надр, об'єктів рослинного і тваринного світу.

винесений за межі кримінально караного діяння і визнаний адміністративним правопорушенням, оскільки необережне вчинення цього діяння не має рівня суспільної небезпечності, достатнього для визнання його злочином. У зв'язку з цим висувається пропозиція про доповнення диспозиції ч. 2 ст. 240 КК вказівкою на умисний характер незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення» (Нетеса Н.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил охорони або використання надр: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2012. – С. 5, 11, 16).

<sup>121</sup> Не погоджуючись з тим, що поняттям загибелі людей має охоплюватися смерть двох і більше осіб, Н.В. Нетеса пише, що «за такого підходу смерть однієї особи внаслідок порушення правил охорони або використання надр не охоплюватиметься ч. 4 ст. 240 КК і потребуватиме кваліфікації за сукупністю за ч. 1 чи ч. 2 ст. 240 КК та відповідною статтею КК, яка передбачає кримінальну відповідальність за злочин проти життя» (Нетеса Н.В. Суспільно небезпечні наслідки порушення правил охорони або використання надр (ст. 240 КК) // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. праць / редкол.: В.І. Борисов та ін. – Х.: Право, 2011. – Вип. 22. – С. 227–228).

Насправді за обстоюваного нами підходу щодо змісту кваліфікуючої ознаки «загибель людей» (а ґрунтується цей підхід на буквальному тлумаченні кримінального закону) розмови про згадану Н.В. Нетесою сукупність злочинів недоречні: смерть однієї особи охоплюється вжитим у ч. 4 ст. 240 КК зворотом «інші тяжкі наслідки». До речі, Н.В. Нетеса не сумнівається у тому, що іншим тяжким наслідком з точки зору кваліфікації за ч. 4 ст. 240 КК може бути визнане у т. ч. заподіяння тяжких тілесних ушкоджень хоча б одній людині (Нетеса Н.В. Вказана праця. – С. 230). Чому ж іншим тяжким наслідком не визнати смерть однієї людини?

До речі, у відгуку Н.О. Гуторової як офіційного опонента на кандидатську дисертацію Н.В. Нетеси висловлюється незгода з позицією останньої, згідно з якою ознака «загибель людей» має визначатись як заподіяння смерті хоча б одній людині. Не заперечуючи по суті проти того, що смерть однієї особи внаслідок порушення правил охорони або використання надр має розглядатися як особливо обтяжуюча обставина, Н.О. Гуторова водночас вказує на неприпустимість вирішення цієї проблеми через поширювальне тлумачення кримінального закону.

**Безгосподарське використання земель** (ст. 254 КК). Україна – аграрна держава із найціннішими у світі еталонними ґрунтами. Відповідно, сільське господарство як пріоритетний сектор національної економіки має великий потенціал для подальшого розвитку. Так, у загальній структурі земельних ресурсів України орні землі складають 34,3 млн. га або 57% від загальної площі земель (для порівняння: сіножаті, пасовища й перелоги займають 7 млн. га або 11,7% від загальної площі земель)<sup>122</sup>.

Земельний фонд є невід'ємною складовою всього природного комплексу України і між ним та іншими елементами довкілля існує екологічний зв'язок та взаємозалежність. Від стану земель багато в чому залежить і якісний стан довкілля як сукупність його природних та набутих під впливом антропогенної діяльності властивостей, які повинні відповідати встановленим екологічним, санітарно-гігієнічним нормативам з метою забезпечення нормальних умов для розвитку і відтворення живих організмів, для повноцінної життєдіяльності людини<sup>123</sup>. Тому у процесі землекористування постають питання охорони довкілля взагалі і земельного фонду зокрема. Ці питання вирішуються не лише економічними, технічними та організаційними засобами, а й засобами юридичного впливу, в т.ч. кримінально-правового характеру.

Суспільна небезпека розглядуваного злочину полягає у заподіянні значної шкоди стану земель унаслідок умисного чи необережного порушення порядку їх використання.

В Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 року, затверджених Законом України від 21 грудня 2010 р., зазначається, що на всій території України поширені процеси деградації земель, серед яких найбільш масштабними є ерозія (близько 57,5 % території), забруднення (близько 20 % території), підтоплення (близько 12 % території). Зменшується вміст поживних речовин у ґрунтах, а щорічні втрати гумусу становлять 0,65 тонни на 1 гектар.

Основний **безпосередній об'єкт** злочину, передбаченого ст. 254 КК, – встановлений порядок раціонального використання, захисту і відтворення земель як складної екосистеми, тісно пов'язаної з іншими елементами довкілля – надрами, водами, рослинним і тваринним світом тощо.

Дещо обмежувальне, на наш погляд, розу-

<sup>122</sup> Земельні ресурси та їх структура [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: [http://uk.wikipedia.org/wiki/Земельні\\_ресурси](http://uk.wikipedia.org/wiki/Земельні_ресурси)

<sup>123</sup> Шульга А.М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 4.

міння безпосереднього об'єкта розглядуваного діяння пропонує А.М. Шульга. На його думку, таким об'єктом слід визнавати господарські правовідносини у сфері виробництва, реалізації та споживання продукції сільського господарства<sup>124</sup>. З огляду на зміст диспозиції ст. 254 КК, пов'язування об'єкта аналізованого злочину виключно із землями сільськогосподарського призначення як окремої складової структури земельних ресурсів видається недостатньо переконливим.

За своїм змістом **предмет** цього злочину загалом аналогічний предмету злочину, передбаченого ст. 239 КК і проаналізованого вище.

Ґрунти земельних ділянок є об'єктом особливої охорони, яка включає в себе, зокрема, захист земель від ерозії, селів, підтоплення, заболочування, вторинного засолення, пересушення та від інших несприятливих природних і техногенних процесів. Конкретно цей захист може набувати вигляду проведення зрошувальних, осушувальних, протиपाvodкових та інших заходів, гіпсування, вапнування, фосфоритування, піскування і глинування ґрунтів, їх дренажу, розчищення від каміння, заліснення ярів, балок, крутосхилів, створення поелезахисних лісосмуг, терасування крутих схилів тощо<sup>125</sup>.

Характеристика земель, у т.ч. сільськогосподарського призначення, у порядку ведення державного земельного кадастру дається за такими характеристиками як товщина гумусового горизонту, вміст гумусу і рухомих поживних речовин, механічний склад ґрунтів, крутизна схилів, еродованість, кам'янистість, засоленість, солонцюватість, кислотність, перезволоженість,

<sup>124</sup> Шульга А.М. Про безпосередній об'єкт безгосподарського використання земель // Право і суспільство. – 2003. – № 10. – С. 198.

<sup>125</sup> Перелік видів діяльності, що належать до природоохоронних заходів, затверджений постановою КМУ від 17 вересня 1996 року № 1147, включає в себе, зокрема, такі заходи, пов'язані з охороною і раціональним використанням земель, як: впровадження ґрунтозахисної системи землеробства з контурно-меліоративною організацією території; будівництво, розширення та реконструкція протиерозійних, гідротехнічних, протикарстових, берегозакріплювальних, протизсувних, протиобвальних, протилавинних і протиселєвих споруд; проведення заходів з захисту від підтоплення і затоплення, направлених на запобігання розвитку небезпечних геологічних процесів, усунення або зниження до допустимого рівня їх негативного впливу на території і об'єкти; проведення заходів щодо хімічної меліорації ґрунтів; проведення агролісотехнічних заходів на ярах, балках та інших ерозійно небезпечних землях; рекультивация порушених земель та використання родючого шару ґрунту під час проведення робіт, пов'язаних із порушенням земель; рекультивация територій полігонів твердих побутових відходів; засипка і виположування ярів, балок з одночасним їх дренажуванням; заходи, пов'язані з створенням захисних лісових насаджень на еродованих землях, вздовж водних об'єктів (у т.ч. водойм, магістральних каналів, тощо) та поелезахисних смуг; терасування крутих схилів; консервація деградованих і забруднених земель; поліпшення малопродуктивних земельних угідь.

заболоченість, забруднення продуктами хімізації сільського господарства і техногенними факторами. Родючість земель (ґрунтів) визначається множинністю чинників – механічним складом, властивостями ґрунтоутворної породи, поживним режимом, фізико-хімічними показниками, умовами залягання тощо.

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується сукупністю трьох ознак: 1) діяння – безгосподарське використання земель; 2) наслідки – тривале зниження або втрата їх родючості, виведення земель із сільськогосподарського обороту, змивання гумусного шару, порушення структури ґрунту; 3) причинний зв'язок між діянням і наслідками. Відповідальність за ст. 254 КК виключається, якщо деградація земель була спричинена не їх безгосподарським використанням, а стихійними природними явищами (землетруси, повені, бурі, селі, карстоутворення, зсуви тощо).

Суть безгосподарського використання земель полягає в тому, що винна особа не виконує або неналежним чином виконує покладений на неї правовий обов'язок захищати землі від шкідливого антропогенного та природного впливу. Зміст охорони земель включає в себе те, що власники землі і землекористувачі, в т.ч. орендарі, зобов'язані здійснювати, зокрема, наступні заходи: захист земель від водної та вітрової ерозії, заболочування тощо; рекультивацию порушених земель, підвищення їхньої родючості та поліпшення інших корисних властивостей землі; зняття і перенесення родючого шару ґрунту при проведенні робіт (гірничодобувних, геологорозвідувальних, будівельних тощо), пов'язаних з порушенням земель; тимчасову консервацію деградованих сільськогосподарських угідь, якщо іншими способами неможливо відновити родючість ґрунтів.

Наприклад, з метою запобігання ерозії ґрунтів та іншим негативним явищам лісокористувачі після закінчення заготівель у разі потреби мають здійснювати протиерозійні заходи (влаштування фашин і плетених загорож, земляних валів, водовідводів тощо), а також проводити очищення русел водотоків від порубкових решток.

Окрім невиконання або неналежного виконання природоохоронних заходів щодо земель, їх безгосподарське використання може полягати у: нецільовому використанні угідь; порушенні правил обробки сільськогосподарських земель; переведенні цінних угідь у менш значущі категорії земель; пошкодженні або переміщенні гумусу без його збереження; знищенні або пошкодженні меліоративної інфраструктури; порушенні режиму особливо охоронюваних земель; використанні землі способами, небезпечними для здоров'я людей; знищенні або пошкодженні протиерозійних споруд тощо.

Діючи без отримання відповідних дозволів від контролюючих органів і в порушення вимог чинного земельного законодавства, а саме ст. 91 ЗК і ст. 35 Закону «Про охорону земель», Н. провів роботи з будівництва закритої водоїми площею 0,1440 га та насипу захисної дамби на належній йому земельній ділянці, виділеній для ведення особистого селянського господарства. Тим самим Н. порушив порядок зміни цільового призначення земельної ділянки, що проводиться за поданням заяви власника земельної ділянки до органу місцевого самоврядування. Останній розглядає заяву на сесії і надає дозвіл на виготовлення проекту землеустрою щодо зміни цільового призначення земельної ділянки. Відповідно до висновку судово-земельної експертизи внаслідок неправомірних дій підсудного, що полягали у будівництві ставка, земельна ділянка сільськогосподарського призначення площею 0,1440 га. була затоплена та використовувалася не за цільовим призначенням (для обслуговування водного об'єкта) і не була придатна для ведення сільськогосподарського виробництва. Тисменицький районний суд Івано-Франківської області, визнавши Н. винним у безгосподарському використанні землі шляхом виведення землі з сільськогосподарського обороту, кваліфікував його дії за ст. 254 КК<sup>126</sup>.

Вироком Тербовлянського районного суду Тернопільської області за вчинення злочину, передбаченого ст. 254 КК, було засуджено Д. Останній, будучи приватним підприємцем, набув на підставі державних актів право власності на земельну ділянку площею 0,945 га для ведення особистого селянського господарства та будівництва й обслуговування житлового будинку. Діючи умисно, у порушення вимог статей 91 та 168 ЗК, відповідно до яких власники земельних ділянок зобов'язані забезпечити використання їх за цільовим призначенням та не мають права здійснювати зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу органів, що здійснюють державний контроль за використанням та охороною земель, вирішив використати частину вказаної земельної ділянки не за цільовим призначенням – для будівництва ставка. Із цією метою він виділив площу розміром 0,18 га, на якій без спеціального дозволу зняв ґрунтовий покрив – родючий шар ґрунту (гумус) та побудував ставок, що спричинило наслідки у вигляді втрати родючості землі, порушення структури ґрунту, змиву гумусного шару. У результаті зазначена земельна ділянка була виведена із сільськогосподарського обороту<sup>127</sup>.

<sup>126</sup> Архів Тисменицького районного суду Івано-Франківської області. Справа № 1-168 за 2008 р.

<sup>127</sup> Архів Тербовлянського районного суду Тернопільської

Взагалі безгосподарське використання земель включає в себе різні за способом вчинення порушення земельного законодавства, а саме ті, що призводять до погіршення якісних показників родючості сільськогосподарських угідь або нераціонального використання несільськогосподарських земель. Це може бути також використання земельних ділянок сільськогосподарського призначення для ведення товарного сільськогосподарського виробництва без затверджених у випадках, визначених законом, проектів землеустрою, що забезпечують еколого-економічне обґрунтування сівозміни та впорядкування угідь. Наслідком такої поведінки може бути ґрунтовтома – порушення біоенергетичного режиму ґрунтів та різке зниження урожайності сільськогосподарських культур у результаті їх беззмінного вирощування або частого повернення на попереднє поле сівозмін, що призводить до погіршення якісного стану ґрунтів, накопичення у них специфічних хвороботворних організмів та насіння бур'янів.

До проявів, які негативним чином впливають на родючість ґрунтів, відносять, зокрема, водну і вітрову ерозію (порушення цілісності ґрунтів, яке супроводжується перенесенням землі з одного місця в інше), втрату гумусу (складна органічна природна речовина, яка зумовлює родючість ґрунтів), погіршення структури ґрунту (механічний та хімічний склад, який впливає на фізичні та водні властивості ґрунту). Родючістю ґрунту визнається його здатність задовольняти потреби рослин в елементах живлення, воді, повітрі і теплі в достатніх кількостях для їх нормального розвитку. Розрізняють природну та ефективну (набуту в результаті обробки добривами, меліорації тощо) родючість ґрунту. Втрата родючості ґрунту (постійна або тимчасова) означає, що вирощування сільськогосподарських культур на цій земельній ділянці стає нерентабельним.

Виведення земель із сільськогосподарського обороту означає припинення їх використання за цільовим призначенням на певний час або назавжди (неможливість вирощувати сільськогосподарські культури, випасати худобу тощо). Такий наслідок може бути викликаний не лише втратою родючості ґрунтів, а й іншими процесами – утворенням ярів, зсувів тощо. Консервації підлягають: 1) деградовані землі (з еродованими, перезволоженими, з підвищеною кислотністю або засоленістю ґрунтами тощо); 2) малопродуктивні землі (сільськогосподарські угіддя, ґрунти яких характеризуються негативними природними властивостями, низькою родючістю, а їх господарське використання за призначенням є економічно неефективним).

області. Справа № 1-16 за 2009 р.



Змивання гумусного шару – це видалення органічної складової частини ґрунту, яка утворилась у процесі біохімічного розпаду рослинних і тваринних решток та формує його родючість.

Безгосподарське використання земель, у т.ч. використання земель не за цільовим призначенням, зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу, невиконання умов зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту, непроведення рекультивації порушених земель, яке не потягло наслідків, зазначених у ст. 254 КК, тягне адміністративну відповідальність за статтями 53, 53-3, 54 КпАП.

«Поняття «тривале зниження або втрата родючості ґрунтів», «виведення земель із сільськогосподарського обороту», «змив гумусного шару», «порушення структури ґрунту» – певною мірою оціночні. Визнання їх ознакою об'єктивної сторони розглядуваного злочину здійснюється з урахуванням: ступеня зниження родючості землі, площі ділянки, на якій втрачена родючість, регіону, в якому довелось вивести землі із сільськогосподарського обороту, типу ґрунту, структура якого порушена, та ін.»<sup>128</sup>.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний. Це особа, на яку нормативними актами або з огляду на виконання службових чи професійних функцій покладено обов'язок дотримуватись правил щодо дбайливого і раціонального використання земель (наприклад, керівники сільськогосподарських підприємств, агрономи, фермери, власники земельних ділянок).

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умислом або необережністю.

#### **10.4. Злочини, що посягають на встановлений порядок охорони атмосферного повітря та водних ресурсів**

**Забруднення атмосферного повітря** (ст. 241 КК). Як випливає з преамбули Закону України «Про охорону атмосферного повітря» (в редакції Закону України від 21 червня 2001 р.), атмосферне повітря є одним з основних життєво важливих елементів навколишнього природного середовища. Основними завданнями цього Закону, а так само інших нормативних актів у галузі регулювання відносин щодо охорони атмосферного повітря, є збереження та відновлення природного стану атмосферного повітря, створення

сприятливих умов для життєдіяльності, забезпечення екологічної безпеки та запобігання шкідливому впливу атмосферного повітря на здоров'я людей та навколишнє природне середовище.

Забруднення атмосферного повітря й особливо таке, що має транскордонний характер, становить велику небезпеку у першу чергу для довкілля і здоров'я людей. Як наслідок, кримінальна відповідальність за забруднення атмосферного повітря передбачена у законодавстві багатьох країн світу<sup>129</sup>.

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 241 КК, полягає в посяганні на екологічну безпеку, на право людини на сприятливе довкілля, визначається тим, що забруднення атмосфери здатне заподіяти істотної шкоди здоров'ю населення, флорі і фауні.

В Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 р., затверджених Законом України від 21 грудня 2010 р., можна прочитати, що основними причинами, котрі зумовлюють незадовільний стан якості атмосферного повітря в населених пунктах, є недотримання підприємствами режиму експлуатації пилогазоочисного обладнання, нездійснення заходів із зниження обсягу викидів забруднюючих речовин до встановлених нормативів, низькі темпи впровадження новітніх технологій та значне збільшення кількості транспортних засобів, зокрема, тих, що вичерпали строк придатності. Упродовж останніх років у промислово розвинутих містах України в атмосферному повітрі постійно реєструвалася наявність до 16 поліциклічних ароматичних вуглеводнів, з яких 8 є канцерогенами, груп нітрозамінів і важких металів (хром, нікель, кадмій, свинець, берилій).

**Основний безпосередній об'єкт** злочину – порядок охорони атмосферного повітря, встановлений з метою збереження, поліпшення та відтворення його стану, раціонального використання для виробничих потреб, відвернення і зменшення шкідливого впливу на атмосферне повітря, а також право людини на сприятливе довкілля. Додатковими об'єктами злочину можуть виступати життя і здоров'я особи, інші блага.

**Предметом** злочину є атмосферне повітря – це життєво важливий компонент навколишнього природного середовища, який становить собою природну суміш газів (кисень, азот, аргон, вуглекислий газ, неон тощо), що знаходиться у відкритому просторі над територією України

<sup>128</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко, М.І. Мельник та ін.; За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 3-тє вид., переробл. та допов. – К.: Атіка, 2009. – С. 350.

<sup>129</sup> Кузнецова О.Н. О наказуемости деяний, посягающих на атмосферный воздух // Научные основы уголовного права и процессы глобализации: материалы V Российского конгресса уголовного права (27–28 мая 2010 года). – М.: Проспект, 2010. – С. 112–117.

за межами житлових, виробничих та інших приміщень.

Забруднення повітря у межах закритих виробничих приміщень за наявності до цього підстав повинне кваліфікуватись за ст. 271 КК як порушення вимог законодавства про охорону праці.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 241 КК, полягає у: 1) забрудненні або 2) іншій зміні природних властивостей атмосферного повітря шляхом насичення його зазначеними у ч. 1 ст. 241 КК речовинами і матеріалами, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей або для довкілля. У цьому складі злочину терміни «забруднення» та «інша зміна природних властивостей».

Забруднення атмосферного повітря може бути вчинене шляхом як дії, так і бездіяльності. Під спеціальними правилами, згаданими у ч. 1 ст. 241 КК, слід розуміти нормативи, які встановлюються у галузі охорони атмосферного повітря щодо: а) екологічної безпеки атмосферного повітря; б) гранично допустимих викидів забруднюючих речовин у атмосферне повітря і шкідливого впливу фізичних та біологічних факторів стаціонарними джерелами; в) утворення забруднюючих речовин, які виводяться в атмосферне повітря під час експлуатації технологічного та іншого обладнання, споруд і об'єктів; г) використання атмосферного повітря як сировини основного виробничого призначення; г) вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах пересувних джерел та шкідливого впливу їх фізичних факторів (ст. 5 Закону України «Про охорону атмосферного повітря»). Законодавством можуть встановлюватися й інші нормативи в галузі охорони атмосферного повітря.

Спеціальні правила, про які йдеться у розглядуваній кримінально-правовій забороні, зосереджені, поміж інших, у таких актах регулятивного (екологічного) законодавства: Порядок ведення державного обліку в галузі охорони атмосферного повітря, затверджений постановою КМУ від 13 грудня 2001 року № 1655; Порядок розроблення та затвердження нормативів гранично допустимих викидів забруднюючих речовин із стаціонарних джерел, затверджений постановою КМУ від 28 грудня 2001 року № 1780; Порядок розроблення та затвердження нормативів екологічної безпеки атмосферного повітря, затверджений постановою КМУ від 13 березня 2002 року № 299; Порядок розроблення та затвердження нормативів граничнодопустимого рівня впливу фізичних та біологічних факторів стаціонарних джерел забруднення на стан атмосферного повітря, затверджений постановою КМУ від 13 березня 2002 року № 300; Порядок погоджен-

ня і видачі дозволів на провадження діяльності, пов'язаної із штучними змінами стану атмосфери та атмосферних явищ у господарських цілях, затверджений постановою КМУ від 13 березня 2002 року № 301<sup>130</sup>.

Порушення правил викиду в атмосферу різних забруднюючих речовин і матеріалів може відбуватись шляхом: 1) вчинення діянь, які прямо заборонені природоохоронним законодавством (наприклад, експлуатація очисних установок без фільтрів або з їх несвоєчасною заміною, невикористання контрольної апаратури, спалювання промислових та побутових відходів, які є джерелами забруднення атмосферного повітря забруднюючими речовинами та речовинами з неприємним запахом або іншого шкідливого впливу, за винятком, коли це здійснюється з використанням спеціальних установок); 2) недотримання підстав, порядку, обсягу, інтенсивності та інших умов викиду забруднюючих речовин і матеріалів (перевищення нормативів гранично допустимих рівнів шкідливого впливу фізичних та біологічних факторів на атмосферне повітря; викиди забруднюючих речовин без дозволу спеціально уповноважених державних органів; перевищення параметрів залпового випуску<sup>131</sup>).

Ч. 5 ст. 11 Закону України «Про охорону атмосферного повітря» встановлює, що викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами можуть здійснюватися після отримання дозволу, який видається уповноваженим органом. Відповідно до п. 2 Порядку проведення та оплати робіт, пов'язаних з видачею дозволів на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами, обліку підприємств, установ, організацій та громадян – суб'єктів підприємницької діяльності, які отримали такі дозволи, затвердженого постановою КМУ від 13 березня 2002 року № 302, дозвіл на викиди забруднюючих речовин в

<sup>130</sup> Важливу роль відіграють і акти, затверджені МОНПС (див., зокрема: Нормативи граничнодопустимих викидів забруднюючих речовин зі стаціонарних джерел; Технологічні нормативи допустимих викидів забруднюючих речовин із теплових установок, номінальна теплова потужність яких перевищує 50 МВт; Технологічні нормативи допустимих викидів забруднюючих речовин із устаткування (установки) для виробництва цементного клінкера в обертових випалювальних печах, виробнича потужність яких перевищує 500 тонн на день; Технологічні нормативи допустимих викидів забруднюючих речовин від коксових печей; Технологічні нормативи допустимих викидів забруднюючих речовин у атмосферне повітря із котелень, що працюють на лушпинні соняшнику).

<sup>131</sup> Залповим визнається викид забруднюючих речовин в атмосферне повітря, який кількісно та якісно передбачений технологічним регламентом виробництва і перевищує в декілька разів величини викидів, що встановлені при нормальному веденні технологічного процесу. Дозволений обсяг залпових викидів не повинен перевищувати трикратне значення граничнодопустимого викиду відповідно до законодавства.

атмосферне повітря стаціонарними джерелами – це офіційний документ, який дає право відповідним суб'єктам господарювання експлуатувати об'єкти, з яких надходять в атмосферне повітря забруднюючі речовини або їх суміші, за умови дотримання встановлених відповідних нормативів граничнодопустимих викидів та вимог до технологічних процесів у частині обмеження викидів забруднюючих речовин протягом визначеного в дозволі терміну.

*Вироком Збараського районного суду Тернопільської області Н. було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 365 КК. Суд установив, що Н., обіймаючи посаду директора малого приватного підприємства «Ливарний завод» і виконуючи функції службової особи, у порушення вимог ст. 10 і ст. 11 Закону «Про охорону атмосферного повітря», явно вийшовши за межі наданих йому прав та повноважень, у період з 1 січня 2009 р. по 1 листопада 2009 р. за відсутності передбаченого законом дозволу на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря організував на очолюваному ним підприємстві технологічний процес з виготовлення литва з чавуну, який супроводжувався несанкціонованими наднормативними викидами забруднюючих речовин. У результаті такої діяльності державним інтересам були спричинені тяжкі наслідки у вигляді матеріальної шкоди на загальну суму 133 тис. 217 грн.<sup>132</sup>*

Правильність кваліфікації протиправної поведінки Н. викликає сумнів. Очевидно, що Н. порушив спеціальні правила в галузі охорони атмосферного повітря, внаслідок чого відбулось його забруднення із настанням тяжких наслідків для довкілля. Тобто у діях Н. вбачаються ознаки складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 241 КК. Водночас суд у постановленому вирокі навіть не торкнувся питання про можливість оцінки діянь підсудного саме як злочину проти довкілля – забруднення атмосферного повітря.

Викиди забруднюючих речовин джерелами, які не мають дозволів на викид, вважаються наднормативними викидами забруднюючих речовин в атмосферне повітря. Факт наднормативного викиду встановлюється спеціалістами Державної екологічної інспекції України за допомогою інструментальних методів контролю або розрахункових методів<sup>133</sup>.

Забруднення атмосферного повітря – це зміна

<sup>132</sup> Архів Збараського районного суду Тернопільської області. Справа № 1-50 за 2010 р.

<sup>133</sup> Визначенню наднормативних викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря присвячено розділ 2 Методики розрахунку розмірів відшкодування збитків, які заподіяні державі в результаті наднормативних викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря, затвердженої наказом МОНПС від 10 грудня 2008 року № 639.

складу і властивостей атмосферного повітря в результаті надходження або утворення в ньому фізичних, біологічних факторів і (або) хімічних сполук, що можуть негативно впливати на здоров'я людини та стан навколишнього природного середовища (ст. 1 Закону України «Про охорону атмосферного повітря»).

І.О. Харь на підставі вивчення існуючих у кримінально-правовій доктрині підходів до визначення цього ключового для диспозиції ст. 241 КК поняття пропонує таке його розуміння: це – протиправне насичення атмосферного повітря для нього не характерними фізичними, хімічними або біологічними агентами або перевищення внаслідок людської протиправної діяльності в даний час природного рівня (у межах крайніх коливань) концентрацій, викидів, впливів перерахованих агентів у атмосферному повітрі (що змінює природні властивості та склад атмосферного повітря), що справляють шкідливий вплив на людину, флору і фауну або тягнуть за собою часткову або повну непридатність цього природного об'єкта для використання<sup>134</sup>. Таке, на перший погляд, змістовно навантажене (щоб не сказати – громіздке) визначення лише підкреслює багатогранність і складність здійснення належної кримінально-правової оцінки забруднення атмосферного повітря.

Виробничі викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря та шкідливий фізичний вплив на нього, скоєні без відповідного дозволу державного органу, що здійснює контроль за охороною атмосферного повітря, можуть призвести до перевищення нормативів гранично допустимих викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря. Відповідно, такі дії повинні визнаватись способом забруднення, якщо зафіксовані викиди викликали перевищення зазначених нормативів якості довкілля.

Забруднюючими визнаються речовини хімічного або біологічного походження, які можуть прямо або опосередковано справляти негативний вплив на здоров'я людей і стан навколишнього природного середовища. До найбільш поширених забруднюючих речовин, викиди яких в атмосферне повітря підлягають регулюванню, законодавство відносить: оксиди азоту, бенз(а)пірен, діоксид та інші сполуки сірки, оксид вуглецю, озон, речовини у вигляді суспендованих твердих частинок (мікрочастинки та волокна – азбест, сажа тощо), свинець та його сполуки, формальдегід. Небезпечними забруднюючими речовинами визнаються: метали та їх сполуки, органічні аміни, леткі органічні сполуки, стійкі

<sup>134</sup> Харь І. Деякі дискусійні питання кримінальної відповідальності за забруднення атмосферного повітря // Юридична Україна. – 2006. – № 4. – С. 86.



органічні сполуки, хлор, бром та їх сполуки, фтор та його сполуки, ціаніди, фреони, арсен та його сполуки<sup>135</sup>.

Монастирищенський районний суд Черкаської області, встановивши у поведінці Л. ознаки складів злочинів, передбачених ч. 1 ст. 241 і ч. 2 ст. 367 КК, на підставі Закону України «Про амністію у 2011 році» звільнив його від кримінальної відповідальності. Як впливає з матеріалів кримінальної справи, Л., обіймаючи посаду майстра ВАТ «Монастирищенський ордена Трудового Червоного Прапора машинобудівний завод», виконував, поряд із іншими організаційно-розпорядчими функціями, обов'язки щодо контролю за викидами забруднюючих речовин в навколишнє середовище, утворенням, збереженням та утилізацією токсичних відходів. У порушення вимог ст. ст. 9, 10 Закону «Про охорону навколишнього природного середовища», ст. ст. 10, 11, 31 Закону «Про охорону атмосферного повітря» Л. протягом II, III, IV кварталів 2009 р. своєчасно не вжив заходів для отримання дозволу на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря і дозволив продовження виробничої діяльності. Унаслідок цього протягом вказаного періоду стаціонарними джерелами підприємства були здійснені викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря без відповідного дозволу, а саме: оксиду заліза – 0,0116 тонн, оксиду марганцю – 0,121 тонн, оксиду азоту – 1,994 тонн, оксиду вуглецю – 10,786 тонн, ацетону – 0,0247 тонн, бутилацетату – 0,0419 тонн, етилцелюзолу – 0,0771 тонн, толуолу – 0,185 тонн, уайт-спіріту – 0,0293 тонн, сольвенту – 0,020753 тонн, аерозолу фарби – 0,0302 тонн. Перевищення допустимих рівнів зазначених речовин в атмосферному повітрі створює небезпеку для здоров'я людей, оскільки ці речовини можуть викликати гострі та хронічні отруєння організму, а також погіршувати перебіг існуючих захворювань органів дихання, центральної нервової системи та органів кровотворення. Водночас діяння Л. призвели до наднормативних викидів, унаслідок чого державі були завдані матеріальні збитки в сумі 183 083 грн., обраховані відповідно до Методики розрахунку розмірів відшкодування збитків, які заподіяні в результаті наднормативних викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря. Заподіяна матеріальна шкода становила, на думку суду, тяжкі наслідки для інтересів держави<sup>136</sup>.

Інша зміна природних властивостей, яка фі-

<sup>135</sup> Перелік найбільш поширених і небезпечних забруднюючих речовин, викиди яких в атмосферне повітря підлягають регулюванню, затверджений постановою КМУ від 29 листопада 2001 року № 1598.

<sup>136</sup> Архів Монастирищенського районного суду Черкаської області. Справа № 1-67 за 2011 р.

гує у ч. 1 ст. 241 КК, – це негативне відхилення від оптимального стану атмосферного повітря в частині його фізичних, хімічних та біологічних властивостей, що не охоплюється поняттям забруднення і негативним чином впливає на здоров'я людини і довкілля, у т. ч. на клімат і погоду. Отруєння повітря (найбільш небезпечна стадія його забруднення) є формою екоциду (ст. 441 КК)<sup>137</sup>.

Конкретні способи забруднення чи іншої зміни природних властивостей атмосферного повітря можуть бути різноманітними і на кваліфікацію за ст. 241 КК не впливають.

Кримінальна відповідальність повинна включатись, якщо при дотриманні нормативів гранично допустимих викидів забруднюючих речовин загибель людей чи інші тяжкі наслідки настають через вплив сполук, що утворились в атмосферному повітрі внаслідок реакції речовин, що містяться у викидах із різних джерел забруднення. Водночас, на думку білоруського дослідника В.В. Марчука, якщо причиною виникнення сполук, що потягли негативні для людини та довкілля наслідки, було порушення вимог екологічної безпеки під час проектування, розміщення, будівництва, реконструкції, введення в експлуатацію, експлуатації та ліквідації підприємств, споруд, пересувних засобів та інших об'єктів, відповідальні особи повинні притягуватись до кримінальної відповідальності за порушення правил екологічної безпеки<sup>138</sup> (ст. 236 КК).

Злочин, передбачений ст. 241 КК, є закінченим з моменту, коли внаслідок забруднення або іншої зміни природних властивостей атмосферного повітря створено небезпеку для життя, здоров'я людей або для довкілля. Забруднення атмосферного повітря, що не супроводжувалось створенням вказаної небезпеки, тягне за собою адміністративну відповідальність (статті 78, 79 КпАП).

Загальним наслідком розглядуваного злочину є заподіяння шкоди у вигляді негативних змін

<sup>137</sup> Як слушно зазначає І.О. Харь, поняття забруднення атмосферного повітря включає в себе зміну складу і природних властивостей атмосферного повітря, його отруєння і зараження. Звідси випливає, що таке вжите у ст. 241 КК поняття, як інша зміна природних властивостей атмосферного повітря, не є науково обґрунтованим і має бути замінене на зрозумілий термін «засмічення» (Харь І.О. Кримінально-правова охорона атмосферного повітря потребує вдосконалення // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 424).

<sup>138</sup> Правила регистрации, учета и квалификации преступлений: науч.-практ. пособие для следователей прокуратуры / Н.А. Бабий [и др.]; под общ. ред. Н.А. Бабия. Минск: Тесей, 2008. – С. 338.

складу атмосферного повітря внаслідок привнесень шкідливих сумішей понад затверджені нормативи гранично допустимих викидів. Відповідно, для встановлення причинного зв'язку між здійсненням викидів в атмосферне повітря та негативними змінами в його структурі необхідно призначати відповідну екологічну експертизу.

Тут доречно навести точку зору Н.Г. Нарішевої, яка зазначає, що збитки, заподіяні в результаті порушення законодавства про охорону атмосферного повітря, є досить умовними. Сучасний рівень науки і техніки не дозволяє здійснювати заходи щодо очищення забрудненого атмосферного повітря, а тому не можна розрахувати витрати на приведення атмосферного повітря до колишнього стану. Атмосферне повітря не є майном і об'єктом права власності, у зв'язку з чим не видається за можливе вести мову про відшкодування вартості втраченого або пошкодженого майна, а також про невикористані витрати, втрачену вигоду<sup>139</sup>.

Як слушно зауважує В.К. Матвійчук, установлення джерела забруднення є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони розглядуваного злочину. Відсутність джерела забруднення або неможливість його встановлення не дає можливості кваліфікувати дії або бездіяльність винного за ст. 244 КК (як, до речі, і за ст. 242 та ч. 3 ст. 243 КК)<sup>140</sup>. Дійсно, аналіз диспозицій норм про відповідні злочини проти довкілля, що містять вказівку на таку форму об'єктивної сторони, як «забруднення», наводить на думку про обов'язковість встановлення не лише факту забруднення, а й безпосереднього джерела цього забруднення. «Джерелами забруднення атмосферного повітря є виробнича і невиробнича сфера, з якої надходять засоби забруднення цього природного об'єкта»<sup>141</sup>.

**Суб'єкт** злочину – спеціальний: це працівник підприємства, установи, організації, у зв'язку з діяльністю яких відбуваються забруднення чи

<sup>139</sup> Нарышева Н.Г. Возмещение вреда, причиненного нарушением законодательства об охране окружающей природной среды и природных ресурсах: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1998. – С. 89.

<sup>140</sup> Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Монографія. – К.: «Азимут-Україна», 2005. – С. 215.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону атмосферного повітря» джерело викиду – це об'єкт (підприємство, цех, агрегат, установка, транспортний засіб тощо), з якого надходить в атмосферне повітря забруднююча речовина або суміш таких речовин.

<sup>141</sup> Харь І.О. Кримінально-правова охорона атмосферного повітря потребує вдосконалення // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 425.

інша негативна зміна атмосферного повітря і на якого покладено правовий обов'язок дотримуватись спеціальних правил з приводу забезпечення чистоти й оптимального стану атмосферного повітря. За наявності підстав за ст. 241 КК мають нести відповідальність також фізичні особи – підприємці.

*Так, вироком Садгірського районного суду м. Чернівці приватного підприємця З. було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 241 КК. Знаючи про те, що на ділянці з ремонту та виробництва меблів утворюються відходи 1-4 класів небезпеки (відпрацьовані люмінесцентні лампи, тирса деревини, відходи деревних, стружкових плит), тобто джерела, пов'язані з викидом забруднюючих речовин в атмосферне повітря, З. не здійснював інвентаризацію відходів, угоди щодо їх утилізації не укладав, первинний облік вказаних відходів не вів тощо. У порушення вимог Закону «Про охорону атмосферного повітря» З. протягом 2009 р. допустив здійснення викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами без отримання належного дозволу, що створило небезпеку для довкілля»<sup>142</sup>.*

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною або необережною формами вини. Психічне ставлення винного до тяжких наслідків (ч. 2 ст. 241 КК) може характеризуватися тільки необережністю.

Аналізуючи зміст суб'єктивних ознак злочину, передбаченого ч. 2 ст. 241 КК, І.О. Харь зазначає, що до самих дій або бездіяльності суб'єкт може ставитися як умисно, так і з необережності, а до наслідків – лише необережно. Тобто в одних випадках злочин може вчинитися з необережності, а в інших випадках не виключається змішана форма вини у вигляді умислу до діяння і необережності до наслідків<sup>143</sup>. Важко погодитися із таким підходом, оскільки, виходячи зі змісту статей 24 та 25 КК, для встановлення конкретної форми вини визначальним є психічне ставлення особи саме до суспільно небезпечних наслідків злочину, а не до вчиненого діяння.

**Порушення правил охорони вод** (ст. 242 КК). Проблеми чистої води й охорони водних екосистем із розвитком суспільства стають дедалі гострішими. У зв'язку з науково-технічним прогресом стрімко збільшується негативний вплив людини не лише на водні об'єкти, а й на природу в цілому. Незважаючи на колосальні водні ресурси (зокрема, основними джерелами прісної води

<sup>142</sup> Архів Садгірського районного суду м. Чернівці. Справа № 1-134 за 2001 р.

<sup>143</sup> Харь І. Суб'єктивна сторона складу злочину «Забруднення атмосферного повітря» // Вісник прокуратури. – 2007. – № 9. – С. 52.

в Україні є стоки річок Дніпра, Дністра, Південного Бугу, Сіверського Дінця, Дунаю з притоками, а також малих річок північного узбережжя Чорного та Азовського морів), сьогодні у нашій державі з особливою гостротою постає масштабна проблема забруднення вод і, як результат, істотного погіршення її якості. Як зазначено в Указі Президента України від 6 квітня 2009 року № 221/2009 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 лютого 2009 року «Про стан безпеки водних ресурсів держави та забезпечення населення якісною питною водою в населених пунктах України», унаслідок поступового виснаження і забруднення джерел прісної води, незадовільного технічного стану та зношеності систем водопостачання і водовідведення, застосування застарілих технологій водопідготовки знижується якість питної води, підвищуються ризики виникнення надзвичайних ситуацій техногенного та епідемічного характеру.

Серед основних причин забруднення поверхневих вод України фахівці називають: скид неочищених та недостатньо очищених комунально-побутових і промислових стічних вод безпосередньо у водні об'єкти та через систему міської каналізації; надходження до водних об'єктів забруднюючих речовин у процесі поверхневого стоку води із забудованих територій та сільгоспугідь; ерозію ґрунтів на водозабірній площі. Якісний стан підземних вод внаслідок господарської діяльності також постійно погіршується. Це пов'язано з існуванням на території України близько 3 тис. фільтруючих накопичувачів стічних вод, а також із широким використанням мінеральних добрив та пестицидів. Загалом 88 % річок та їх басейнів відповідно до класифікації якості води в Україні мають екологічний стан від «поганого» до «катастрофічного»<sup>144</sup>.

За даними ВООЗ, вода у наш час містить 13 000 потенційно токсичних речовин і щороку додається ще від 500 до 1000 нових речовин. Нормована ж тільки 1 тис. шкідливих речовин для водних об'єктів господарсько-побутового і культурно-побутового користування і близько 700 речовин – для рибно-господарських водойм<sup>145</sup>.

У Концепції Загальнодержавної цільової програми розвитку водного господарства на період до 2020 року, затвердженій розпорядженням КМУ від 3 вересня 2009 року № 1029-р, констатується, що промисловість, сільське і житлово-комунальне господарство України є основними водокористувачами і потребують значної кількості води

високої якості. З водних об'єктів у 2008 р. на їх потреби забрано 15,7 млрд. куб. метрів води. У водні об'єкти країни щороку скидається 8,3-8,5 млрд. куб. метрів забруднених промислових і комунальних стоків, з яких неочищених – 0,6 млрд. куб. метрів та недостатньо очищених – 2,1 млрд. куб. метрів. Рівень водоемності промисловості та житлово-комунального господарства у 2,5-3 рази вище світового рівня. Основними причинами виникнення проблеми названо, зокрема: високий рівень антропогенного навантаження на водні об'єкти; великий обсяг скидання у водні об'єкти забруднених промислових і комунальних стоків та безповоротне використання водних ресурсів; недостатньо ефективну систему проведення державного моніторингу вод; відсутність жорстких санкцій за порушення законодавства з питань забезпечення якості водних ресурсів.

Для реалізації загальнонаціональної природоохоронної політики України в частині збереження і відновлення водних ресурсів необхідна досконала нормативно-правова база, а також ефективні правозастосовні механізми забезпечення додержання вимог водного законодавства. За таких обставин цілком логічним є існування у чинному КК ст. 242, яка встановлює відповідальність за найбільш небезпечні порушення правил охорони вод.

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 242 КК 2001 р., полягає у заподіянні шкоди водним об'єктам, які є національним надбанням народу України, однією з природних основ його розвитку і добробуту. На відміну від ст. 228 КК 1960 р., яка передбачала караність забруднення водойм лише внаслідок діяльності промислових, сільськогосподарських, комунальних та інших підприємств, установ, організацій, аналізована норма чинного КК сформульована більш широко. Її призначення – захист водних ресурсів у процесі народногосподарського, побутового, рекреаційного та іншого водокористування.

Доводиться констатувати наявність плюралізму наукових позицій в частині визначення безпосереднього об'єкта розглядуваного злочину. Зокрема, на думку В.О. Навроцького, таким об'єктом є суспільні відносини, які охороняються кримінальним законом, що забезпечують певний ступінь чистоти водних об'єктів, необхідний для збереження життя й здоров'я людей, повноцінного господарського використання водних ресурсів і нормального існування водних біогеоценозів<sup>146</sup>. В.К. Матвійчук та В.М. Присяжний розкривають безпосередній об'єкт порушення правил охорони вод через суспільні

<sup>144</sup> Мороз Ф. Брудна вода // Юридичний вісник України. – 22-28 жовтня 2011 р. – № 42.

<sup>145</sup> Науково-практичний коментар Водного кодексу України / За ред. канд. юрид. наук. Н.Р. Кобецької // Бюлетень законодавства і юридичної практики. – 2010. – № 11. – С. 127-128.

<sup>146</sup> Навроцкий В.А. Уголовная ответственность за загрязнение водоемов: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1982. – С. 4.



відносини, що забезпечують умови з охорони, раціонального використання, відтворення та оздоровлення водних об'єктів на території нашої країни, які беруть участь у кругообігові вод і нерозривно пов'язані з навколишнім природним середовищем, з метою протидії їх забрудненню, виснаженню та засміченню<sup>147</sup>.

Ознайомлення із викладеними та іншими позиціями фахівців дозволяє визначити основний **безпосередній об'єкт** злочинного порушення правил охорони вод як встановлений порядок раціонального використання, відтворення та охорони водних об'єктів від забруднення, засмічення та виснаження. Додатковим об'єктом злочину є життя та здоров'я особи, власність чи інші охоронювані кримінальним законом блага.

**Предмет** злочину – водні об'єкти, конкретні різновиди яких перераховано у диспозиції ч. 1 ст. 242 КК. Спільним для них є те, що вони належать до материкових вод, тобто є водними об'єктами суші, пов'язані з біосферою, а їхні води беруть участь у природному кругообігу вод. Для визнання водного об'єкта предметом цього злочину не має значення, чи включений він офіційно до складу водного фонду України, чи має він власну назву та господарське значення, в якому стані і чи постійно перебуває у ньому вода, тощо. Також на кваліфікацію за ст. 242 КК не впливає, є той чи інший об'єкт об'єктом загальнодержавного або місцевого значення.

Згідно зі ст. 1 ВК під водними об'єктами слід розуміти природні або створені штучно елементи довкілля, в яких зосереджуються води (річка, озеро, водосховище, ставок, канал тощо)<sup>148</sup>. Предметом злочину виступають не лише власне водні маси у рідкому, твердому чи газоподібному стані, а й тверді поверхні, що обмежують їх поширення (береги, дно, русло, склепіння), мікроорганізми і донні відкладення, взаємодія яких забезпечує природне самоочищення і належну якість води, зв'язок водойм з іншими природними об'єктами і всією біосферою.

Поверхневі води – це води різних водних об'єктів, що знаходяться на земній поверхні, а підземні – води, що знаходяться нижче рівня земної поверхні в товщах гірських порід верхньої частини земної кори в усіх фізичних станах. **Водоносний горизонт** – це однорідна пластова тов-

<sup>147</sup> Матвійчук В.К., Присяжний В.М. Забруднення, засмічення та виснаження водних об'єктів: відповідальність, досудове і судове слідство та запобігання: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 240.

<sup>148</sup> Взагалі до поверхневих водних об'єктів належать потоки (річки, рукави, канали, струмки), водойми (озера, водосховища, ставки, болота), моря, льодовики, а до підземних водних об'єктів – басейни, водоносні горизонти, родовища (Науково-практичний коментар Водного кодексу України / За ред. канд. юрид. наук. Н.Р. Кобецької // Бюлетень законодавства і юридичної практики. – 2010. – № 11. – С. 19).

ща гірських порід, де постійно знаходяться води.

Джерела питних і лікувальних вод – це зосереджені виходи (наприклад, ключі, гейзери, джерела) підземних вод, які використовуються або можуть використовуватись для забору питної або лікувальної води з різною технологією її обробки. Перелік водних об'єктів, що відносяться до категорії лікувальних, затверджується КМУ<sup>149</sup>. Джерелом питного водопостачання визнається водний об'єкт, вода якого використовується для питного водопостачання після відповідної обробки або без неї. Питною є вода, яка за органолептичними властивостями, хімічним і мікробіологічним складом та радіологічними показниками відповідає державним стандартам та санітарному законодавству.

Не визнаються предметом злочину, передбаченого ст. 242 КК: а) внутрішні морські води та територіальне море; б) технічні місткості і накопичувачі води, які безпосередньо включені у технічне або споживче використання, вилучені з природного кругообігу і процес обміну водних мас в яких повністю контролюється людиною (цистерни, системи оборотного водопостачання, опалювальні та охолоджувальні прилади, ставки для нагромадження стічних вод тощо); в) природні або штучні западини, в яких води немає постійно (наприклад, осушені болота, давні гирла рік, солончаки на місці висохлих озер).

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується сукупністю трьох ознак: 1) діяння – порушення правил охорони вод; 2) наслідки у вигляді забруднення поверхневих чи підземних вод і водоносних горизонтів, джерел питних, лікувальних вод або зміни їхніх природних властивостей, або виснаження водних джерел, що створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи для довкілля; 3) причинний зв'язок між діянням та його наслідками.

Порушення правил охорони вод вчиняється шляхом дії або бездіяльності і полягає, зокрема, у: невиконанні водокористувачем обов'язку забезпечувати дотримання відповідного санітарного стану на території, де розташовані його об'єкти, і не допускати винесення через дощові каналізаційні мережі сміття, продуктів ерозії ґрунтів, сировини та відходів виробництва; скиданні у водні об'єкти, на поверхню льодового покриву та водозабору, а також у каналізаційні мережі шламів, інших технологічних і побутових твердих відходів; відключенні очисних споруд або недостатньому контролі за їх роботою; скиданні забруднюючих речовин у поверхневі водні об'єкти з перевищенням лімітів, встановлених у дозволі

<sup>149</sup> Постанова КМУ від 11 грудня 1996 року № 1499 «Про затвердження переліку водних об'єктів, що відносяться до категорії лікувальних».

на спеціальне водокористування; порушенні технології транспортування нафти, що має своїм наслідком її вилиття у водний об'єкт; самовільному захопленні водних об'єктів, порушенні режимів роботи водогосподарських споруд і пристроїв; руйнуванні русел річок, струмків і водотоків; порушенні ліміту забору води з водних об'єктів; використанні на територіях водоохоронних зон<sup>150</sup> стійких та сильнодіючих пестицидів, розміщенні у цих зонах кладовищ, скотомогильників, звалищ, полів фільтрації, скиданні неочищених стічних вод із використанням рельєфу місцевості; самовільному проведенні гідротехнічних робіт (будівництво ставків, дамб, каналів, свердловин).

Забрудненням вод потрібно визнавати надходження до водних об'єктів забруднюючих речовин, тобто речовин, які привносяться у такі об'єкти в результаті господарської діяльності людини та спричиняють погіршення якості води (відходів і викидів, виробничої сировини, напівфабрикатів, таких готових продуктів виробництва, як отрутохімікати, мінеральні добрива, нафтопродукти, неочищених стічних вод)<sup>151</sup>. Наприклад, під впливом кисню деякі пестициди у воді перетворюються у діоксин, який викликає мутагенні та канцерогенні процеси в організмах людей і тварин. При цьому для кваліфікації діяння за ст. 242 КК не має значення, чи встановлено щодо зазначених речовин гранично допустимі концентрації.

Забруднення вод може бути не лише хімічним, а й біологічним чи тепловим. При біологічному забрудненні води насичуються шкідливими мікроорганізмами (бактеріями, вірусами), здатними викликати захворювання людей, риб, інших водних ресурсів, а при тепловому відбуваються скиди підігрітих вод, що має своїм наслідком порушення теплового режиму, зміну біоценозів, загибель рослин і водних тварин, розмноження шкідливих мікроорганізмів.

Так, Правила охорони поверхневих вод від забруднення зворотними водами, затверджені постановою КМУ від 25 березня 1999 року № 465, містять технічні умови відведення стічних вод, вказують, в яких випадках скидання їх у водні об'єкти забороняється, містять загальні рекомендації щодо розрахунку змішування та розбавлення стічних вод, які скидають, визначають порядок погодження умов відведення їх у водні

<sup>150</sup> Порядок визначення розмірів і меж водоохоронних зон та режиму ведення господарської діяльності на них затверджений постановою КМУ від 8 травня 1996 року № 486.

<sup>151</sup> Основні речовини, які призводять до забруднення вод в Україні, – це сполуки азоту та фосфору, органічні речовини, що піддаються легкому окисленню, отрутохімікати, нафтопродукти, важкі метали, феноли (Основні засади (стратегія) державної екологічної політики України на період до 2020 р., затверджені Законом України від 21 грудня 2010 року).

об'єкти і порядок ефективності очищення і знешкодження стічних вод.

*Вироком Каховського міськрайонного суду Херсонської області В. було визнано винним у злочинному порушенні правил охорони вод. Суд установив, що В., обіймаючи посаду головного інженера комунально-виробничого управління «Каховський водоканал» (далі – КВУ «Каховський водоканал») і будучи особою, відповідальною за охорону навколишнього природного середовища на підприємстві, неналежно виконував свої службові обов'язки, через що не забезпечив охорону навколишнього природного середовища на підприємстві. Унаслідок цього у КВУ «Каховський водоканал» було допущено наднормативне скидання стічних вод із перевищенням встановлених нормативів гранично допустимих скидів забруднюючих речовин. Зазначене перевищення спричинило забруднення поверхневих вод Каховського водосховища р. Дніпро, створило небезпеку для довкілля та заподіяло істотну шкоду охоронюваному законом державним інтересам, яка виразилась в заподіянні матеріальних збитків в розмірі 55 618 грн., а також конституційним правам громадян України в особі жителів Каховського району Херсонської області на безпечне для життя та здоров'я довкілля. В описовій частині вироку суд послався на положення загальнодержавних і локальних нормативних актів, що закріплюють підстави юридичної відповідальності за забруднення поверхневих вод, зокрема: ВК, Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», постанови КМ «Про затвердження Правил охорони поверхневих вод від забруднення зворотними водами», посадової інструкції головного інженера та наказів начальника КВУ «Каховський водоканал». Діяння В. були кваліфіковані судом за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 242 КК і ч. 1 ст. 367 КК<sup>152</sup>.*

Необхідний ступінь очищення зворотних вод, що скидаються у водні об'єкти (води стічні, шахтні, дренажні, кар'єрні), визначається нормативами гранично допустимого скидання забруднюючих речовин<sup>153</sup>. Граничний обсяг скидання забруднюючих речовин у водні об'єкти вказується у дозволі на спеціальне водокористування.

Зміна природних властивостей вод, зазначена в ч. 1 ст. 242 КК, – це негативні зміни їх біологічного стану, фізичних та інших характеристик (електромагнітних, хімічних, радіаційних, лікувальних, теплових тощо). Нормування якості води водного об'єкта здійснюється шляхом

<sup>152</sup> Архів Каховського міськрайонного суду Херсонської області. Справа № 1-177 за 2011 р.

<sup>153</sup> Відповідні нормативи затверджені постановою КМУ від 11 вересня 1996 року № 1100 «Про Порядок розроблення і затвердження нормативів гранично допустимого скидання забруднюючих речовин та перелік забруднюючих речовин, скидання яких нормується».

встановлення сукупності допустимих значень показників складу та властивостей, у межах яких забезпечуються безпечні умови водокористування. Ці показники встановлюються для води, що використовується для задоволення питних, господарсько-побутових і рекреаційних потреб, а також потреб рибного господарства.

Диспозицією ч. 1 ст. 242 КК охоплюється і засмічення вод – привнесення у водні об'єкти сторонніх, як правило, нерозчинних, предметів і матеріалів. Тут, щоправда, треба зробити застереження: засмічення вод може утворювати склад розглядуваного злочину за умови, що воно викликало зміну природних властивостей вод або виснаження водних ресурсів.

У науці кримінального права висувається обґрунтована пропозиція законодавчо виокремити засмічення вод у самостійну форму об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 242 КК. Відмежовуючи його від забруднення, В.К. Матвейчук вказує на такі специфічні риси засмічення: 1) засмічення водних об'єктів відбувається нерозчинними предметами, відходами і покидьками; 2) засмічення, на відміну від забруднення, призводить до зміни русла водних об'єктів; 3) воно не завжди істотно змінює й погіршує якість води, як це має місце при забрудненні; 4) при засміченні наявні децю інші шляхи настання наслідків, передбачених ст. 242 КК<sup>154</sup>.

Виснаження водних джерел – це стійке, тобто таке, що не може бути подолане природним шляхом, скорочення запасів і погіршення якості вод, втрата ними здатності до самоочищення. Виснаження характеризується незворотним зменшенням мінімально допустимого стоку вод, що має наслідком їх повну або часткову непридатність для певних видів водокористування. Від виснаження потрібно відрізнити маловоддя: згідно зі ст. 1 ВК – це період (фазу) гідрологічного режиму водного об'єкта, при якому спостерігається зменшення його водності, унаслідок чого погіршуються умови забезпечення потреб у водних ресурсах.

*Під час розгляду кримінальної справи по обвинуваченню Р. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 242 КК, Томаківським районним судом Дніпропетровської області були встановлено, що Р. як фізична особа – підприємець уклав із Томаківською райдержадміністрацією договір оренди земельної ділянки державного земельного запасу (землі водного фонду). Земельна ділянка площею 11,4 га, розташована поблизу с. Запорізьке на території Володимирівської*

*сільської ради Томаківського району, використовувалась для рибогосподарських потреб під ставком, який відповідно до ст. 1 ВК є рибогосподарським водним об'єктом. На земельній ділянці на момент її передачі в оренду знаходилась гідротехнічна споруда – гребля. У період з червня по вересень 2004 р. Р., будучи водокористувачем, за допомогою екскаватору, залучивши за усною домовленістю особу, яка ним керувала, у порушення встановлених правил зруйнував і протягом більше 5-ти років не відновив зазначену гідротехнічну споруду – греблю, яка на ньому знаходилась, здійснивши скид поверхневих вод. Унаслідок цього державі було заподіяно матеріальну шкоду в розмірі 11 974 грн. Також, відповідно до висновку судово-гідротехнічної експертизи, відсутність відновлювальних робіт на греблі протягом тривалого часу (більше 5 років) призвела до виснаження цього водного об'єкту, що створило небезпеку для довкілля. Суд кваліфікував дії Р. за ч. 1 ст. 242 КК, визнавши підсудного винним у виснаженні водного об'єкта – ставку і призначивши йому покарання у вигляді штрафу<sup>155</sup>*

Чинне екологічне законодавство досить ретельно регулює порядок нагляду за раціональним використанням водних ресурсів, а також порядок відшкодування збитків, завданих державі внаслідок порушення вимог водокористування<sup>156</sup>.

Для визнання аналізованого злочину закінченим необхідно, щоб забруднення, зміна природних властивостей вод або виснаження водних об'єктів створили небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля. Ознака небезпеки для життя охоплює можливість настання смерті хоча б однієї особи. Загроза здоров'ю означає потенційну небезпеку такого погіршення стану організму, що може призвести до розладу здоров'я чи втрати працездатності різного ступеня; можливість зараження епідемічними або інфекційними захворюваннями. При цьому небезпека може загрожувати як здоров'ю однієї особи, так і здоров'ю населення в цілому. Особливість причинного зв'язку у складі розгля-

<sup>155</sup> Архів Томаківського районного суду Дніпропетровської області. Справа № 1-39 за 2010 р.

<sup>156</sup> Ці відносини регулюються, зокрема, Порядком здійснення державного моніторингу вод, затвердженим постановою КМУ від 20 липня 1996 року № 815, постановою КМУ від 27 грудня 2008 року № 1139 «Про затвердження критеріїв, за якими оцінюється ступінь ризику від провадження господарської діяльності у сфері використання і охорони вод та відтворення водних ресурсів і визначається періодичність проведення планових заходів, пов'язаних з державним наглядом (контролем)», Методикою розрахунку розмірів відшкодування збитків, заподіяних державі внаслідок порушення законодавства про охорону та раціональне використання водних ресурсів, затвердженою наказом МОНПС від 20 липня 2009 року № 389.

<sup>154</sup> Матвейчук В.К. Уголовно-правовая борьба органов внутренних дел с преступным загрязнением водных объектов: Учебное пособие. – К.: НИИ РИО Украинской академии внутренних дел, 1992. – С. 43.



дуваного злочину полягає в тому, що порушення правил охорони водних об'єктів зумовлює зміну стану і природних властивостей вод, що, у свою чергу, здатне призвести до смерті людини або викликати негативні зміни в інших охоронюваних кримінальним законом соціальних цінностях – у здоров'ї людей або у стані довкілля.

В юридичній літературі справедливо зазначається, що загроза довкіллю може охоплювати можливість завдання істотної шкоди не лише об'єктам рослинного чи тваринного світу, а й рибним запасам, сільськогосподарському виробництву, земельним ресурсам, надрам, територіям, взятим під охорону держави, та об'єктам природно-заповідного фонду<sup>157</sup>. Розмірковуючи над змістом небезпеки заподіяння шкоди рибним запасам, В.О. Навроцький свого часу зробив висновок, що цим поняттям охоплюються потенційна шкода рибним запасам, які використовуються не лише для промислового, а й для аматорського та спортивного рибальства, а також шкода тим природним або штучним умовам, що забезпечують відновлення і саме існування рибних запасів: ікри та рибній молоді, місцям нересту, нагулу й зимівлі риби, кормовим угіддям, місцям розведення і т.п.<sup>158</sup>

В контексті з'ясування наслідків аналізованого злочину інколи пропонується враховувати так звану відкладену шкоду, коли, наприклад, зміна природних властивостей води змінює стійкі параметри існування популяції риб та обумовлює їх вимирання. Ще більш складним видається встановлення причинного зв'язку між забрудненням води і, наприклад, смертю людини, яка з'їла рибу, непридатну для вживання<sup>159</sup>. В унісон із наведеним О.Л. Дубовик пише, що аналіз існування причинного зв'язку між забрудненням та настанням смерті або між злочинним діянням, заподіянням істотної шкоди тваринному світу (у вигляді окремої тварини або декількох особин) і заподіянням смерті через необережність – непросте завдання<sup>160</sup>.

Порушення правил охорони вод, яке не спричинило наслідків, зазначених у ч. 1 або ч. 2 ст. 242 КК, є підставою для притягнення до адміністративної

<sup>157</sup> Матвійчук В.К., Присяжний В.М. Забруднення, засмічення та виснаження водних об'єктів: відповідальність, досудове і судове слідство та запобігання: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 101–106.

<sup>158</sup> Навроцький В.А. Уголовная ответственность за загрязнение водоемов: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1982. – С. 10.

<sup>159</sup> Гареев А.А. Экологические преступления: уголовно-правовое противодействие: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 79.

<sup>160</sup> Дубовик О.Л. Экологические преступления: Комментарий к главе 26 Уголовного кодекса Российской Федерации. – М.: Изд-во «Спарк», 1998. – С. 190.

відповідальності (статті 59, 60, 61 КпАП).

**Суб'єкт** злочину – загальний. Це можуть бути як працівники підприємств, організацій, у зв'язку з виробничою діяльністю яких відбувається забруднення чи інша негативна зміна водних об'єктів, так і особи, які допускають забруднення вод не під час своєї службової чи професійної діяльності (наприклад, особа виливає в річку залишки отрутохімікатів, які вона використовувала на своїй присадибній ділянці).

Дії службових осіб, які допустили введення в експлуатацію нових або реконструйованих підприємств та інших об'єктів без очисних споруд, за наявності до цього підстав потребують додаткової кваліфікації за відповідною частиною ст. 253 КК.

**Суб'єктивна сторона** розглядуваного злочину в цілому характеризується умисною або необережною формою вини. Психічне ставлення до смерті людей (наприклад, вони загинули внаслідок вживання отруєної питної води) або інших тяжких наслідків (ч. 2 ст. 242 КК) може бути лише необережним. Вчинення з метою ослаблення держави дій, які полягають у забрудненні вод і спрямовані на масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди їхньому здоров'ю, потрібно кваліфікувати за ст. 113 КК (диверсія).

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 242 КК) є спричинення: 1) загибелі або захворювання людей; 2) масової загибелі об'єктів тваринного і рослинного світу; 3) інших тяжких наслідків.

Поняття захворювання людей охоплює: а) заподіяння шкоди здоров'ю окремих осіб або хоча б однієї людини, що відповідає за ступенем тяжкості тяжким або середньої тяжкості тілесним ушкодженням; б) заподіяння шкоди здоров'ю населення (поява спадкової патології, потворності або інших відхилень у розвитку дітей, скорочення тривалості життя, істотне підвищення рівня захворюваності населення тощо).

Під загибеллю об'єктів тваринного і рослинного світу слід розуміти знищення диких звірів і птахів, бджолосімей, риби та інших представників водної фауни, в т.ч. ікри та мальків, місць їх розмноження і проживання, кормових угідь, приведення у непридатний стан посівів або врожаю сільськогосподарських культур, знищення або пошкодження до ступеня припинення росту лісу, інших насаджень тощо.

*Вироком Калуського міськрайонного суду Івано-Франківської області К. було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 242 КК. Суд встановив, що до обов'язків К., який обіймав посаду головного металурга ЗАТ «Магній», входило, зокрема, забезпечення і кон-*

троль за додержанням вимог природоохоронного законодавства. Реалізуючи вказані посадові обов'язки та маючи реальну можливість виконувати їх, К., у порушення цих обов'язків допустив скид відходів виробництва ЗАТ «Магній» у водні об'єкти. У період з 8 по 12 грудня 2005 р. із промислового майданчика ЗАТ «Магній» через випуск № 5 дощової каналізації, яка не була призначена для виводу промислових стоків на території м. Калуша, в обвідний канал ріки Сівка було винесено велику кількість промислових відходів діяльності ЗАТ «Магній» із вмістом токсичної речовини – гіпохлориту кальцію, що містив у собі активний хлор. Унаслідок цього відбулось забруднення поверхневих вод, що створило небезпеку для довкілля, а також масову загибель об'єктів тваринного світу в р. Сівка по всьому басейні її протікання.

Суд виключив такі кваліфікуючі ознаки, як спричинення масової загибелі об'єктів рослинного світу та забруднення водоносних горизонтів, з обсягу пред'явленого обвинувачення, оскільки в судовому засіданні не було представлено доказів щодо отруєння чи загибелі посівів, рослин на значних площах угідь чи загибелі лісових масивів. Окрім того, в судовому засіданні було встановлено, що відбулось забруднення р. Сівка та обвідного каналу, тобто саме поверхневих вод, а не водоносного горизонту – однорідної пластової товщі гірських порід, де знаходяться води<sup>161</sup>.

Вирішуючи питання про те, чи була загибель зазначених об'єктів масовою (оціночне поняття), потрібно у кожному конкретному випадку враховувати, зокрема, кількість і екологічну цінність знищених об'єктів флори і фауни, можливість їх відтворення, площу виведених з ладу угідь або площу, на якій знищено тварин, риб чи рослин, вартісне вираження шкоди, заподіяної довкіллю і обрахованої за відповідними таксами, обсяг і вартість робіт, які необхідно провести для ліквідації негативних наслідків. Зокрема, М.М. Панько масовою загибеллю об'єктів тваринного і рослинного світу пропонує визнавати загибель такої кількості тварин або знищення рослин на таких площах, які є співмірними з розмірами загальної популяції відповідного виду тварин, всієї або більшої частини риби у водоймі або на значній площі великої кількості цінних порід риби, інших об'єктів тваринного світу, знищення або пошкодження посівів, рослин на значних площах угідь<sup>162</sup>.

Іншими тяжкими наслідками в контексті аналізованої статті КК слід визнавати істотну

шкоду довкіллю чи окремим його елементам; заподіяння великих матеріальних збитків сільгоспідприємствам, іншим юридичним або фізичним особам, масове залишення мешканцями територій, на яких розташовані забруднені чи виснажені водні об'єкти, тощо.

**Забруднення моря** (ст. 243 КК). Україна як морська держава бере участь у вивченні, освоєнні та використанні ресурсів Світового океану. Відповідно до преамбули Морської доктрини України до 2035 року, затвердженої постановою КМУ від 7 жовтня 2009 р. № 1307, формування і реалізація ефективної державної морської політики сприятиме подальшому посиленню позицій України як морської держави, створенню сприятливих умов для досягнення цілей та розв'язання завдань з розвитку морської діяльності. При цьому одним із визначальних принципів реалізації морської політики нашої держави зазначена доктрина називає збереження навколишнього природного середовища, забезпечення екологічної безпеки та підтримання екологічної рівноваги морського середовища.

До основних причин існування масштабної проблеми забруднення морського середовища можна віднести вади законодавчої регламентації кримінальної відповідальності за цей злочин, недооцінку його суспільної небезпеки, відсутність належного економічного підґрунтя для збереження та оздоровлення морського природного середовища<sup>163</sup>.

Сучасним прикладом катастрофічних наслідків забруднення моря може слугувати безпрецедентний за своїми масштабами витік нафти у Мексиканській затоці, що став наслідком аварії на нафтодобувній платформі, яка обслуговувалась корпорацією «British Petroleum». 20 квітня 2010 р. на підконтрольній компанії нафтодобувній платформі «Deepwater Horizon» стався вибух метану, унаслідок чого загинуло 11 робітників, платформа затонула, а із пошкодженої свердловини на поверхню моря почала витікати нафта. Лише через декілька місяців фахівцям вдалось остаточно зупинити витік нафти; за цей час у води Мексиканської затоки потрапило близько 5 млн. бар. нафти. Наслідком цієї наймасштабнішої техногенної аварії в США стала не лише загибель людей, а й істотне погіршення стану довкілля у Мексиканській затоці та на Південно-Східному узбережжі США. Зокрема, витік у прибережній зоні спричинив загибель майже 7 тис. тварин і птахів, а прямі збитки рибного господарства США склали близь-

<sup>161</sup> Архів Калузького міськрайонного суду Івано-Франківської області. Справа № 1-22 за 2007 р.

<sup>162</sup> Уголовный кодекс Украины. Комментарий / Под ред. Ю.А. Кармазина и Е.Л. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2001. – С. 542.

<sup>163</sup> Надточий Ю. В. Уголовно-правовая охрана морской природной среды: Дис. ... канд. юрид. наук. – Владивосток, 2005. – С. 5.

ко 2,5 млрд. дол. Розслідування обставин катастрофи, розпочате Генеральною прокуратурою та іншими федеральними відомствами США, показало, що причиною трагедії стала протиправна діяльність корпорації «British Petroleum», спрямована на зменшення виробничих витрат і, як наслідок, скорочення фінансування заходів безпеки і захисту довкілля та виробничих процесів<sup>164</sup>.

Охорона морського середовища становить собою комплекс міжнародних і національних економічних, санітарно-гігієнічних, науково-технічних, правових та інших заходів запобігання забрудненню і усуненню наслідків забруднення морів та Світового океану. Ці заходи спрямовані на попередження забруднення морського середовища з будь-яких джерел – суден та інших плаваючих засобів, розташованих на суші промислових і комунальних підприємств; полів та ферм тощо. До міжнародно-правових актів у галузі охорони морського середовища належать Міжнародна конвенція з запобігання забрудненню моря нафтою 1954 р., Міжнародна конвенція щодо втручання у відкритому морі у випадках аварій, які призводять до забруднення нафтою, 1969 р., Конвенція про запобігання забрудненню морського середовища скиданням речовин із суден та літальних апаратів 1972 р., Міжнародна конвенція з запобігання забрудненню з суден 1973 р., Конвенція про охорону Середземного моря від забруднення 1976 р., Конвенція про захист Чорного моря від забруднення 1992 тощо. Особливо важливе значення має Конвенція ООН по морському праву 1982, ч. XII якої повністю присвячена міжнародно-правовому захисту морського середовища. Суверенне право держав розробляти свої природні ресурси обумовлено в Конвенції їхнім обов'язком зберігати морське середовище.

**Суспільна небезпека** забруднення моря як злочину за вітчизняним кримінальним законодавством полягає у посяганні на екологічну безпеку морського середовища, яке зазнає постійно зростаючих негативних змін унаслідок антропогенного впливу. Ст. 243 КК покликана захистити море від забруднення та засмічення, що може погіршити умови водопостачання, завдати шкоди здоров'ю людей, спричинити зменшення рибних запасів та інших об'єктів водного промислу, погіршити умови існування диких тварин, порушити гідрологічний та гідрологічний режим.

Основний **безпосередній об'єкт** аналізованого злочину – встановлений порядок використання та охорони моря, екологічна безпека морського середовища. Додатковими об'єктами злочину можуть бути життя та здоров'я особи, власність та інші блага.

**Предметом** злочину є внутрішні морські води, територіальні води України, води виключної (морської) економічної зони України, відкрите море.

Внутрішні морські води – це морські води, розташовані у бік берега від прямих вихідних ліній, прийнятих для відліку ширини територіального моря України; води портів України, обмежені лінією, що проходить через постійні портові споруди, які найбільше виступають у бік моря; води заток, бухт, губ і лиманів, гаваней і рейдів, береги яких повністю належать Україні, до прямої лінії, проведеної від берега до берега в місці, де з боку моря вперше утворюється один або кілька проходів, якщо ширина кожного з них не перевищує 24 морських миль; води заток, бухт, губ і лиманів, морів і проток, що історично належать Україні (ст. 6 Закону України від 4 листопада 1991 р. «Про державний кордон України»).

Згідно зі ст. 5 цього Закону до територіального моря України належать прибережні морські води шириною 12 морських миль, відлічуваних від лінії найбільшого відпливу як на материку, так і на островах, що належать Україні, або від прямих вихідних ліній, які з'єднують відповідні точки. В окремих випадках інша ширина територіального моря України може встановлюватись міжнародними договорами України, а за відсутності договорів – відповідно до загально-визнаних принципів і норм міжнародного права.

Виключну (морську) економічну зону України становлять морські райони, зовні прилеглі до територіального моря України, включаючи райони навколо островів, що їй належать. Ширина цієї зони становить до 200 морських миль, відлічених від тих самих вихідних ліній, що і територіальне море України (ст. 2 Закону України від 16 травня 1995 року «Про виключну (морську) економічну зону України»).

Відкрите море – це простір морів і океанів, який не входить у внутрішні і територіальні води України або іншої держави, на який не поширюється нічий суверенітет і використання якого регулюється міжнародно-правовими нормами.

З **об'єктивної сторони** злочин, передбачений ст. 243 КК, можливий у трьох формах: 1) порушення спеціальних правил, що потягло забруднення моря шкідливими матеріалами, речовинами, а також відходами і створило небезпеку для життя чи здоров'я людей або живих ресурсів моря чи могло перешкодити законним видам використання моря; 2) незаконне скидання чи поховання зазначених матеріалів, речовин і відходів; 3) неповідомлення про підготовлюване або здійснене внаслідок крайньої потреби скидання чи невідворотні втрати шкідливих речовин чи сумішей, що містять такі речовини по-

<sup>164</sup> Stoddard E. U.S. Launches Criminal Probe into BP Spill. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: <http://www.reuters.com/article/idUSTRE6505TF20100601>



над встановлені норми, інших відходів, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей або живих ресурсів моря чи могло завдати шкоди зонам лікування і відпочинку або перешкодити іншим законним видам використання моря.

Власники і користувачі суден, платформ та інших морських споруд зобов'язані: розробляти і вводити в дію інструкції та правила щодо запобігання забрудненню моря, забезпечувати виконання міжнародних договорів України з відповідних питань; обладнувати судна, платформи та інші морські споруди цистернами і закритими фановими системами для збирання вод будь-якого походження чи установками для очищення чи знезараження цих вод; затверджувати нормативні акти щодо транспортування речовин, перевезення яких може призвести до забруднення внутрішніх морських вод і територіального моря; переважувати будь-які вантажі, які можуть призвести до забруднення внутрішніх морських вод і територіального моря, із обов'язковою розробкою оцінки впливу на навколишнє природне середовище технології переробки та складування для кожного виду вантажу<sup>165</sup>. Скидання у прибережні води морів зворотних вод допускається лише за наявності нормативів гранично допустимих концентрацій речовин, що містяться у прибережних водах морів, та встановлення нормативів гранично допустимого скидання забруднюючих речовин у зворотних водах.

Порушення спеціальних правил при вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 243 КК, може полягати у: 1) діях, які прямо заборонені у прибережних захисних смугах уздовж морського середовища (застосування стійких та сильнодіючих пестицидів; влаштування полігонів побутових та промислових відходів і накопичувачів стічних вод; будівництво промислових об'єктів; влаштування вигребів для накопичення господарсько-побутових, стічних вод об'ємом більше одного кубічного метра на добу, влаштування полів фільтрації та створення інших споруд для приймання та знезаражування рідких відходів<sup>166</sup>); 2) бездіяльності, що проявляється у невжитті водокористувачем відповідних заходів щодо запобігання забрудненню моря, зокрема, скидання у море стічних вод, які містять збудників інфекційних захворювань, за обсягом скидання забруднюючих речовин пе-

ревищують гранично допустимі нормативи або містять речовини, щодо яких не встановлено гранично допустимі концентрації.

Забруднення моря, поєднане із порушенням спеціальних правил, матиме місце і в тому разі, коли: під час відпливу на прибережну смугу скидаються відходи або шкідливі речовини та матеріали; без дозволу уповноважених органів здійснюється залповий, аварійний викид шкідливих речовин у море; порушується порядок проведення навантажувальних і розвантажувальних робіт.

Матеріали і речовини визнаються шкідливими, якщо вони, потрапляючи у морське середовище, здатні заподіяти шкоду життю або здоров'ю особи, морській флорі та фауні, порушити привабливість моря як місця відпочинку або створити перешкоди для інших видів правомірного використання моря. Це можуть бути радіоактивні матеріали, господарсько-фекальні стічні води, сира нафта<sup>167</sup>, рідке паливо, осади, залишки і суміші, які вміщують нафту, пестициди, солі важких металів тощо<sup>168</sup>.

*11 листопада 2007 року в Керченській протоці під час шторму постраждали понад десять суден. У морі опинилися близько 1,2 тис. т мазуту, а також 6,8 тис. т сірки. Нафтопродукти залили узбережжя Таманського півострова, селищ Ілліч і Приазовське, острів Тузла й косу Чушка. У районі лиха загинули не тільки риба та планктон, а й тисячі птахів. Частину мазуту було пізніше зібрано на острові Тузла та в Ленінському районі Криму разом з піском. На думку експертів НАН України, ця катастрофа за своїми масштабами була близькою до Чорнобильської катастрофи<sup>169</sup>.*

Поняттям відходів традиційно охоплюються будь-які речовини, матеріали і предме-

<sup>167</sup> Небезпека нафтового забруднення для морських мешканців визначається трьома чинниками. По-перше, відбувається механічне забруднення (нафта сплутує зовнішні покриви – оперення, шерсть, луску, порушуючи термоізоляцію, обмежуючи рухову активність та інші функції живих істот), результатом чого стає загибель риб, морських ссавців, птахів. По-друге, має місце порушення газообміну (через нафтову плівку у воді знижується вміст кисню), що призводить до загибелі планктону і риб, а так само загибелі від голоду тих, хто ними харчується. По-третє, нафта, потрапляючи у стравохід морських мешканців, на їх зовнішні покриви та слизові оболонки, спричиняє загибель, а також розвиток генетичних відхилень у риб, молюсків, морських рептилій і птахів, викликає отруєння інших тварин (а також людей) при вживанні в їжу морських істот, що накопичили в своїх тканинах компоненти нафти (Приборкання непокірних свердловин // Урядовий кур'єр. – 9 вересня 2010 р. – № 166).

<sup>168</sup> У Правилах реєстрації операцій зі шкідливими речовинами на судах, морських установках і в портах України, затверджених наказом Мінтрансу України від 10 квітня 2001 року № 205, до шкідливих речовин віднесені нафта, нафтові залишки, відпрацьовані мастила, нафтовмісні льяльні і баластні води, стічні води, сміття та залишки хімічних речовин, що перевозять на судах наливом, навалом і в упаковці.

<sup>169</sup> Керченська трагедія // Зелений світ. – 2007. – № 50 (213).

<sup>165</sup> Юридична енциклопедія [Текст]. Т. 4. Н-П / Редкол.: Ю.С. Шемпученко (голова), М.П. Зяблюк, В.П. Горбатенко (відп. секр.) та ін. – К.: Вид-во «Укр. енцикл.» ім. М.П. Бажана, 2002. – 718 с.

<sup>166</sup> Такі дії у прибережних захисних зонах уздовж морів, морських заток і лиманів та на островах у внутрішніх морських водах забороняє вчиняти ч. 2 ст. 90 ВК. А ч. 3 цієї статті забороняє у межах пляжної зони прибережних захисних смуг будувати будь-які споруди, крім гідротехнічних, гідрометричних та лінійних.

ти, які утворюються в процесі діяльності людини і в подальшому не використовуються за місцем утворення чи виявлення і яких власник позбувається, має намір або повинен позбутися шляхом утилізації чи видалення. При цьому радіоактивними відходами вважаються матеріальні об'єкти та субстанції, активність радіонуклідів або радіоактивне забруднення яких перевищує межі, встановлені діючими нормами, за умов, що використання цих об'єктів та субстанцій не передбачається.

Різновидом забруднення моря є евтрофікація – збільшення вмісту біогенних речовин у водоймі, що викликає бурхливе розмноження водоростей, зниження прозорості води і вмісту розчиненого кисню у глибинних шарах унаслідок розкладу органічних речовин мертвих рослин і тварин, а також масову загибель донних організмів.

Скидання або поховання у морі шкідливих матеріалів, речовин та відходів утворює склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 243 КК, за умови, що ці дії є незаконними, тобто здійснюються всупереч вимогам законодавства. Ст. 305 Кодексу торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 року передбачає, що судовласник не відповідає за шкоду, заподіяну забрудненням моря, якщо вона заподіяна внаслідок аварійного скиду господарсько-фекальних вод або сміття в результаті неприйняття їх портом у встановлений строк після своєчасного подання судном відповідної заяви.

Скиданням визнається будь-яке скидання із судна<sup>170</sup> забруднюючих речовин або вод, що їх містять, включаючи витікання, злив, видалення, розлив, протікання, відкачування, виділення або спорожнення<sup>171</sup>. Скиданням забруднюючої речовини або суміші вважається така їх кількість, яка може бути зафіксована інструментальним, візуальним чи іншим способом. Поховання – це, наприклад, такі дії як закопування, складування на морському дні в контейнері.

Скидання в море зазначених матеріалів, речовин, відходів може здійснюватись як із суден, інших самохідних плавучих засобів, повітряних суден, платформ, інших штучно споруджених

у морі конструкцій, так і з берега (наприклад, з промислових підприємств, портів). Наприклад, забруднення морського середовища із джерел, що розташовані на березі, може полягати в експлуатації зазначених джерел без очисних споруд або із вимкненими очисними спорудами чи установками; у непередбаченому, в т.ч. аварійному викиді стічних вод у відкрите море; в організації на затоплюваних приливом місцях берегової обміли звалищ різних промислових чи побутових відходів; у здійсненні миття транспортних засобів на береговій території тощо<sup>172</sup>.

Відповідно до п. 4 Правил охорони внутрішніх морських вод і територіального моря України від забруднення та засмічення, затверджених постановою КМУ від 29 березня 2002 року № 431, забороняється скидання із суден у внутрішні морські води та територіальне море України: вантажів, які перевозяться навалом, насипом чи у зрідженому стані; відходів та сміття; вод, які містять забруднюючі речовини у концентраціях, що перевищують нормативи гранично допустимих концентрацій основних забруднюючих речовин, крім вод після охолодження судових механізмів.

Забруднюючі речовини, в т.ч. води, що їх містять, та сміття, повинні накопичуватися на судах у спеціальних місткостях. Під час перебування у внутрішніх морських водах та територіальному морі України судна можуть здавати в установленому порядку забруднюючі речовини тільки на судна-збирачі, плавучі приймальні споруди, а під час перебування судна у порту – на берегові приймальні споруди. У разі будь-якого скидання із суден у внутрішні морські води та територіальне море України забруднюючих речовин і сміття, або їх втрат, а також у разі виникнення загрози такого скидання або втрати капітан судна зобов'язаний терміново повідомити про це адміністрацію найближчого порту України, вжити заходів до максимального зменшення скидання або втрати та до ліквідації забруднення (п. 9 Правил).

Бездіяльність особи, спеціально відповідальної за повідомлення про скидання із суден та інших об'єктів у море забруднюючих речовин за наявності умов, зазначених у ч. 3 ст. 243 КК, розглядається як злочин. У плані застосування цієї норми крайня потреба скидання шкідливих речовин або сумішей означає, що таке діяння вчиняється вимушено – з тим, щоб запобігти заподіянню іншої шкоди (наприклад, скидання баластних вод з танкера, для того, щоб він врятувався під час аварії, зливання в море палива з літака, який намагається здійснити аварійну посадку)<sup>173</sup>.

<sup>172</sup> Лопашенко Н.А. Экологические преступления: уголовно-правовой анализ. Монография. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2009. – С. 241.

<sup>173</sup> Відповідно до ст. V Конвенції про запобігання забруднен-

<sup>170</sup> Судно – це самохідна або несамохідна плавуча споруда будь-якого типу, яка експлуатується у водному об'єкті (судна на підводних крилах, судна на повітряній подушці, підводні човни, плавучі засоби, в т.ч. стаціонарні або плавучі платформи).

<sup>171</sup> Факт скидання забруднюючих речовин встановлюється службовими особами Державної екологічної інспекції України або інших спеціально уповноважених державних органів, про що складається протокол, який підписується капітаном судна, іншого плавучого засобу, судовласником (п.п. 1.3 Положення про порядок обчислення розміру відшкодування та сплати збитків, заподіяних внаслідок забруднення із суден, кораблів та інших плавучих засобів територіальних і внутрішніх морських вод України, затвердженого наказом МОНПС від 26 жовтня 1995 року № 116).

Аналоги ст. 243 КК можна відшукати і зарубіжному законодавстві. Наприклад, § 1321 глави 33 Зібрання законів США забороняє недо-зволене скидання нафти чи небезпечних речовин у «шкідливих кількостях» у внутрішні води США<sup>174</sup>. Будь-яка уповноважена особа плавзасобу, об'єкта на суші чи на воді, відповідальна за скидання на-званих речовин у води, зобов'язана під загрозою застосування кримінальних санкцій повідомити про це компетентний державний орган. Зміст термінів «небезпечні речовини» та «шкідливі кількості» розкрито безпосередньо у відповідних частинах § 1321, що полегшує правозастосування.

Для визнання злочину, передбаченого ст. 243 КК, в його першій і третій формах (матеріальні склади злочину) закінченим необхідно, щоб забруднення моря або неповідомлення відповідної інформації належним адресатам створило небезпеку для життя, здоров'я людей або живих ресурсів моря<sup>175</sup> чи могло завдати шкоди зонам лікування і відпочинку або перешкодити іншим законним ви-дам використання моря<sup>176</sup>. Якщо такої небезпеки не створено (можливості завдання вказаної шкоди не існує), вчинене повинно розцінюватись як адміністративно каране порушення вимог щодо охорони територіальних і внутрішніх морських вод від забруднення і засмічення (ст. 59-1 КпАП). Злочин у другій формі є закінченим з моменту скидання чи поховання у морі зазначених у ч. 1 ст. 243 КК матеріалів, речовин і відходів.

Шкода зонам лікування і відпочинку, не-безпека створення якої виникає, може поляга-ти у забрудненні прибережної смуги та морської акваторії, що унеможливає їх використання як місць відпочинку й оздоровлення людей або потребує значних матеріальних вкладень для по-новлення рекреаційних властивостей цих зон.

ню моря скиданнями відходів та іншими матеріалами 1972 р. за-борона на скидання скасовується, коли це необхідно для забез-печення безпеки людського життя чи суден, літаків, платформ чи інших штучно споруджених у морі конструкцій у випадку форс-мажорних обставин, спричинених негодом, чи в будь-якому випадку, коли виникає небезпека для людського життя чи реальна загроза суднам, літакам, платформам чи іншим штучно спорудженим у морі конструкціям, якщо скидання є єдиним способом недопущення загрози та існує вірогідність того, що шкода, спричинена скиданням, буде менша тієї, яка була б спричинена, якби скидання не проводилось.

<sup>174</sup> Federal Water Pollution Control Act. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: <http://epw.senate.gov/water.pdf>.

<sup>175</sup> Живі ресурси моря – це водні біоресурси, які знаходять-ся у морському середовищі і нерозривно пов'язані з ним усім життєвим циклом.

<sup>176</sup> До законних видів використання моря, яким може за-шкодити забруднення і засмічення морського середовища, слід відносити, зокрема, морське судноплавство, рибаль-ство, рибництво (штучне розведення і відтворення риби та інших водних живих ресурсів), розвідку і видобування корис-них копалин, використання морської води для опріснення, оздоровчо-рекреаційну діяльність.

**Суб'єкт** злочину у першій і другій його фор-мах – спеціальний. Ним можуть бути особи, зобов'язані дотримуватись відповідних правил (зокрема, капітани та інші службові особи морсь-ких і повітряних суден<sup>177</sup>, інших споруд і засобів, що перебувають у морі, до службових повнова-жень яких входить забезпечення дотримання спеціальних правил охорони моря від забруднен-ня, службові особи промислових, комунальних, сільськогосподарських та інших підприємств і організацій, які здійснюють забруднення моря з берега, якщо на цих осіб покладался службо-вий обов'язок дотримуватись правил охорони моря і контролювати їх виконання підлеглими). За ст. 243 КК слід кваліфікувати також діяння працівників суден, інших морських об'єктів, які безпосередньо експлуатують системи, уста-новки і механізми при виконанні операцій зі шкідливими речовинами чи відходами (помпові машиністи, вахтові мотористи тощо).

Суб'єктом злочину в його третій формі є спеціально відповідальні за інформування належ-них адресатів особи морських та повітряних су-ден, інших засобів і споруд, що знаходяться у морі.

**Суб'єктивна сторона** цього злочину за змістом є аналогічною суб'єктивній стороні злочину, перед-баченого ст. 242 КК і проаналізованого вище.

**Порушення законодавства про континен-тальний шельф України** (ст. 244 КК). Згадана вище Морська доктрина України до 2035 року проголошує, що для збереження та розширення бази неживих природних ресурсів моря держа-ва забезпечує, зокрема: проведення всебічних досліджень, спрямованих на визначення місця розташування та потенційного розміру покладів нафти, газу, інших корисних копалин на конти-нентальному шельфі; дослідження і розроблен-ня екологічно безпечних технологій, способів розвідки та видобування нафти, газу та інших корисних копалин як на континентальному шельфі, так і у відкритому морі; державне ре-гулювання і контроль за здійсненням розвідки нафти, газу та інших корисних копалин на кон-тинентальному шельфі; здійснення заходів з ме-тою закріплення прав України на проведення розвідки корисних копалин на морському дні, у відкритому морі та укладення двосторонніх угод щодо її участі у відповідних заходах на континен-тальному шельфі інших держав.

**Суспільна небезпека** злочину, передбачено-го ст. 244 КК, полягає в тому, що він посягає на суверенні права України на її континентальний

<sup>177</sup> Повітряне судно – це апарат, що підтримується в атмосфері у результаті його взаємодії з повітрям, відмінної від взаємодії з повітрям, відбитим від земної поверхні (ст. 1 Повітряного кодексу України від 19 травня 2011 року).



шельф, завдає шкоди природним багатствам, призводить до забруднення довкілля, ставить під загрозу безпеку морського судноплавства. Істотним недоліком нормативної регламентації відносин, пов'язаних із захистом континентального шельфу та його природних багатств, слід визнати відсутність в Україні сучасного законодавчого акту з цих питань<sup>178</sup>.

Основний **безпосередній об'єкт** злочину – встановлений порядок використання, освоєння й охорони континентального шельфу України та його природних багатств (останні є об'єктом права власності українського народу). Додатковим об'єктом злочину визнаються безпека морського судноплавства, екологічна безпека (у разі забруднення моря над континентальним шельфом).

**Предметом** злочину є континентальний шельф та його природні багатства.

Під континентальним шельфом розуміють прибережне морське (океанічне) мілководдя, яке визначається внутрішньою і зовнішньою межею, має аналогічну сусідньому суходолу геологічну будову, є найбільш продуктивним для господарського використання і населене живими організмами. Континентальний шельф України – це поверхня і надра морського дна підводних районів, прилеглих до узбережжя і островів України, але які розташовані поза зоною територіального моря, до глибини 200 м або за цими межами до такого місця, де глибина покриваючих вод дає змогу вести розробку природних багатств. Таке визначення впливає зі ст. 1 Конвенції ООН про континентальний шельф від 29 квітня 1958 року, ратифікованої СРСР 20 жовтня 1960 року.

Поверхня і надра морського дна впадин, розташованих у суцільному масиві континентального шельфу, незалежно від глибини, є частиною континентального шельфу України. Якщо встановлення меж континентального шельфу відповідно до наведених ознак суперечить юрисдикції суміжних прибережних держав, межі шельфу визначаються спеціальними міждержавними угодами. Прибережна держава здає на зберігання Генеральному секретареві ООН карту і відповідну інформацію, включаючи геодезичні дані, які описують зовнішню межу її континентального шельфу.

Природні багатства континентального шель-

фу – це мінеральні та інші неживі ресурси поверхні і надр морського дна (руди, мінерали, нафта, газ тощо), а також живі організми «сидячих видів». Це організми, які в період, коли можливий їх розвиток, перебувають у нерухомому стані на морському дні чи під ним або не здатні пересуватись інакше, ніж перебуваючи у постійному фізичному контакті з морським дном або надрами (краби, мідії, трепанги, морські зірки тощо). Відповідно до п. «б» ч. 1 ст. 39 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» природні ресурси континентального шельфу належать до природних ресурсів загальнодержавного значення.

З **об'єктивної сторони** злочин може набувати однієї з трьох форм, дві з яких передбачені ч. 1, а третя – ч. 2 ст. 244 КК, а саме: 1) порушення законодавства про континентальний шельф України, що заподіяло істотну шкоду; 2) невжиття заходів для захисту живих організмів моря від дії шкідливих відходів або небезпечних випромінювань та енергії, якщо це створило небезпеку їх загибелі або загрожувало життю чи здоров'ю людей; 3) дослідження, розвідування, розробка природних багатств та інші роботи на континентальному шельфі України, якщо це не передбачено відповідним договором між Україною і заінтересованою іноземною державою, або спеціальним дозволом, виданим у встановленому законом порядку.

Порушення законодавства про континентальний шельф України може виражатися у діях або в бездіяльності і полягати, зокрема, у: будівництві споруд та інших установок (штучні острови, бурові установки, стаціонарні платформи, інші об'єкти, в т.ч. закріплені на морському дні для розвідки чи розробки природних ресурсів або інших економічних цілей) на континентальному шельфі України, а також створенні навколо них зон безпеки без належного дозволу або з недотриманням вимог, зазначених у дозволі, порушенні правил їх експлуатації, охорони та ліквідації. Наприклад, незабезпечення вказаних об'єктів засобами попередження суден може викликати катастрофу судна у разі зіткнення його з буровою установкою. Обов'язковими ознаками об'єктивної сторони складу злочину у першій формі є настання наслідків у виді істотної шкоди, а також причинний зв'язок між зазначеними порушеннями і наслідками.

Дослідження, розвідування, розробка природних багатств та інші роботи (товарне виробництво продукції, її обробка, транспортування, будівництво, реконструкція або ремонт установок і споруд тощо) на континентальному шельфі України, які провадяться іноземцями, утворюють склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 244

<sup>178</sup> Річ у тім, що основу чинного законодавства, присвяченого континентальному шельфу, складають нормативні акти вже давно неіснуючої держави, зокрема, Указ Президії Верховної Ради СРСР від 6 лютого 1968 року «Про континентальний шельф Союзу РСР», постанова Ради Міністрів СРСР від 18 липня 1969 року № 564 «Про порядок проведення робіт на континентальному шельфі СРСР і охорони його природних багатств», Положення про охорону континентального шельфу СРСР, затверджене постановою Ради Міністрів СРСР від 11 січня 1974 року № 24.

КК, за умови, що це не передбачено договором України з іноземною державою або спеціальним дозволом, виданим у встановленому законом порядку<sup>179</sup>.

Дослідження природних багатств – це переважно роботи, пов'язані з визначенням місця знаходження мінеральних ресурсів та водних біоресурсів.

Під розвідуванням природних багатств слід розуміти визначення продуктивності (кількості, розмірів) мінеральних ресурсів і водних біоресурсів, можливостей їх промислу чи розробки. Окремі науковці звертають увагу на те, що за своїм змістом розвідування повинно охоплюватись більш широким поняттям «дослідження природних багатств»<sup>180</sup>.

Розробка природних багатств означає їх добування у промислових обсягах<sup>181</sup>.

Злочин визнається закінченим: 1) з моменту заподіяння істотної шкоди – у разі порушення законодавства про континентальний шельф (матеріальний склад злочину); 2) з моменту створення небезпеки загибелі живих організмів або загрози життю чи здоров'ю людей – у разі неприйняття відповідною особою заходів захисту (матеріальний склад злочину); 3) з моменту проведення іноземцем недозволених робіт на континентальному шельфі України (формальний склад злочину).

Якщо в результаті невжиття певних заходів суб'єктом, відповідальним за експлуатацію джерел небезпеки, сталася смерть людини або заподіяні тілесні ушкодження, діяння винного потребує додаткової кваліфікації за статтями Особливої частини КК про відповідальність за злочини проти життя та здоров'я особи.

У тому випадку, коли унаслідок злочинного порушення законодавства про континентальний шельф заподіяні наслідки у вигляді шкоди доквілю, вчинене потребує додаткової кваліфікації за іншими нормами КК про

екологічні злочини, наприклад, за нормою про забруднення моря<sup>182</sup>.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 244 КК, є місце його вчинення – певна ділянка (район) континентального шельфу України<sup>183</sup>.

**Суб'єкт** злочину у формі порушення законодавства про континентальний шельф України загальний. Суб'єкт невжиття заходів для захисту живих організмів моря від дії шкідливих відходів або небезпечних випромінювань – спеціальний: це особа, яка відповідає за експлуатацію технологічних установок або інших джерел небезпеки у зонах безпеки на континентальному шельфі. Суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 244 КК, є осудний громадянин іноземної держави, якому виповнилось 16 років.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується, залежно від характеру діяння, умисною або необережною формою вини. Наприклад, розвідування і розробка природних багатств, якщо це не передбачено договором чи дозволом, вчинюються умисно, а невжиття відповідною особою заходів захисту живих організмів моря може бути вчинено як умисно, так і необережно.

### **10.5. Злочини, що посягають на встановлений порядок лісокористування, використання рослинного і тваринного світу**

**Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу** (ст. 245 КК). Значної шкоди навколишньому середовищу завдають, з поміж іншого, пожежі у лісах, степових масивах та на торфовищах. Посилення людського впливу на ліси призвело до зростання кількості та збільшення масштабів лісових пожеж, які є другим після вирубування лісів глобальним чинником їх знищення та пригнічення. Ситуація особливо небезпечна через те, що у зв'язку із глобальним потеплінням та збільшенням посушливості клімату прогнозується подальше зростання частоти й масштабів лісових пожеж. Неконтрольований вогонь несе за собою величезні збитки не лише для лісової, а й для інших галузей господарства. Лісові пожежі призводять до суттєвих негативних

<sup>179</sup> Див., наприклад: Порядок надання спеціальних дозволів на користування надрами, затверджений постановою КМУ від 30 травня 2011 року № 615.

Так, 3 жовтня 2007 року український уряд виніс розпорядження про підписання Угоди між Кабінетом Міністрів України та компанією «Венко інтернешнл лімітед» про розподіл вуглеводнів, які видобуваються у межах Прикерченської ділянки надр континентального шельфу Чорного моря. Угодою, яку пізніше було скасовано, передбачалось видобуток 264 млн. тонн умовного палива, вартість якого в поточних цінах становила більше 200 млрд. доларів США.

<sup>180</sup> Пономарева Е.Е. Уголовно-правовые и криминологические проблемы борьбы с браконьерством на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Владивосток, 2006. – С. 16.

<sup>181</sup> Лопашенко Н.А. Экологические преступления: уголовно-правовой анализ: Монография. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2009. – С. 277.

<sup>182</sup> Лопашенко Н.А. Вказана праця. – С. 278.

<sup>183</sup> В юридичній літературі висувається пропозиція викласти ст. 244 КК у новій редакції, розширивши сферу її застосування за рахунок виключної (морської) економічної зони України (Притула А.М. Перспективи криміналізації діянь у виключній (морській) економічній зоні України // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали II-ї міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 8 жовтня 2010 р.). У 2 т. Т.1. – Одеса, 2010. – С. 255-256).

змін глобальних балансів вуглецю, енергетичного балансу поверхні Землі, кругообігу води та забруднення атмосфери<sup>184</sup>.

Як свідчать статистичні дані, у середньому за рік залежно від погодних умов трапляється близько 4 тис. природних пожеж, якими знищується більше 5 тис. га лісу<sup>185</sup>. Найбільшу пожежну небезпеку традиційно мають північний та східний регіони, де в середньому щорічно виникає, відповідно, 37% і 40% усіх лісових пожеж. Доводиться констатувати, що значна частка наведених статистичних показників припадає на умисні підпали та випадки необережного поводження із вогнем під час перебування у лісах.

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 245 КК, полягає у посяганні на рослинний світ та його корисні властивості, у порушенні тих функцій, які покликаний виконувати рослинний світ. Як сукупність усіх видів рослин, а також грибів та утворених ними угруповань на певній території, рослинний світ є одним із важливих об'єктів правової охорони навколишнього природного середовища.

Основний **безпосередній об'єкт** аналізованого злочину – встановлений порядок охорони об'єктів рослинного світу. Додатковими об'єктами злочину є громадська безпека, встановлений порядок охорони земель та атмосферного повітря (так, випалювання стерні і соломи призводить до забруднення повітря продуктами горіння і негативно впливає на стан ґрунту), а додатковими об'єктами кваліфікованого знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу виступають, зокрема, життя і здоров'я людини, порядок охорони тваринного світу.

**Предмет** злочину – лісові масиви, зелені насадження навколо населених пунктів, уздовж залізниць, стерня, сухі дикоростучі трави, рослинність та її залишки на землях сільськогосподарського призначення.

Під лісовими масивами розуміються більш-менш значні за площею ділянки землі, які належать до земель лісового фонду і щільно покриті лісовою рослинністю – деревами і чагарниками. Це можуть бути і міські ліси – лісові масиви або ділянки лісу, розташовані у межах населених пунктів. За своїм екологічним і соціально-економічним значенням та залежно від виконуваних ними функцій ліси України поділяються на: 1) захисні; 2) рекреаційно-оздоровчі; 3) ліси приро-

доохоронного, наукового, історично-культурного призначення; 4) експлуатаційні ліси (ст. 39 ЛК).

Належать до лісового фонду (на підставі ч. 1 ст. 4 ЛК), а, отже, визнаються предметом розглядуваного злочину захисні насадження лінійного типу площею не менше 0,1 га – полезахисні лісові смуги, державні захисні лісові смуги, лісові смуги вздовж забудованих територій населених пунктів.

Зелені насадження навколо населених пунктів – це передусім ліси, розташовані за міською (селищною) межею навколо населених пунктів або поблизу них, які виконують важливі захисні, санітарно-гігієнічні, оздоровчі функції і є місцем відпочинку населення. Ліси зелених зон поділяються на лісопаркову і лісогосподарську частини. Разом з тим поняттям зелених насаджень навколо населених пунктів охоплюються і такі зелені насадження, які не входять до складу лісового фонду України, зокрема, захисні насадження лінійного типу площею менше 0,1 га, безпосередньо згадані у ст. 245 КК зелені насадження вздовж залізниць, а також зелені насадження у смугах відведення каналів, автомобільних доріг, уздовж берегів річок, навколо озер, інших водних об'єктів і гідротехнічних споруд. Взагалі зелені насадження – це деревна, чагарникова, квіткова і трав'яна рослинність природного або штучного походження.

*Перебуваючи на березі річки Гнилий Тікич у селі Бродецьке Катеринопільського району Черкаської області, Д. умисно підпалив очерет, унаслідок чого вогнем було знищено: 1 дерево верби діаметром 30 см вартістю 400 грн.; 1 дерево вільхи діаметром 25 см вартістю 300 грн.; 2 дерева вільхи діаметром 20 см вартістю 220 грн. кожне на суму 440 грн.; 1 дерево вільхи діаметром 55 см вартістю 185 грн.; а також пошкоджені: 1 дерево сливи діаметром 9 см на суму 55 грн.; 1 дерево сливи діаметром 8 см на суму 55 грн.; 1 дерево сливи діаметром 5 см на суму 40 грн. Усього внаслідок незаконних дій Д. докільню були заподіяні збитки на загальну суму 1 475 грн. Катеринопільський районний суд Черкаської області кваліфікував дії Д. за ч. 1 ст. 245 КК як знищення та пошкодження зелених насаджень навколо населеного пункту вогнем<sup>186</sup>.*

*Постановою Дарницького районного суду м. Києва було скасовано постанову прокурора Дарницького району м. Києва про порушення кримінальної справи щодо директора ПП «Вояж» К. за ознаками складів злочинів, передбачених ч. 1 ст. 245, ч. 1 ст. 365 КК. У постанові прокурора, зокрема, зазначалось, що матеріали перевірки містять достатні дані про вчинення директором*

<sup>184</sup> Ливайн Д. С., Кейхун Д. Р., Кофер У. Р., Уинстэд Э. Л., Стокс Б. Дж. Пожары в бореальных лесах и выброс парниковых и химически активных газов // Устойчивое развитие бореальных лесов: Тр. VII ежегодн. конф. МАИБЛ (19–23 августа 1996 г.). – СПб.: СПБНИИЛХ, 1997. – С. 19–25.

<sup>185</sup> Ворон В.П., Мельник Є.Є. Тенденції виникнення пожеж у лісах зеленої зони м. Харкова // Лісівництво і агролісомеліорація. – 2009. – Вип. 115. – С. 208.

<sup>186</sup> Архів Катеринопільського районного суду Черкаської області. Справа № 1-74 за 2009 р.



ПП самовільного знищення зелених насаджень вздовж залізничних колій у Дарницькому районі м. Києва, що заподіяло істотну шкоду охоронюваному законом державним інтересам у сфері охорони земель та у сфері охорони навколишнього природного середовища. Проте суд встановив відсутність у матеріалах порушеної кримінальної справи доказів того, що на земельній ділянці наявна залізнична колія (залізничне полотно), яка може бути розташована лише на землях залізничного транспорту, якому належать землі смуг відведення залізниць під залізничним полотном та його облаштуванням, як це передбачено ст. 22 Закону України «Про транспорт», а також ст. ст. 68, 112 ЗК. Також не було представлено доказів того, що це під'їзна колія, призначена для транспортного обслуговування одного або кількох підприємств, організацій та установ у взаємодії із залізничним транспортом загального користування у розумінні ст. 1 Закону «Про залізничний транспорт»<sup>187</sup>

Землями сільськогосподарського призначення, на яких мають знаходитись стерня, сухі дикоростучі трави, рослинність та їх залишки як предмет розглядуваного злочину, відповідно до ст. 22 ЗК визнаються землі, надані для виробництва сільськогосподарської продукції, здійснення сільськогосподарської науково-дослідної та навчальної діяльності, розміщення відповідної інфраструктури (в т.ч. інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції) або призначені для цих цілей. Землі сільськогосподарського призначення поділяються на: 1) сільськогосподарські угіддя (рілля, земельні ділянки під багаторічними насадженнями, сіножаті, пасовища, перелогі); 2) несільськогосподарські угіддя (господарські шляхи і прогони, землі тимчасової консервації тощо).

Предметом злочину, передбаченого ст. 245 КК, не визнаються зелені насадження міст та інших населених пунктів за умови, що вони не віднесені до категорії лісів (міські парки, парки культури і відпочинку, ботанічні сади, сади житлових районів, сквери, бульвари, насадження на територіях шкіл, дитячих закладів, спортивних споруд, промислових підприємств тощо, вздовж вулиць, ліній електропередач високої напруги тощо). Знищення або пошкодження зазначених зелених насаджень за наявності підстав слід кваліфікувати як відповідний злочин проти власності. Така правова оцінка ґрунтується на тому, що відповідальність за аналізованою нормою КК настає за знищення або пошкодження не будь-яких об'єктів рослинного світу (як це впливає із назви ст. 245 КК), а лише тих із них, які конкретно названі в її диспозиції.

<sup>187</sup> Архів Дарницького районного суду м. Києва. Справа № 4-732 за 2001 р.

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у знищенні або пошкодженні відповідних об'єктів рослинного світу певним способом – вогнем чи іншим загальнонебезпечним способом. У статті 245 КК поняття знищення і пошкодження використовуються для позначення одночасно і суспільно небезпечного діяння, і його шкідливих наслідків.

Для з'ясування суті аналізованого кримінально караного посягання необхідно звертатись до відповідних актів регулятивного характеру, в т.ч. до Правил пожежної безпеки в Україні, затверджених наказом МНС від 19 жовтня 2004 року № 126. Так, зазначені Правила прямо забороняють у період збирання зернових спалювати стерню, післяжнивні залишки, а також розводити багаття на полях. Водночас матеріали судової практики свідчать про поширеність саме такого виду порушень протипожежної безпеки у сільському господарстві.

Так, вироком Гайсинського районного суду Вінницької області Р. було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 245 КК. Займаючись підприємницькою діяльністю, Р. після збирання врожаю пшениці на орендованих землях площею 42 га знищував вогнем залишки соломи. Суд зробив висновок, що своїми діями підсудний порушив вимоги Правил пожежної безпеки України. Дії Р. були кваліфіковані за ч. 1 ст. 245 КК як знищення вогнем стерні та залишків рослинності на землях сільськогосподарського призначення<sup>188</sup>.

Знищення лісового масиву означає повну втрату ним свого екологічного, господарського та культурно-естетичного значення. За таких обставин лісовий масив перестає бути об'єктом природи. Під пошкодженням лісового масиву слід розуміти заподіяння йому такої шкоди, яка значно погіршує його якість, зменшує його цінність (припиняється ріст дерев і чагарників, вони засихають, трухлявіють або хворіють, ліс стає непридатним для проживання в ньому диких тварин тощо). Пошкодження зелених насаджень – це заподіяння шкоди кореневій системі, стовбуру, кроні, гілкам дерево-чагарникових порід, що не припинило їх росту.

Не утворює складу розглядуваного злочину випалювання стерні та інших залишків рослинності, яке здійснюється на землях сільськогосподарського призначення у випадку господарської необхідності за наявності дозволу уповноваженого органу.

Злочин визнається закінченим з моменту настання зазначених суспільно небезпечних наслідків. Якщо внаслідок дій, спрямованих на знищення або пошкодження об'єктів рослинного

<sup>188</sup> Архів Гайсинського районного суду Вінницької області. Справа № 1-273 за 2010 р.

світу, з причин, що не залежали від волі винного, ці об'єкти не зазнали негативних змін, вчинене за спрямованістю умислу має розглядатись як замах на знищення або пошкодження лісового масиву чи іншого насадження.

Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу вогнем охоплює: 1) підпал – свідоме спричинення пожежі шляхом застосування джерел вогню; 2) порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки (розведення багаття у невстановлених місцях, заправка в лісах транспортних засобів паливом під час роботи двигуна тощо).

Вироком Козельщинського районного суду Полтавської області Ч. було визнано винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 245 КК. Як встановив суд, Ч. підпалила суху траву на землях сільськогосподарського призначення в с. Горбані Козельщинського району, в результаті чого було знищено сухі дикоростучі трави на площі у 2 га, чим заподіяно матеріальну шкоду на суму 50 грн.<sup>189</sup>

Противопожежні вимоги на території лісового фонду України детально врегульовані п. 3 Правил пожежної безпеки в лісах України, затверджених наказом Держкомлісгоспу від 27 грудня 2004 року № 278. Зокрема, відповідно до п.п. 3.1. цих Правил протягом пожежонебезпечного періоду забороняється: розведення багать у лісі (крім тих, що пов'язані з технологічними вимогами лісгосподарських заходів у спеціально передбачених для цього місцях); заїзд на територію лісового фонду (крім транзитних шляхів) транспортних засобів та інших механізмів, за винятком тих, що використовуються для лісгосподарської мети; відвідування населенням хвойних насаджень при 5-му класі пожежної небезпеки (надзвичайна небезпека) за умовами погоди; палити, кидати у лісі непогашені сірники, недопалки, витрушувати з люльок гарячий попіл, крім місць, що обладнані для цієї мети; залишати у непередбачених для цього місцях лісу обмащене, просочене бензином, гасом, мастилом або іншими горючими речовинами ганчір'я тощо; заправляти паливом у лісі паливні баки під час роботи двигуна; палити або користуватися відкритим вогнем під час проведення робіт з паливно-мастильними матеріалами (переливання пального, заправлення двигунів тощо) тощо. Умисне або необережне порушення зазначених, а так само інших протипожежних вимог за наявності підстав може утворювати склад злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 245 КК.

<sup>189</sup> Архів Козельщинського районного суду Полтавської області. Справа № 1-81 за 2011 р.

На нашу думку, у цьому випадку суд повинен був розглянути можливість закриття кримінальної справи на підставі ч. 2 ст. 11 КК.

Вироком Свалявського районного суду Закарпатської області Ш. було засуджено за ч. 1 ст. 245 КК. Суд встановив, що Ш., перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння в кварталі № 13 44 лісового масиву, що покритий ліською рослинністю – деревами і чагарниками і входить до земель лісового фонду філіалу «Свалявадержспецлісгосп», діючи умисно, шляхом запалювання сірника вчинив підпал трави в двох місцях. Унаслідок цього вогонь перейшов у глибину лісу. Ш. з місця пожежі зник. У результаті пожежі було пошкоджено 156 дерев породи «дуб» діаметром від 6 до 36 см, чим завдано збитків на суму 17688,50 грн., 38 дерев породи «явір» діаметром від 10 до 29 см, чим завдано збитків на суму 4542,50 грн., 95 дерев породи «сосна» діаметром від 14 до 42 см, чим завдано збитків на суму 28752,10 грн., 35 дерев породи «акація» діаметром від 10 до 32 см, чим завдано збитків на суму 5156,10 грн., 37 дерев породи «граб» діаметром від 10 до 24 см, чим завдано збитків на суму 2475,20 грн., 4 дерева породи «смерека» діаметром від 17 до 30 см, чим завдано збитків на суму 8194 грн. Усього філіалу «Свалявадержспецлісгосп» було завдано збитків на загальну суму близько 60 тис. грн.<sup>190</sup>

Інший загальнонебезпечний спосіб, вказаний у ч. 1 ст. 245 КК, – це такий спосіб знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу, який за силою свого руйнуючого впливу на флору та негативними для неї наслідками можна прирівняти до пожежі (наприклад, вибух, затоплення, обвал, забруднення значної площі, покритої об'єктами рослинного світу, покидьками або відходами, використання хімічних речовин)<sup>191</sup>.

Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу в інший, ніж зазначений у ст. 245 КК, спосіб утворює склад відповідного адміністративного проступку (статті 65, 65-1, 66, 72 КпАП).

При відмежуванні злочину, передбаченого ст. 245 КК (у разі знищення або пошкодження

<sup>190</sup> Архів Свалявського районного суду Закарпатської області. Справа №1-104 за 2007 р.

<sup>191</sup> Доктриною запропоновано передбачити у ст. 245 КК кваліфікований склад злочину – умисне знищення або пошкодження відповідних об'єктів рослинного світу, вчинене шляхом підпалу або іншим загальнонебезпечним способом, шляхом забруднення стічними водами, хімічними речовинами, нафтою і нафтопродуктами, відходами і покидьками, що спричинило усихання або захворювання об'єктів рослинного світу на значній площі (Іванова Н.Г. Запобігання злочинним посяганням на рослинний світ (за матеріалами Донецького регіону України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 13).

Видається, що знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу шляхом їх забруднення хімічними речовинами, нафтою і нафтопродуктами, а так само шляхом забруднення значної площі, покритої об'єктами рослинного світу, стічними водами, відходами і покидьками є підстави визнавати знищенням або пошкодженням цих об'єктів загальнонебезпечним способом.

лісу вогнем), від знищення або пошкодження лісу внаслідок необережного поводження з вогнем, а також порушення вимог пожежної безпеки в лісах, що призвело до виникнення лісової пожежі або поширення її на значній площі (ч. 2 ст. 77 КпАП), слід виходити з того, що суспільна небезпека розглядуваного злочину визначається не тільки способом, а й кількісними, якісними і вартісними параметрами шкоди, заподіяної лісовим ресурсам. Так само треба вирішувати питання про відмежування злочину, передбаченого ст. 245 КК, від адміністративно караного самовільного випалювання рослинності або її залишків (ст. 77-1 КпАП).

**Суб'єкт** злочину – загальний.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною або необережною формою вини. Психічне ставлення до загибелі людей або інших тяжких наслідків (ч. 2 ст. 245 КК), як правило, є необережним. Якщо винна особа передбачає і бажає або свідомо допускає настання наслідків у вигляді позбавлення життя іншої людини або тяжких тілесних ушкоджень, її дії треба додатково кваліфікувати за ст. 115 або ст. 121 КК.

У вітчизняній юридичній літературі висувалась пропозиція доповнити КК статтею 245-2 під назвою «Необережне знищення або пошкодження лісових масивів»<sup>192</sup>. При цьому усталеним у кримінально-правовій доктрині є викладене вище положення про те, що суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 245 КК, характеризується як умисною, так і необережною формою вини. У тому, що злочини проти навколишнього природного середовища із матеріальним складом можуть вчинятись як умисно, так і з необережності, не сумнівається і автор згаданої пропозиції<sup>193</sup>. За таких обставин доцільність ініційованої законодавчої новели викликає сумнів.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 245 КК) є загибель людей, масова загибель тварин<sup>194</sup> або інші тяжкі наслідки. Відповідно до п. 8 постанови Пленуму ВСУ від 2 липня 1976 року № 4 (в редакції постанови Пленуму від 3 березня 2000 року № 3) «Про судову практику в справах про знищення та пошкодження державного чи колективного майна шляхом підпалу або внаслідок порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки» іншими тяжкими наслідками можуть визнаватися, зокрема, заподіяння тяжких тілесних ушкоджень

одній або декільком особам, середньої тяжкості тілесних ушкоджень – двом і більше особам, залишення людей без житла або засобів до існування, тривалі припинення або дезорганізація роботи підприємства, установи, організації.

**Незаконна порубка лісу** (ст. 246 КК). Ліси законодавчо визнані важливим компонентом біологічного (біотичного) різноманіття України<sup>195</sup>. Крім надзвичайно важливого значення лісу як природного ресурсу та його використання для задоволення потреб людини в деревині та іншій лісовій продукції, цей об'єкт природи має не меншу цінність через вплив на клімат, атмосферу, виконання ґрунтозахисних, водоохоронних та інших корисних функцій, а також свою роль в оздоровленні, відпочинку, забезпеченні культурних та естетичних потреб суспільства. Знищення лісу шляхом незаконних порубок, порушення правил протипожежної безпеки під час перебування в лісі та підвищене споживання лісу й лісової продукції, що перевищує відтворювальний потенціал природи, заподіює величезну шкоду лісному господарству нашої держави, тягне втрату цінних порід дерев, загибель диких тварин і птахів. Сьогодні лісистість України становить лише 15,7% (при оптимальному для неї показнику – 20%)<sup>196</sup>.

У Концепції реформування та розвитку лісового господарства, схваленої розпорядженням КМУ від 18 квітня 2006 року № 208-р, констатується, що ліси по території України розташовані дуже нерівномірно і сконцентровані переважно на Поліссі та в Карпатах. Лісистість у різних природних зонах також має значні відмінності і не досягає оптимального рівня, за якого ліси найкраще впливають на клімат, ґрунти, водні ресурси, протидіють ерозійним процесам. Однією з основних причин існування проблем у лісовому господарстві названо значний обсяг незаконних рубок.

Проблема правового захисту лісу має чітко виражений міжгалузевий характер та стосується, зокрема, положень цивільного, адміністративного

<sup>195</sup> Відповідно до ст. 1 Закону України від 21 вересня 2000 року «Про Загальнодержавну програму формування національної екологічної мережі України на 2000–2015 роки» біологічне (біотичне) різноманіття – це сукупність усіх видів рослин, тварин і мікроорганізмів, їх угруповань та екосистем у межах території України, її територіальних та внутрішніх морських вод, виключної (морської) економічної зони та континентального шельфу. Біологічне різноманіття складається з видового, популяційного, ценотичного і генетичного різноманіття. Людина є невід'ємним елементом біологічного різноманіття і поза ним існувати не може.

<sup>196</sup> Скворцова О.В. Кримінально-правова характеристика незаконної порубки лісу за кримінальним законодавством України (на підставі матеріалів практики Автономної Республіки Крим): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2007. – С. 1.

<sup>192</sup> Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища: проблеми законодавства, теорії та практики: Автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. – К., 2008. – С. 24-25.

<sup>193</sup> Матвійчук В.К. Вказана праця. – С. 8, 18.

<sup>194</sup> Зміст цих ознак розкрито при аналізі складів злочинів, передбачених ст. 236 і ст. 242 КК.



та кримінального права. Одним із головних аспектів охорони лісів у нашій державі є так званий економіко-правовий чинник, пов'язаний з проблемами ефективності й раціонального використання лісу в межах існуючого правового поля.

На відміну від положень попереднього КК, який визнавав ліс не лише природним ресурсом, а й майном (відповідно, статті 89 та 90 КК 1960 р.), чинний КК усуває таке протиріччя і характеризує ліс передусім як різновид природних ресурсів<sup>197</sup>.

З'ясування змісту диспозиції ст. 246 КК потребує звернення до положень спеціальних актів природоохоронного законодавства, серед яких варто назвати, зокрема: ЛК, Закон України «Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону» від 10 лютого 2000 року; Санітарні правила в лісах України, затверджені постановою КМУ від 27 липня 1995 року № 555; Правила відтворення лісів, затверджені постановою КМУ від 1 березня 2007 року № 303; Порядок спеціального використання лісових ресурсів і Порядок видачі спеціальних дозволів на використання лісових ресурсів, затверджені постановою КМУ від 23 травня 2007 року № 761; Правила рубок головного користування, затверджені наказом Держкомлісгоспу від 23 грудня 2009 року № 364.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 246 КК, є встановлений порядок охорони, раціонального використання і відтворення лісу як важливого елемента навколишнього природного середовища.

Ліс – це тип природних комплексів, у якому поєднуються переважно деревна та чагарникова рослинність з відповідними ґрунтами, трав'яною рослинністю, тваринним світом, мікроорганізмами та іншими природними компонентами, що взаємопов'язані у своєму розвитку, впливають один на одного і на навколишнє природне середовище (ст. 4 ЛК).

Цікавий підхід до визначення лісу пропонує О.А. Сасов: це – речова невід'ємна частина природи, яка здатна самовідтворюватися, є власністю народу, відособлена в натурально-речовій формі, характеризується обмеженим правом колективного та приватного володіння нею, перебуває у господарському обігу, знаходиться на балансі підприємств та організацій, відображається у бухгалтерських звітах та балансах і враховується не лише у натуральному вигляді<sup>198</sup>. Як бачимо, науковець підкреслює особливий статус лісу як важливого елемента довкілля, а також як сукупності предметів матеріального світу, що

мають економічну цінність та господарське призначення. З урахуванням сказаного додатковим об'єктом аналізованого злочину можна визнати порядок ведення лісового господарства.

**Предметом** злочину визнаються дерева і чагарники, які ростуть у лісах, захисних та інших лісових насадженнях, у заповідниках або на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду. За ст. 246 КК слід кваліфікувати посягання на сироростучі (живі) дерева і чагарники, які знаходяться на пні (не відділені від коріння), в т.ч. порубку сіянців, саджанців, підліска.

Порубка засохлих деревостанів, які поряд із сироростучими рослинами є елементом лісу як біологічної єдності, з урахуванням конкретних обставин може розглядатись як малозначне діяння, позбавлене суспільної небезпеки (ч. 2 ст. 11 КК).

Не визнаються предметом злочину, передбаченого ст. 246 КК, трава, очерет, пеньки, хмиз – мертві стовбури дерев або їх частин, які лежать на поверхні ґрунту (вітровал, бурелом, сніголам тощо). За наявності для цього підстав порушення порядку заготівлі другорядних лісових матеріалів (живиці, пнів, лубу, кори, деревних зелені і соків) і здійснення побічних лісових користувань (заготівля сіна, випасання худоби, розміщення пасік, заготівля грибів, ягід, лікарських рослин тощо)<sup>199</sup> розглядається як адміністративне правопорушення (зокрема, статті 67, 70 КпАП) або може кваліфікуватись за ст. 356 КК як самоправство.

Дерева – це багаторічні рослини з чітко вираженим твердим стовбуром з гілками, які утворюють крону. Дерева відіграють головну роль у формуванні лісових біоценозів, становлять основу ландшафту у лісових зонах. Чагарники – це багаторічні рослини, які у дорослому стані не мають головного стовбура (стебло чітко виражене лише у перший рік життя), із деревоподібними гілками, які починають рости з поверхні ґрунту.

Для кваліфікації діяння за ст. 246 КК важливо, що зазначені представники флори (як природного, так і штучного походження) не набули товарно-грошової форми, інакше кажучи, статусу майна. Протиправне заволодіння заготовленим чи складованим лісом, незаконна порубка з корисливою метою дерев і чагарників у розсадниках, ботанічних і зоологічних садах, квітникарських господарствах, а також інша незаконна порубка поза межами лісового фонду України (наприклад, на сільськогосподарських угіддях, присадибних, дачних і садових ділянках) за наявності підстав утворюють склад відповідного злочину проти власності або самоправства. В абз. 4 п. 9

<sup>197</sup> Сасов О.А. Кримінально-правова охорона лісу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С 1.

<sup>198</sup> Сасов О.А. Вказана праця. – С 10.

<sup>199</sup> Порядок спеціального використання лісових ресурсів, затверджений постановою КМУ від 23 травня 2007 року № 761.

постанови Пленуму ВСУ від 10 грудня 2010 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» з цього приводу роз'яснюється, що порубка дерев і чагарників на територіях, не віднесених до лісового фонду, не тягне відповідальності за ст. 246 КК. За наявності відповідних підстав такі дії можуть бути кваліфіковані як крадіжка, самоуправство тощо.

З **об'єктивної сторони** злочин, передбачений ст. 246 КК, виражається у незаконній порубці дерев і чагарників. При цьому кваліфікація таких дій за ст. 246 КК залежить від категорії захищеності лісу, а також інших об'єктів, де здійснюється порубка. Так, незаконна порубка у лісах, захисних та інших лісових насадженнях утворює склад розглядуваного злочину лише тоді, коли це заподіяло істотну шкоду. Водночас вчинення таких дій у заповідниках або на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду<sup>200</sup>, або в інших особливо охоронюваних лісах є вже достатньою підставою для кваліфікації діяння за ст. 246 КК: істотна шкода у такому випадку не є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони цього злочину.

Іншими особливо охоронюваними лісами з урахуванням закріпленої у ст. 246 КК диференціації кримінальної відповідальності та положень лісового законодавства<sup>201</sup> слід вважати: 1) ліси, що мають наукове чи історичне значення (розташовані на території історико-культурних заповідників, меморіальних комплексів тощо); 2) ліси генетичних резерватів, виділені у встановленому порядку за своїми типовими фітоценотичними, лісівничими та лісорослинними показниками для даного району з метою збереження цінних частин популяції виду, підвиду, екотипу лісової породи; 3) лісоплодові насадження – природні або штучно створені плодово-ягідні і горіхоплідні ліси, що мають спеціальне господарське значення; 4) субальпійські деревні і чагарникові угруповання (розташовані у межах відкритої гірської місцевості – полонин, яйл), угруповання субальпійського поясу.

Межі лісових ділянок, визначених для віднесення до однієї з категорій, проводяться по природних межах, кварталних просіках, лініях зв'язку й електромереж та інших чітко визначених на місцевості розмежувальних лініях (ст. 40 ЛК).

В юридичній літературі кримінально карана порубка лісу інколи тлумачиться лише як відділення дерев, що знаходяться в лісі, від

коренів незалежно від засобів і способів, які для цього використовуються<sup>202</sup>. Будучи, як і В.А. Клименко<sup>203</sup>, прибічниками більш широкого розуміння цього поняття, пропонуємо порубкою з точки зору кваліфікації за ст. 246 КК визнавати: 1) повне відокремлення дерева або чагарника від кореня будь-яким способом (спилування, зрубвання, повалення транспортним засобом тощо); 2) викорчовування – видалення дерево-стану з корінням; 3) пошкодження дерева або чагарника до стану припинення росту (наприклад, відокремлення основних гілок від стовбура дерева). До пошкоджених до стану припинення росту належать дерева з переламаними стовбурами, обідраною корою понад 30 відсотків периметра дерева (незалежно від довжини за висотою стовбура), обшморганою кроною понад половину її довжини, обідраними та зламаними скелетними коренями понад половину периметра стовбура, а також повалені дерева і такі, що мають нахил понад 30 градусів від вертикальної осі<sup>204</sup>.

*Вироком Апеляційного суду Волинської області М. було визнано винним у вчиненні злочинів, передбачених ст. 246, ч. 1 ст. 350 КК. Як свідчать матеріали справи, М. разом з іншою (невстановленою слідством) особою вчинив у лісовому масиві, який належить колективному сільськогосподарському підприємству, незаконну порубку 4 дерев сосни загальним об'ємом 7,96 кубометрів і вартістю 6 290 грн., чим заподіяв підприємству істотну матеріальну шкоду. Пізніше, з метою уникнення викриття з боку лісничого Р., погрожуючи останньому вбивством, М. із мисливської рушниці здійснив два постріли набоями картечі по автомобілю Р. М. був затриманий працівниками міліції. Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ вирок Апеляційного суду Волинської*

<sup>202</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 281.

<sup>203</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко, М.І. Мельник та ін.; За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 3-тє вид., переробл. та допов. – К.: Атіка, 2009. – С. 361.

<sup>204</sup> Примітка 3 до Такс для обчислення розміру школи, заподіяної лісу підприємствами, установами, організаціями та громадянами незаконним вирубуванням та пошкодженням дерев і чагарників до ступеня припинення росту, затверджених постановою КМУ від 23 липня 2008 року № 665.

Для порівняння: відповідно до ст. 260 КК РФ пошкодження дерев і чагарників, а так само лян до стану припинення росту поряд із власне порубкою виділено як самостійна форма об'єктивної сторони розглядуваного злочину. На доцільність подібного уточнення ст. 246 КК вказується в літературі (Мельник П.В. Кримінально-правова охорона лісів (порівняльна характеристика України, Російської Федерації і Республіки Білорусь) // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали II-ї міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 8 жовтня 2010 р.). У 2 т. Т.1. – Одеса, 2010. – С. 192).

<sup>200</sup> Поняття таких об'єктів розкривається нижче – при аналізі складу злочину, передбаченого ст. 252 КК.

<sup>201</sup> Див., зокрема: Порядок поділу лісів на категорії та виділення особливо захисних лісових ділянок, затверджений постановою КМУ від 16 травня 2007 року № 733.

області щодо М. залишено без змін<sup>205</sup>.

Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу вогнем чи іншим загальнонебезпечним способом слід кваліфікувати за ст. 245 КК.

Порубка є незаконною, якщо вона здійснюється, зокрема: а) без спеціального на те дозволу, який посвідчується відповідним документом (лісорубним або лісовим квитком<sup>206</sup>), виданим уповноваженим органом (особою); б) за дозволом, виданим із порушенням чинного законодавства; в) за наявності дозволу, але з недотриманням передбачених у ньому умов стосовно місця, способу і строків порубки, кількості і порід дерев та чагарників (порубка не на тій ділянці, що виділена, до початку чи після закінчення установлених у дозволі строків, вирубування цінних і рідкісних дерев та чагарників, занесених до Червоної книги України, насінників, плюсових та інших дерев, що мають виняткове значення для збереження біорізноманіття<sup>207</sup>, тощо); г) за наявності дозволу на проведення суцільної санітарної рубки, але без дотримання обмежень, встановлених щодо площі, строків, технологій проведення робіт.

Вирішуючи питання про те, чи є порубка лісу законною, слід враховувати, що в окремих випадках лісорубний квиток дозволяється оформляти протягом місяця від початку рубки (зокрема, рубки дерев, що загрожують падінням на лінії зв'язку, електромережі, інші інженерні споруди, або під час проведення аварійно-рятувальних робіт, розчищення судноплавних шляхів)<sup>208</sup>. Також необхідно враховувати те,

<sup>205</sup> Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 30 січня 2007 року. Справа № 5-8к07.

<sup>206</sup> Лісорубний або лісовий квиток є основним документом, на підставі якого: 1) здійснюється спеціальне використання лісових ресурсів; 2) ведеться облік дозволених до відпуску запасів деревини та інших продуктів лісу, встановлюються строки здійснення лісових користувань та вивезення заготовленої продукції, строки і способи очищення лісосік від порубкових решток, а також облік природного поновлення лісу, що підлягає збереженню; 3) ведеться облік плати, нарахованої за використання лісових ресурсів (п. 2 Порядку видачі спеціальних дозволів на використання лісових ресурсів, затвердженого постановою КМУ від 23 травня 2007 року № 761).

<sup>207</sup> Під час проведення заготівлі деревини вирубування та пошкодження цінних і рідкісних дерев та чагарників, занесених до Червоної книги України, а так само насінників і плюсових дерев дозволяється лише у виняткових випадках за наявності відповідного дозволу (ст. 70 ЛК).

Водночас п. 5 Правил рубок головного користування в гірських лісах Карпат, затверджених постановою КМУ від 22 жовтня 2008 року № 929, містить імперативне правило: під час заготівлі деревини не дозволяється вирубування та пошкодження дерев і чагарників, занесених до Червоної книги України, насінників, плюсових та інших дерев, що мають виняткове значення для збереження біорізноманіття.

<sup>208</sup> П. 5 Порядку видачі спеціальних дозволів на використання лісових ресурсів, затвердженого постановою КМУ від

що проведення рубок головного користування забороняється на особливо захисних лісових ділянках (навколо витоків річок, токовищ глухарів, карстових утворень, гідрометеорологічних об'єктів тощо).

Порушення порядку заготівлі деревини, яке безпосередньо не полягає у незаконній порубці лісу (наприклад, залишення на лісосіках пнів вище встановленого розміру, захаращування місць вирубки відходами, невивезення з лісосіки деревини у встановлений строк або залишення її в місцях рубок, залишення недорубів або зрубаних дерев у завислому стані, ведення рубок способами, які викликають ерозію ґрунту), тягне за собою не кримінальну, а адміністративну відповідальність (ст. 64 КпАП).

Диспозиція ст. 246 КК не конкретизує (серед інших ознак злочину) спосіб порубки лісу, а також засоби, знаряддя час і місце її здійснення. Хоч такі ознаки не впливають на кваліфікацію посягання, вони сприяють більш точній характеристиці об'єктивної сторони, визначенню ступеня суспільної небезпеки скоєного та, у деяких випадках, правильному встановленню розміру шкоди, заподіяної незаконною порубкою.

Незаконна порубка дерев і чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях визнається закінченим злочином із моменту заподіяння в результаті незаконної порубки лісу істотної шкоди, а вчинення таких дій у заповідниках або на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду, або в інших особливо охоронюваних лісах – з моменту відокремлення дерева або чагарника від кореня або заподіяння зазначеним представникам флори пошкоджень, які викликають їх загибель або припинення росту. Та обставина, що особа ще не встигла скористатись незаконно здобутим, на кваліфікацію вчиненого за ст. 246 КК як закінченого злочину не впливає.

Вирішуючи питання про те, чи є заподіяна незаконною порубкою шкода істотною (оціночне поняття), потрібно у кожному конкретному випадку враховувати вартість, екологічну цінність (наприклад, занесення дерева або чагарника до Червоної книги України), кількість незаконно вирубаного лісу, розмір шкоди, завданої довкіллю, в т.ч. обчисленої за спеціальними таксами<sup>209</sup>.

Шкода визнається істотною, зокрема, тоді, коли були знищені певні види дерев у тій чи іншій місцевості, погіршилися породний склад, якість, захисні, водоохоронні й інші екологічні властивості лісу, виникли труднощі у відтворенні

23 травня 2007 року № 761.

<sup>209</sup> Постанова КМУ від 23 липня 2008 року № 665 «Про затвердження такс для обчислення розміру шкоди, заподіяної лісу».



заліснення в певній місцевості, знизилась якість атмосферного повітря, змінилися ландшафт місцевості, русло річки, сталась ерозія ґрунту. Якщо шкода не визнається істотною, винна особа може бути притягнута до адміністративної відповідальності за статтями 65, 65-1, 66 КпАП.

Незаконна порубка лісу може утворювати сукупність з іншими злочинами.

Наприклад, Надвірнянський районний суд Івано-Франківської області визнав Н. винним у вчиненні злочинів, передбачених ст. 246 і ч. 2 ст. 345 КК. Судом встановлено, що Н., перебуваючи на території Довбушанського лісництва ДП «Надвірнянським лісгосп» і усвідомлюючи протиправний характер своїх дій, без спеціального дозволу, за допомогою бензопили відокремив від кореня 6 дерев породи «смерека» загальним об'ємом понад 10 кубічних метрів. Тим самим Надвірнянському лісгоспу було спричинено істотну шкоду. Через декілька днів, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, з метою отримання дозволу на вивезення незаконно зрубаної деревини, Н. почав вимагати у лісничого П. та майстра лісу Д., які є працівниками державної лісової охорони, повернути йому зрубану деревину. Коли в задоволенні його незаконної вимоги було відмовлено, Н. наніс декілька ударів руками та ногами по тілу П. і Д., заподіявши їм легкі тілесні ушкодження<sup>210</sup>.

**Суб'єкт** злочину – загальний.

В юридичній літературі обґрунтовується пропозиція дещо змістити акцент протидії незаконній порубці лісу, а сам – в обов'язковому порядку встановлювати і притягувати до кримінальної відповідальності не лише безпосередньо браконьєрів, а й тих осіб, які скуповують завідомо незаконно одержану деревину<sup>211</sup>. Дії таких «посередників» повинні одержувати кримінально-правову оцінку за ст. 198 КК, оскільки вказана норма прямо називає предметом передбаченого нею злочину майно, завідомо одержане злочинним шляхом. Під майном, одержаним злочинним шляхом, зазвичай розуміється майно, яке прямо або опосередковано отримано в результаті вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК. Отже, предметом злочину, караного за ст. 198 КК, повинно визнаватися майно, одержане будь-яким злочинним шляхом, у т.ч. внаслідок незаконної порубки лісу. Щодо майнових ознак незаконно одержаної деревини (на відміну від сироростучих дерев), то з цього приводу також не повинно виникати сумнівів. Підтвердження того, що зрубані дерева набувають характери-

стики майна, знаходимо, зокрема, в абз. 5 п. 9 згаданої вище постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля»: заволодіння деревами, зрубаними та підготовленими до складування або вивезення, залежно від обставин справи слід кваліфікувати за відповідними частинами ст. 185 КК або іншими статтями, якими передбачено відповідальність за вчинення злочинів проти власності.

Незаконна порубка лісу, вчинена службовою особою (наприклад, лісничим) із використанням свого службового становища, повинна одержувати юридичну оцінку за сукупністю ст. 246 КК і норми про відповідний службовий злочин. При цьому службова особа може виконувати роль не лише виконавця (співвиконавця), а й організатора, пособника чи підбурювача, що має бути відповідним чином відображено при кваліфікації. Якщо службова особа під час незаконної порубки лісу не використовувала надані їй посадою повноваження, її дії утворюватимуть поведінку загального суб'єкта злочину і кваліфікуватимуться виключно за ст. 246 КК. Зловживання службовою особою, відповідальною за охорону чи забезпечення раціонального використання лісного фонду, наданими їй повноваженнями чи недбале ставлення до них, що призвело до незаконної порубки лісу, слід кваліфікувати як той чи інший злочин у сфері службової діяльності.

Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України А. було визнано винним у зловживанні службовим становищем (ч. 1 ст. 364 КК) і службовій недбалості (ч. 2 ст. 367 КК). Як впливає з матеріалів кримінальної справи, А., працюючи на посаді лісничого Сколівського лісництва Львівської області, не забезпечив контроль за ввіреним йому обходом. Унаслідок цього на зазначеному обході сталася незаконна вирубка 53 цінних дерев вартістю 33 363 грн. Встановлено, що А. виявив і проклеїмував вирубку, але не задокументував її, фактично приховавши у такий спосіб порушення лісового законодавства<sup>212</sup>.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умислом. При цьому зміст умислу винного у разі незаконної порубки у заповідниках, на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду або в інших особливо охоронюваних містах включає усвідомлення відповідного статусу цих об'єктів. Мотиви і цілі незаконної порубки лісу диспозицією ст. 246 КК не конкретизовані і можуть бути різними: корисливі спонукання,

<sup>210</sup> Архів Надвірнянського районного суду Івано-Франківської області. Справа № 1-199 за 2007 р.

<sup>211</sup> Зубкова В., Соколов Н. Проблемы применения законодательства о незаконной порубке лесных насаждений по УК РФ // Уголовное право. – 2007. – № 2. – С. 53.

<sup>212</sup> Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 29 березня 2007 року // Справа № 5-6338км06.

помста, хуліганство, заздрість та ін. На практиці переважна більшість таких злочинів вчинюється саме з корисливих спонукань.

З урахуванням правил про крайню необхідність можна зробити висновок про відсутність злочинності діяння при порубці лісу, унаслідок якої заподіяна довкіллю шкода була меншою, ніж усунута небезпека, що загрожувала інтересам держави і суспільства, особистим правам громадян, за умови, що така небезпека не могла бути усунута в інший спосіб, і шкода у вигляді незаконної порубки лісу була заподіяна своєчасно. Наприклад, здійснення порубки лісу з метою запобігання поширенню пожежі чи іншого стихійного лиха, що загрожує життю та (або) майну людей, повинно виключати кримінальну відповідальність за ст. 246 КК.

За результатами проведеного аналізу ознак складу злочину, передбаченого ст. 246 КК, у цілому можна погодитись із визначенням цього діяння, запропонованим О.В. Скворцовою: незаконна порубка лісу – це суспільно небезпечне, протиправне, кримінально каране, винне діяння, яке охоплює формальний (при посяганні на особливо охоронювані ліси) і матеріальний (у разі завдання істотної шкоди) складу, здійснене загальним або спеціальним (із використанням службового становища) суб'єктом шляхом дій у вигляді порубки сиророслих дерев і чагарників, що стоять на пні та ростуть на території лісового фонду, і тим самим посягає на суспільні відносини, які забезпечують раціональне використання лісів, їхню охорону та відтворення<sup>213</sup>.

Спираючись на висловлені в юридичній літературі аргументи, І.О. Конфоркін пропонує доповнити норму про незаконну порубку лісу такою кваліфікуючою ознакою, як незаконна порубка лісових насаджень із використанням механічного транспортного засобу. Звертаючись до матеріалів правозастосовної практики, науковець зазначає, що велика кількість випадків незаконної порубки лісу поєднується саме із застосуванням спеціальної автотехніки. Відповідно, вчинення злочину із застосуванням механічних транспортних засобів заподіює шкоду всій екологічній системі лісової ділянки і свідчить про підвищену суспільну небезпеку скоєного<sup>214</sup>. Доречно додати, що кваліфікуюча ознака «використання транспортних засобів» вже утворює кваліфікований склад злочину «не-

законне полювання» (ст. 248 КК). Видається, що закріплення аналогічних ознак в інших нормах КК про екологічні злочини відповідатиме реаліям екологічної злочинності сьогодення.

**Порушення законодавства про захист рослин** (ст. 247 КК). Рослинний світ як сукупність рослинних угруповань укриває більшу частину поверхні суші та знаходиться у водоймищах і є важливим компонентом біосфери Землі. Він безпосередньо пов'язаний з особливостями клімату, водного режиму, ґрунту, рельєфу, а також тваринним світом, разом із яким створює різні біогеоценози. Правове регулювання його використання та охорони має надзвичайно важливе значення для підтримання екологічної рівноваги, забезпечення екологічного збалансованого процесу експлуатації всіх природних ресурсів<sup>215</sup>. До основних видів природного рослинного світу з позиції його правового регулювання слід віднести: природні лісові ресурси; природну рослинність, що не належить до лісових ресурсів; рослинність сільськогосподарського призначення.

Відповідно до ч. 1 ст. 25 Закону України від 9 квітня 1999 р. «Про рослинний світ» під охороною рослинного світу розуміється здійснення комплексу заходів, спрямованих на збереження просторової, видової, популяційної та ценотичної різноманітності і цілісності об'єктів рослинного світу, охорону умов їх місцезростання, збереження від знищення, пошкодження, захист від шкідників і хвороб, а також невиснажливе використання. Серед основних принципів державної політики у сфері захисту рослин ст. 3 Закону України від 14 жовтня 1998 р. «Про захист рослин» називає, зокрема, гарантування безпеки здоров'я людини та охорони довкілля при здійсненні заходів щодо захисту рослин.

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 247 КК, зумовлена тим, що внаслідок недотримання вимог законодавства про захист рослин може бути заподіяна істотна шкода здоров'ю людей, лісовому господарству, галузям сільськогосподарського виробництва – рослинництву, садівництву, городництву, рослинному світу взагалі. Як сукупність усіх видів рослин, а також грибів та утворених ними угруповань на певній території, рослинний світ є одним з важливих об'єктів правової охорони навколишнього природного середовища.

Основним **безпосереднім об'єктом** аналізованого злочину є встановлений порядок захисту рослинного світу, у т. ч. в частині попередження і боротьби з шкідниками і хворобами рослин, а додатковим об'єктом – здоров'я населення, інтереси

<sup>213</sup> Скворцова О.В. Кримінально-правова характеристика незаконної порубки лісу за кримінальним законодавством України (на підставі матеріалів практики Автономної Республіки Крим): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2007. – С. 6.

<sup>214</sup> Конфоркін І.А. Уголовная ответственность за незаконную рубку лесных насаждений: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – С. 9.

<sup>215</sup> Екологічне право України: Підручник для студентів юрид. вищ. навч. закладів / А.П. Гетьман, М.В. Шульга, В.К. Попов та ін.; За ред. А.П. Гетьмана та М. В.Шульги. – Х.: Право, 2006. – С. 239.

сільськогосподарського виробництва.

**Предметом** злочину є рослини (лісові, сільськогосподарські, дикорослі, інші) та їхні природні властивості, а також плоди рослин – зерно, насіння, овочі, фрукти, коренеплоди тощо. Рослини – це організми, які живляться органічними і неорганічними речовинами ґрунту, води і повітря та здатні створювати органічні речовини з неорганічних у природному стані, у т. ч. судинні рослини, мохоподібні, водорості, лишайники, гриби.

Екологічному законодавству відоме і поняття природних рослинних ресурсів. Це – об'єкти рослинного світу, що використовуються або можуть бути використані населенням, для потреб виробництва та інших потреб (ст. 3 Закону України «Про рослинний світ»). За своєю екологічною, господарською, науковою, оздоровчою, рекреаційною цінністю та іншими ознаками природні рослинні ресурси можна поділити на дві групи: загальнодержавного та місцевого значення. До природних рослинних ресурсів загальнодержавного значення належать: а) об'єкти рослинного світу у межах: внутрішніх морських вод і територіального моря, континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони України; поверхневих вод (озер, водосховищ, річок, каналів), що розташовані і використовуються на території більш ніж однієї області, а також їх приток усіх порядків; природних та біосферних заповідників, національних природних парків, а також заказників, пам'яток природи, ботанічних садів, дендрологічних парків, зоологічних парків, парків-пам'яток садово-паркового мистецтва загальнодержавного призначення; б) лісові ресурси державного призначення; в) рідкісні і такі, що перебувають під загрозою зникнення, судинні рослини, мохоподібні, водорості, лишайники, а також гриби, види яких занесені до Червоної книги України; г) рідкісні і такі, що перебувають під загрозою зникнення, та типові природні рослинні угруповання, занесені до Зеленої книги України<sup>216</sup>. До природних рослинних ресурсів загальнодержавного значення законодавством України можуть бути віднесені й інші об'єкти рослинного світу.

До природних рослинних ресурсів місцевого значення належать дикорослі та інші несільськогосподарського призначення судинні рослини, мохоподібні, водорості, лишайники, а також гриби, які не віднесені законодавством України до природних рослинних ресурсів за-

гальнодержавного значення.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 247 КК, включає в себе три ознаки: 1) діяння – порушення правил, установлених для боротьби зі шкідниками і хворобами рослин, та інших вимог законодавства про захист рослин; 2) тяжкі наслідки; 3) причинний зв'язок між діянням і наслідками.

Шкідники рослин – це види тварин (комахи, кліщі, мікроорганізми, нематоди, гризуни), здатні заподіяти шкоду рослинам, чагарникам, деревам, продукції рослинного походження, збитки від якої економічно доцільно відвернути. До шкідників рослин належать, наприклад, колорадський жук, довгоносик, сарана, картопляна міль, східна плодожерка, миші та інші гризуни. Хворобами рослин визнаються відхилення від їх нормального стану і розвитку, які полягають у порушенні основних функцій всієї рослини або її частини (порушення нормального обміну речовин під впливом фітопатогенів (віруси, бактерії, гриби) або несприятливих умов середовища, наприклад, надлишку чи нестачі води, порушення температурного режиму).

Захист рослин – це комплекс заходів, які спрямовані на зменшення втрат урожаю та запобігання погіршенню стану рослин сільськогосподарського та іншого призначення, багаторічних і лісових насаджень, дерев, чагарників, рослинності закритого ґрунту, продукції рослинного походження через шкідників, хвороби, бур'яни та фактори техногенного характеру (наприклад, неправильне застосування пестицидів та агрохімікатів). Захист рослин здійснюється за допомогою різних способів – організаційно-господарських, агротехнічних, селекційних, фізичних, біологічних, хімічних тощо.

Одним із таких способів є карантин. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про карантин рослин» (в редакції Закону від 19 січня 2006 р.) карантин визначається утримання об'єктів регулювання (рослини, продукти рослинного походження, засоби перевезення, ґрунт, будь-які інші об'єкти, організми або матеріали, здатні переносити чи поширювати шкідливі організми) у визначених місцях для проведення їх моніторингу, подальшого інспектування, фітосанітарної експертизи та (або) обробки.

Оскільки диспозиція ст. 247 КК має бланкетний характер, для притягнення особи до відповідальності слід встановити, які конкретно правила нею було порушено, а також яким нормативним актом ці правила встановлені.

Злочин може бути вчинений шляхом дії або бездіяльності. Здебільшого порушення законодавства про захист рослин набуває пасивної форми (наприклад, невжиття заходів, спрямова-

<sup>216</sup> Перелік рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, та типових природних рослинних угруповань, які підлягають охороні і заносяться до Зеленої книги України затверджений наказом МОНПС від 16 жовтня 2009 року № 545. Зазначений перелік було створено з метою збереження і відтворення відповідних рослинних угруповань.



них на знищення шкідників та збудників хвороб рослин, на локалізацію постраждалих територій або знищення зараженого врожаю чи насіння; невиконання обов'язків щодо забезпечення карантину рослин; невжиття заходів з утилізації чи знищення сільськогосподарської сировини, яка не відповідає встановленим вимогам щодо вмісту пестицидів і агрохімікатів; непроведення у встановленому порядку фітосанітарного огляду деревини та виробів з неї).

Дії, які утворюють об'єктивну сторону розглядуваного злочину, можуть полягати, зокрема, у: ввезенні в Україну та реалізації на її території засобів захисту рослин, що не пройшли державних випробувань і реєстрації; порушенні технології вирощування рослин сільськогосподарського та іншого призначення (у т. ч. використанні для посіву зараженого насіння або зберіганні його разом із доброякісними партіями насінневого матеріалу), необґрунтованому використанні радіаційного чи ультразвукового опромінювання насіння; застосуванні пестицидів і агрохімікатів у спеціальних сировинних зонах, призначених для вирощування продукції для дитячого і дієтичного харчування, без дотримання спеціальних технологій, що забезпечують отримання продукції, яка відповідає обов'язковим параметрам безпечності; використанні для знищення шкідників і збудників хвороб заборонених хімічних речовин; надмірному вживанні пестицидів; порушенні правил боротьби з бур'янами, зокрема, шляхом використання гербіцидів; ввезенні на територію України деревини та виробів з неї без фітосанітарного сертифіката країни-експортера та (або) без карантинного дозволу на імпорт; вивезенні з карантинних та регульованих зон заражених карантинними організмами об'єктів регулювання. Окремі поширені види порушень законодавства про захист рослин наводяться у ст. 21 Закону України «Про захист рослин».

Порушення законодавства про карантин рослин, що можуть утворювати об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ст. 247 КК, названі у ст. 47 згаданого Закону «Про карантин рослин». Серед них: поширення карантинних організмів; порушення вимог фітосанітарних заходів; невиконання розпорядження державного інспектора з карантину рослин<sup>217</sup> щодо проведення відповідних карантинних заходів; непроведення реєстрації у відповідних державних інспекціях з карантину рослин; неповідомлення державного інспектора з карантину рослин про

виявлення регульованих шкідливих організмів; завезення на територію України, вивезення з карантинних зон об'єктів регулювання, які не пройшли фітосанітарного контролю, та їх реалізації; невиконання законних вимог посадових осіб, які здійснюють державний контроль за додержанням законодавства про карантин рослин.

Якщо порушення законодавства про захист рослин поєднується з використанням підробленого документа (наприклад, погодження на ввезення на територію України засобів захисту рослин, сертифікату відповідності сільськогосподарської продукції та сировини рослинного походження щодо вмісту в них залишкової кількості пестицидів, агрохімікатів та важких металів, сертифікату про дотримання регламентів застосування пестицидів і агрохімікатів у сільськогосподарській продукції та сировині рослинного походження або карантинного сертифіката (засвідчує фітосанітарний стан об'єктів регулювання, що ввозяться та (або) вивозяться у карантинну зону, транспортуються територією України)), дії винного треба додатково кваліфікувати за відповідною частиною ст. 358 КК.

Особи, які здійснюють господарську діяльність, пов'язану з виробництвом, переробкою, зберіганням, транспортуванням, торгівлею рослинами і рослинними продуктами, зобов'язані: виконувати фітосанітарні правила та здійснювати фітосанітарні заходи; виконувати розпорядження органів Державної служби з карантину рослин України щодо проведення відповідних карантинних заходів; зареєструватися у відповідній інспекції з карантину рослин, якщо це вимагається згідно із законодавством; подавати на вимогу спеціалістів Державної служби з карантину рослин України відомості про об'єкти регулювання; здійснювати систематичний моніторинг земельних угідь, які належать їм на правах власності або користування, а також потужностей (об'єктів), на яких здійснюється виробництво та (або) обіг рослин, продуктів рослинного походження з метою виявлення регульованих шкідливих організмів; надавати інспекторам з карантину рослин безперешкодно доступ до об'єктів регулювання на будь-якій стадії виробництва, переробки чи обігу для проведення інспектування, перевірки документації та відбору зразків від об'єктів регулювання для визнання їх фітосанітарного стану; сприяти проведенню карантинних заходів у карантинних та прилеглих до них зонах у разі виявлення карантинних організмів. Невиконання зазначених обов'язків за наявності до цього підстав має кваліфікуватись за ст. 247 КК.

Злочин, передбачений ст. 247 КК, визнається

<sup>217</sup> В Україні наразі замість державних інспекцій з карантину рослин діють державні фітосанітарні інспекції. Положення про Державну ветеринарну та фітосанітарну службу України затверджене Указом Президента України від 13 квітня 2011 року № 464/2011.

закінченим з моменту настання тяжких наслідків. Вирішуючи питання про те, чи є заподіяні наслідки тяжкими, у кожному конкретному випадку потрібно враховувати, зокрема, площу територій, на які поширилась епіфітотія, шкоду, заподіяну людині, рослинному і тваринному світові або сільськогосподарському виробництву, час, на який земельні площі виведено з ладу, вартість заходів, здійснюваних для подолання спричинених негативних наслідків (наприклад, вартість знезараження, переробки або знищення підкарантинних матеріалів<sup>218</sup>).

Порушення вимог законодавства про захист рослин, що не спричинило тяжких наслідків, тягне адміністративну відповідальність (зокрема, за статтями 83, 83-1, 104-1, 105, 106, 188-12 КпАП).

**Суб'єкт** злочину – загальний. Це можуть бути державні інспектори з карантину рослин, службові особи сільськогосподарських підприємств, фермери, громадяни, які займаються городництвом чи садівництвом, працівники підприємств, які здійснюють закупівлю і перевезення рослин, насіння, продукції рослинного походження.

**Суб'єктивна сторона** злочину визначається психічним ставленням до наслідків і, за загальним правилом, характеризується необережністю. Проте не виключається можливість порушення законодавства про захист рослин з непрямым умислом.

Вчинення з метою ослаблення держави дій, спрямованих на масове отруєння та поширення епіфітотій, кваліфікується за ст. 113 КК як диверсія. Умисне масове знищення рослинного світу визнається екоцидом (ст. 441 КК).

**Незаконне полювання** (ст. 248 КК). Тваринний світ є одним з основних компонентів навколишнього природного середовища, національним багатством України, джерелом духовного та естетичного збагачення і виховання людей, об'єктом наукових досліджень, а також важливою базою для одержання промислової і лікарської сировини, харчових продуктів, інших матеріальних цінностей (преамбула Закону України від 13 грудня 2001 р. «Про тваринний світ»). Відповідно до ст. 9

і ст. 10 цього Закону кожному громадянину України надається право спеціального використання тваринного світу, різновидом якого визнається мисливство.

Правовий нігілізм, варварське знищення мисливських птахів та звірів, перетворення окремих видів незаконного полювання на різновиди злочинного промислу та низка інших факторів призвели до різкого зменшення популяції окремих видів тваринного світу, а у деяких випадках поставило їх під загрозу повного знищення.

Не в останню чергу така невтішна ситуація обумовлена тією обставиною, що незаконна торгівля зникаючими видами тварин є вельми прибутковим бізнесом. Згідно з деякими оцінками, обсяг світового тіншового обороту рідкісними видами тварин, що знаходяться під загрозою зникнення, складає понад 6 млрд. доларів на рік. Злочинна торгівля тваринами знаходиться за прибутками на другому місці після торгівлі наркотиками і зброєю, причому з кожним роком кількість рідкісних тварин, у т.ч. птахів, які перевозяться контрабандно через кордон, неухильно зростає.

Враховуючи наведене, наша держава у 1999 р. приєдналась до Конвенції про міжнародну торгівлю видами дикої фауни і флори, що перебувають під загрозою зникнення – міжнародного договору, підписаного в результаті резолюції Міжнародного союзу охорони природи, схваленої на зборах організації в 1963 р.<sup>219</sup> Сьогодні близько 5 000 видів тварин і 28 000 видів рослин перебувають під охороною названої Конвенції від надмірної експлуатації через міжнародну торгівлю.

Враховуючи те, що екологічна ситуація в сфері охорони, раціонального використання, відтворення й оздоровлення мисливських звірів та птахів, які перебувають у стані природної волі в Україні, формується під впливом закономірностей розвитку природи та суспільства в процесі природокористування, а тваринний світ виділяється з інших природних ресурсів (він належить до живої природи, що найбільш об'єднує його з людиною), особлива актуальність досліджень та потреба в охоронних заходах у цій галузі є наразі очевидною<sup>220</sup>. Водночас, незважаючи на досить ретельну нормативну врегульованість питань правового режиму мисливських звірів і птахів, чимало українських громадян не дотримуються умов полювання – моменту виникнення права на полювання, місць, строків, обстановки, способів, засобів, знарядь, видів, лімітів полювання тощо.

<sup>219</sup> Довідник чинних міжнародних договорів України у сфері охорони довкілля / Кол. авт.: Андрусевич А., Андрусевич Н., Козак З. – Львів. – 2009. – С. 37–42.

<sup>220</sup> Голуб С.А. Кримінальна відповідальність за незаконне полювання: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 3-4.

<sup>218</sup> До підкарантинних матеріалів належать: насіння і садивний матеріал, сільськогосподарські, лісові і декоративні культури, рослини та їх частини (живці, цибулини, бульби, плоди тощо), а також інша продукція рослинного походження, яка може переносити шкідників, хвороби рослин і бур'яни, культури живих грибів, бактерії, віруси, а також нематоди, кліщі і комахи, які можуть завдати шкоди рослинним ресурсам, колекції комах, збудники хвороб рослин і зразки пошкоджень, що наносяться ними, а також гербарії і колекції насіння (п.п. 1.7 Фітосанітарних правил ввезення з-за кордону, перевезення в межах країни, транзиту, експорту, порядку переробки та реалізації підкарантинних матеріалів, затверджених наказом МАП від 23 серпня 2005 року № 414).

Повною мірою це стосується і кримінально караних порушень правил полювання.

Диспозиція ст. 248 КК, будучи бланкетною, потребує від правозастосувача ознайомлення із нормами регулятивного (екологічного) законодавства, зокрема: законів України – від 22 лютого 2000 року «Про мисливське господарство та полювання», від 13 грудня 2001 року «Про тваринний світ», від 7 лютого 2002 року «Про Червону книгу України»; Правил організації полювання та надання послуг іноземним мисливцям, затверджених наказом Держкомлісгоспу України від 9 вересня 1999 року № 83; Інструкції про селекційний відстріл мисливських тварин, затвердженої наказом Держкомлісгоспу від 30 травня 2001 року № 47; Положення про мисливське собаководство України, затвердженого наказом Держкомлісгоспу від 27 серпня 2007 року № 495; Положення про правила проведення полювань, поводження із зброєю та порядок видачі ліцензій на добування мисливських тварин, затвердженого наказом Міністерства аграрної політики і продовольства України від 17 жовтня 2011 року № 549.

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 248 КК, полягає у посяганні на тваринний світ суші. Різновидом спеціального використання тваринного світу визнається мисливство, яке здійснюється шляхом промислового добування, любительського і спортивного полювання на мисливських тварин. Зайняття мисливством з порушенням встановлених правил, тобто браконьєрство, нерідко носить винищувальний характер, завдає тваринному світу істотної шкоди, швидкими темпами погіршує його стан.

Звертає на себе увагу безпосередня спрямованість розглядуваного злочину на біотичні компоненти так званої першої природи, під якою традиційно розуміють звичайні природні умови життєдіяльності людини. Водночас посягання на біологічне різноманіття загрожує порушити біологічну рівновагу в більш значних масштабах, а тому суспільна небезпека подібних злочинів не зводиться виключно до підрахунку шкоди, заподіяної охоронюваному законом біологічному виду чи популяції<sup>221</sup>.

Слушною є і думка про те, що кримінально-правова норма про незаконне полювання захищає також моральні цінності, фактично забороняючи безпідставну агресивність людей, недбале ставлення до живих істот, аморальне знищення чи заподіяння їм страждань. Слід погодитись із тим, що закон, у принципі, повинен сприяти вихованню моральних якостей людини<sup>222</sup>.

<sup>221</sup> Гареев А.А. Экологические преступления: уголовно-правовое противодействие: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С.117.

<sup>222</sup> Дубовик О.Л. Экологические преступления: Коммента-

Кримінальна відповідальність за незаконне полювання відома законодавству багатьох держав світу. Так, у США відповідні законодавчі бар'єри існують вже понад століття і регулярно оновлюються як Конгресом США, так і легіслатурами штатів. Серед базових законів, що покликані захищати тваринний світ від неправних втручань людини, слід виокремити: 1) Акт Лейсі 1900 р., який встановлює кримінальну відповідальність за торгівлю незаконно добутими тваринами та рослинами; 2) Акт про охорону зникаючих біологічних видів 1973 р. – закріплює кримінально-правові санкції у вигляді штрафу до 50 тис. дол. та (або) позбавлення волі на строк до одного року за добування та збут диких тварин і рослин, які включені до переліку зникаючих<sup>223</sup>; 3) Акт про охорону мігруючих птахів 1918 р. – визнає злочином полювання на хоча б одного із більш ніж 800 видів мігруючих птахів, занесених до спеціального переліку. Поєднання розгорнутої законодавчої бази із агресивною правозастосовною діяльністю компетентних органів влади (зокрема Департаменту охорони навколишнього середовища) дозволило Сполученим Штатам можливість успішно протидіяти злочинним посяганням на тваринний і рослинний світ країни.

**Безпосереднім об'єктом** злочину, передбаченого ст. 248 КК, є встановлений порядок охорони, раціонального використання і відтворення тваринного світу суходолу – диких звірів і птахів як невід'ємної складової частини довкілля.

**Предмет** злочину – дикі звірі та птахи, які охороняються законом і перебувають у стані природної волі або утримуються в напіввільних умовах у межах мисливських угідь і можуть бути об'єктами полювання. Мисливські тварини належать до природних ресурсів загальнодержавного значення.

Мисливськими угіддями визнаються ділянки суші та водного простору, на яких перебувають мисливські тварини і які можуть бути використані для ведення мисливського господарства. Утримання у напіввільних умовах – це утримання мисливських тварин у штучно створених умовах, у яких вони живляться переважно природними кормами, але не мають можливості вільно переміщуватись за межі штучно ізольованої ділянки мисливського угіддя (ст. 1 Закону України «Про мисливське господарство та полювання»).

І.В. Самощенко конкретизує, що предметом злочину визнаються дикі тварини та птахи, які належать до так званого мисливського фонду,

рий к главе 26 Уголовного кодекса Российской Федерации. – М.: Изд-во «Спарк», 1998. – С. 289.

<sup>223</sup> Endangered Species. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: <http://www.law.cornell.edu/citation>.



під яким слід розуміти перелік видів дичини, на яку можна полювати за умови дотримання всіх правил полювання<sup>224</sup>. На підставі системного аналізу положень екологічного законодавства В.О. Навроцький наділяє об'єкти тваринного світу як предмет незаконного полювання такими ознаками: 1) біологічною – вони відносяться до птахів та звірів; 2) ареалом поширення – такі птахи і звірі відносяться до тих, основні процеси життєдіяльності яких знаходяться на суші або на поверхні води; 3) соціальною – птахи і звірі відносяться до так званих диких і перебувають в стані природної свободи; 4) юридичною – птахи і звірі відносяться до видів, полювання на яких регламентоване або заборонене повністю<sup>225</sup>.

До мисливських звірів належать, зокрема, хохулі, кролі дикі, зайці-біляки, зайці-русаки, білки, бобри, нутрії, ондатри, лисиці, вовки, олені, кабани, лані, козулі, лосі, муфлони, а до мисливських птахів – гагари, лебеді, гуси, качки, голуби, кулики, перепели, фазани.

Не є предметом злочину, передбаченого ст. 248 КК: 1) комахи, плазуни, земноводні, риби, водні безхребетні тварини, морські ссавці; 2) шкідливі звірі і птахи, які не охороняються законом, хоч їх відстріл і відлов відбувається у встановленому порядку (наприклад, вовки, бродячі собаки і коти, сірі ворони, сороки, граки)<sup>226</sup>; 3) мисливські тварини у неволі, тобто тварини, які утримуються у відповідних спорудах, де вони не мають можливості жити природними кормами і самостійно виходити за межі таких споруд (розплідники, вольєри, ферми, зоопарки тощо).

В останньому випадку дії особи, яка незаконно заволодіває дикими тваринами чи птахами, можуть бути кваліфіковані як відповідний злочин проти власності<sup>227</sup>. Сказане стосується і мисливських тварин, які вилучені з природного середовища, розведені у неволі, напіввільних умовах або набуті іншим законним способом, і перебувають у приватній чи комунальній власності юридичних та фізичних осіб. Наприклад, добутий під час по-

лювання звір (птах), який потім утримується на фермі заради хутра, в неволі (зоопарку) – заради культурних чи наукових потреб, у разі наступного заволодіння ним визнаватиметься предметом крадіжки<sup>228</sup>. Такий висновок логічно випливає зі ст. 1 Закону України «Про мисливське господарство та полювання», де вказується, що утримання мисливських тварин у неволі – це їх утримання у відповідних спорудах, де вони не мають можливості жити природними кормами та самостійно виходити за межі таких споруд.

Штучно вирошені або розведені людиною і випущені на волю тварини вилучаються із сфери майнових відносин, починають виконувати природну функцію, у зв'язку з чим набувають якості предмета екологічного злочину, передбаченого ст. 248 КК.

З **об'єктивної сторони** цей злочин виражається у трьох формах: 1) порушення правил полювання, якщо воно заподіяло істотну шкоду; 2) незаконне полювання в заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду<sup>229</sup>; 3) полювання на звірів, птахів чи інші види тваринного світу, що занесені до Червоної книги України.

Червона книга України є офіційним державним документом, який містить перелік рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів тваринного і рослинного світу у межах території України, її континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони, а також узагальнені відомості про сучасний стан цих видів тваринного і рослинного світу та заходи щодо їх збереження і відтворення. КМУ забезпечує офіційне видання та розповсюдження Червоної книги України не рідше одного разу на 10 років. Об'єкти Червоної книги належать до природних ресурсів загальнодержавного значення і підлягають особливій охороні. До Червоної книги України заносяться такі види: зниклі; зниклі в природі; зникаючі; вразливі; рідкісні; неоцінені; недостатньо відомі<sup>230</sup>.

<sup>228</sup> Матвійчук В.К., Годуб С.А. Незаконне полювання: відповідальність, протокольна форма провадження, розслідування і запобігання: Монографія. – К.: КНТ, 2006. – С. 108.

<sup>229</sup> Поняття територій та об'єктів природно-заповідного фонду розкриватиметься під час розгляду ознак складу злочину, передбаченого ст. 252 КК.

В Україні, на жаль, робляться спроби легалізувати мисливство у деяких функціональних зонах територій та об'єктів природно-заповідного фонду. І це при тому, що, за даними МЕПР, загальна площа мисливських угідь становить на сьогодні майже 80 % території України, а заборонено полювати лише на близько 1 % території країни. Такі спроби є неприйнятними, оскільки фактично йдеться про дозвіл вбивати тварин на останніх територіях їхнього спокійного розмноження (Семинога А. Полювання в заповідниках: красномовна ластівка самознищення? // Голос України. – 17 лютого 2011 р. – № 30. – С. 4).

<sup>230</sup> Переліки видів тварин, що заносяться до Червоної кни-

<sup>224</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 282.

<sup>225</sup> Навроцький В.О. Злочини проти природи. Лекції для студентів юридичного факультету. – Львів: юридичний факультет Львівського державного університету ім. Івана Франка, 1997. – С. 33–34.

<sup>226</sup> Наказ Держкомлісгоспу «Про заходи щодо відстрілу і відлову хижих та шкідливих тварин» від 16 грудня 1997 року № 121.

<sup>227</sup> Протиправний відстріл (відлов) птахів чи звірів, які знаходяться у вольєрі, на звіро- чи птахофермі, у зоопарку тощо, за наявності підстав може кваліфікуватись і як хуліганство (Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко, М.І. Мельник та ін.; За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 3-тє вид., переробл. та допов. – К.: Атіка, 2009. – С. 365).

Перебуваючи у вечірній час на території лісництва, Ю. порушив правила полювання шляхом відстрілу одного зубра – звіря, який занесений до Червоної книги України та полювання на якого заборонено. Унаслідок цих протиправних дій мисливському господарству було заподіяно матеріальну шкоду на суму 12 500 грн. Вишницьким районним судом Чернівецької області дії Ю. були кваліфіковані за ч. 1 ст. 248 КК Ю. як незаконне полювання на звіря, що занесений до Червоної книги України<sup>231</sup>.

Полюванням визнаються дії людини, спрямовані на вистежування, переслідування з метою добування і саме добування (відстріл, відлов) мисливських тварин, що перебувають у стані природної волі або утримуються у напіввільних умовах. Полюванням у контексті відповідальності за ст. 248 КК слід також визнати перебування осіб: а) у межах мисливських угідь, у т.ч. на польових і лісових дорогах (крім доріг загального користування), з будь-якою стрілецькою зброєю або з капканами та іншими знаряддями добування звірів і птахів, або з собаками мисливських порід чи ловчими звірами і птахами, або з продукцією полювання (крім випадків регулювання чисельності диких тварин, польових випробувань і змагань мисливських собак не нижче обласного рівня); б) на дорогах загального користування з продукцією полювання або з будь-якою зібраною розчохленою стрілецькою зброєю<sup>232</sup>. Відповідно до ст. 12 Закону України «Про мисливське господарство та полювання» такі дії прирівнюються до полювання.

За результатами вивчення матеріалів кримінальних справ, В.К. Матвійчук та С.А. Голуб додають до переліку різновидів дій, що утворюють полювання, також пошук з метою добування звірів і птахів, які знаходяться в стані природної волі, або в напіввільних умовах. Такий пошук, на думку науковців, є відмінною від переслідування мисливських тварин формою полювання. Автори

ги України (тваринний світ), та видів тварин, що виключені з Червоної книги України (тваринний світ), затверджені наказом МОНПС від 17 червня 2009 року № 313.

Третє видання Червоної книги України, яка побачила світ у 2009 р., включає 542 види тварин. Із цих видів присутність 80 не підтверджується вже понад 30 років, а зубр і дикий кінь зникли з природи, зберігшись лише в штучних умовах. Це означає, що формально близько 15 % облікового складу тваринного світу Червоної книги слід вважати вимерлими видами. У третьому виданні Червоної книги України представлено 30 колишніх мисливських видів птахів (Созінов А., Полікарпов Г. Чи настануть у природі необоротні зміни? // Голос України. – 8 жовтня 2011 р. – № 188).

<sup>231</sup> Архів Вишницького районного суду Чернівецької області. Справа № 1-140 за 2010 р.

<sup>232</sup> На думку Е.М. Жевакова, така поведінка, не будучи полюванням, не може утворювати склад закінченого злочину і має розцінюватись хіба що як готування до незаконного полювання (Жеваков Э. Квалификация незаконной охоты // Уголовное право. – 2009. – № 6. – С. 15-16).

також розрізняють два основні способи полювання залежно від їх цілеспрямованості: з метою добування та з метою вилову звірів і птахів<sup>233</sup>.

Взагалі в юридичній літературі зустрічаються різні підходи до визначення поняття «полювання». Зокрема, С.А. Голуб розуміє під ним вид спеціального користування тваринним світом, який характеризується пошуком, вистежуванням з метою добування, лову, розселення, використання в зоопарках, а також переслідуванням і самим добуванням диких звірів і птахів, які знаходяться у стані природної волі, або утримуються в напіввільних умовах, особливо, що має право на полювання<sup>234</sup>. Наведене визначення докладно розкриває особливий режим контрольованого користування предметами тваринного світу, однак видається дещо алогічним: виходить, що відповідні дії за відсутності належним чином закріпленого права полюванням визнаватись не можуть. Такий підхід суперечить назві і, головне, змісту диспозиції ст. 248 КК «Незаконне полювання», що орієнтують на дві можливі форми цієї діяльності – законне та незаконне полювання.

Російський дослідник В.Г. Пушкарёв обґрунтовує доцільність законодавчого визнання незаконного полювання і у випадку злочинної бездіяльності, наприклад, при незнятті капканів після закінчення строку відповідного договору. Такий підхід, на думку автора, дозволить криміналізувати низку діянь, що, реально заподіюючи величезну шкоду фауні, на сьогодні залишаються без належної юридичної оцінки<sup>235</sup>. Така пропозиція видається цікавою і водночас такою, що потребує подальшого вивчення з метою уникнення помилок у практиці застосування норми КК, присвяченої незаконному полюванню.

На думку В.К. Матвійчука, ст. 248 КК повинна мати назву «Незаконне полювання на диких звірів і птахів», а ч. 1 цієї статті має передбачати відповідальність також за незаконну торгівлю видами дикої фауни, які знаходяться під загрозою зникнення, знищення мігруючих видів тварин, які знаходяться під загрозою зникнення, і середовища їх існування, вилучення яєць із середовища диких тварин, продаж тварин, їх зберігання і транспортування з метою продажу<sup>236</sup>.

<sup>233</sup> Матвійчук В.К., Голуб С.А. Незаконне полювання: відповідальність, протокольна форма провадження, розслідування і запобігання: Монографія. – К.: КНТ, 2006. – С. 119.

<sup>234</sup> Голуб С.А. Кримінальна відповідальність за незаконне полювання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 8.

<sup>235</sup> Пушкарёв В.Г. Уголовная ответственность за незаконную добычу водных животных и незаконную охоту: по материалам Уральского федерального округа: Дис. ... канд. юрид. наук. – Тюмень, 2004. – С. 5-7.

<sup>236</sup> Матвійчук В.К. Законодавство про злочини проти довкілля потребує вдосконалення // 10 років чинності

Розширення сфери застосування досліджуваної кримінально-правової заборони, вочевидь, на часі. Разом з тим слід зауважити, що знищення мігруючих видів тварин, які знаходяться під загрозою зникнення, охоплюється такою передбаченою чинною редакцією ст. 248 КК формою об'єктивної сторони, як полювання на звірів, птахів чи інші види тваринного світу, що занесені до Червоної книги України. Крім цього, продаж, зберігання і транспортування диких тварин, як, до речі, і вилучення яєць, явно виходять за межі поняття полювання, що у випадку сприйняття законодавцем пропозиції В.К. Матвійчука вимагатиме уточнення назви ст. 248 КК, яка має узгоджуватись зі змістом диспозиції цієї кримінально-правової норми.

Тут доречно зауважити, що змістовно близьким і водночас більш широким порівняно з поняттям «незаконне полювання» є поняття «браконьєрство» (від фр. *brassonnage*) – недозволене добування об'єктів тваринного світу, незаконне полювання на рідкісні види тварин, полювання поза сезоном полювання чи рибальство у недозволені місця під час нересту та зимувального періоду, а також незаконна порубка лісу та збирання рослин. Таким чином, браконьєрство фактично підпадає під ознаки злочинів, передбачених ст.ст. 246, 248, 249 КК. Хоч це поняття є скоріш кримінологічним<sup>237</sup>, ніж кримінально-правовим, воно часто використовується у правозастосовній практиці для позначення явно незаконних способів добування різноманітних живих ресурсів. Основною метою здійснення браконьєрства вважається одержання прибутків від продажу тварин, риби (їхніх органів, м'яса, шерсті, ікри тощо) або деревини.

Повертаючись до аналізу чинної редакції ст. 248 КК, зазначимо, що полювання визнається кримінально каранним за умови його незаконності. Порушення правил полювання означає, що цей вид використання тваринного світу здійснюється без належного дозволу, в заборонений час, у недозволені місця, у т.ч. на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду, забороненими знаряддями або способами, стосовно тих видів тварин, які занесені до Червоної книги України.

Щодо останньої із наведених ситуацій варто зробити застереження. Згідно зі ст. 19 Закону України «Про червону книгу» спеціальне використання (добування, збирання) об'єктів Червоної

книги України з метою отримання прибутку заборонено, однак таке використання дозволяється здійснювати у виняткових випадках у наукових і селекційних цілях за спеціальним дозволом. Виходить, що добування тварин, занесених до Червоної книги України, може бути і правомірною поведінкою, у зв'язку з чим ч. 1 ст. 248 КК, яка полювання на зазначених тварин завжди визнає незаконним полюванням, тобто злочином, потребує уточнення.

Полювання без належного дозволу має місце тоді, коли воно здійснюється самовільно, без належного документа, виданого уповноваженим органом. Документами на право полювання відповідно до ст. 23 Закону України «Про тваринний світ» є: посвідчення мисливця; щорічна картка обліку добутої дичини і порушень правил полювання з позначкою про сплату державного мита; дозвіл на добування мисливських тварин (ліцензія, відстрільна картка, дозвіл на селекційний, діагностичний та науковий відстріл тощо); відповідний дозвіл на право користування вогнепальною мисливською зброєю у разі її використання; паспорт на собак мисливських порід, інших ловчих звірів і птахів у разі їх використання під час полювання. Зазначені документи мисливець зобов'язаний мати під час здійснення полювання, транспортування або перенесення продукції полювання і пред'являти їх на вимогу осіб, уповноважених здійснювати контроль у галузі мисливського господарства та полювання.

*Вироком Володимирецького районного суду Рівненської області Ф. було засуджено за ч. 1 ст. 248 КК. Суд установив, що Ф., перебуваючи в угіддях Сопачівського лісництва державного підприємства «Володимирецьке лісове господарство», у порушення ст. 20 Закону України «Про мисливське господарство та полювання» полював без належного на те дозволу, а саме без документів, визначених у ст. 14 цього Закону. Під час незаконного полювання Ф. добув шляхом відстрілу з гладкоствольної мисливської рушниці самця лося, чим заподіяв істотну шкоду державному підприємству «Володимирецьке лісове господарство» на суму 20000 грн.<sup>238</sup>*

За відстрільною картою здійснюється полювання на пернату дичину, кроля дикого, зайця-русака, енотовидного собаку, вовка, лисицю, шакала, куницю кам'яну, норку американську, тхора лісового. За ліцензією здійснюється полювання на кабана, лань, оленів європейського та плямистого, козулю, лося, муфлона, білку, бабака, бобра, борсука, ондатру, куницю лісову.

Ліцензії та відстрільні картки видаються мисливцям користувачем мисливських угідь

Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 310.

<sup>237</sup> Турлова Ю.А. Кримінологічна характеристика браконьєрства в Україні та протидія цим злочинам: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 18 с.

<sup>238</sup> Архів Володимирецького районного суду Рівненської області. Справа № 1-174 за 2007 р.



із зазначенням у цих дозвільних документах терміну та місця здійснення полювання з урахуванням лімітів добування мисливських тварин і пропускної спроможності мисливських угідь<sup>239</sup>. Ліцензія з незаповненими реквізитами, виправленнями, простроченими термінами полювання вважається недійсною, а полювання за нею – незаконним. За дозволом може здійснюватись відстріл (відлов) будь-якого виду мисливських тварин з метою селекційного відбору, ветеринарно-санітарної експертизи, регулювання чисельності.

Добування вовка лисиці, єнотовидного собаки та шакала дозволяється здійснювати також за наявності у мисливця ліцензії або відстрільної картки на добування інших мисливських тварин.

*Вироком Зачепилівського районного суду Харківської області А. було засуджено за ч. 1 ст. 248 КК. Суд встановив, що А., діючи умисно, у порушення правил полювання, не маючи відповідної ліцензії на добування мисливських тварин, у заборонені для полювання на дикого кабана строки і в забороненому місці, з використанням власної двоствольної мисливської рушниці здійснив шляхом відстрілу незаконне полювання на дикого кабана. Унаслідок цього навколишньому природному середовищу було заподіяно істотну шкоду, оскільки вищевказана особина диких тварин є невід'ємною його частиною, а враховуючи загальну кількість кабанів в районі та їх екологічну цінність, знищення хоча б однієї особини кабана суттєво впливає на подальший їх розвиток у вказаній місцевості та на підтримання екологічного балансу природного середовища. Відповідно до нормативно затверджених такс для обчислення розміру відшкодування збитків, завданих унаслідок порушення законодавства в галузі мисливського господарства та полювання, суд визначив, що незаконне полювання на дикого кабана завдало матеріальну шкоду на суму 10 тис. грн.<sup>240</sup>*

Незаконність полювання слід вбачати і в тому разі, коли воно відбувається з відступом від умов, зазначених у дозвільних документах, наприклад, добування тварин, які не зазначені у ліцензії або понад встановлену у дозволах норму, або в угіддях, не зазначених у дозволі, а також тоді, коли дозвільний документ отримано особою, яка здійснює полювання, незаконно.

З'ясовуючи зміст диспозиції досліджуваної кримінально-правової заборони, треба брати до уваги і положення, закріплені у ст. 20 Закону України від 21 лютого 2006 р. «Про захист тва-

рин від жорстокого поводження». Згідно з цією нормою при полюванні на мисливських тварин забороняється застосовувати: технічні засоби, які не передбачають їх швидку смерть і не виключають страждання; транспортні та інші технічні засоби і обладнання, отрути, вибухові речовини, застосування яких призводить до масової загибелі тварин. Забороняються також полювання, вилов та інші форми добування мисливських тварин: які мають дитинчат, не здатних до самостійного існування; у період розмноження, виховання потомства, а у випадку з

*мігруючими видами* – під час їх повернення до місць розмноження; вагітних самок;

*дитинчат*, не здатних до самостійного існування; при переправі наземних тварин через водоймища тощо.

Полювання в заборонений час означає, що воно здійснюється тоді, коли займатись полюванням на тварин заборонено: а) взагалі (наприклад, у темний період доби (цей період починається за годину після заходу сонця і закінчується за годину до сходу сонця) або на тварин, які зазнають лиха – переправляються водою або на кризі, рятуються від пожежі, повені); б) у строки, протягом яких забороняється полювати на певних видів диких звірів і птахів. Так, у місцях зимівлі диких гусей на Азово-Чорноморському узбережжі полювання на них дозволяється тільки на суходільних ділянках і внутрішніх водних об'єктах із засідки у світлу частину доби.

Тривалість мисливського сезону стосовно конкретних представників фауни встановлюється законодавством із урахуванням кліматичних умов, сезонної біології та міркувань про доцільність отримання високоякісної продукції. Строки полювання (конкретна дата відкриття та закриття полювання на той чи інший вид мисливських тварин, дні полювання протягом тижня) визначаються користувачем мисливських угідь у межах строків, встановлених законодавством, за погодженням із відповідним територіальним органом спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань охорони навколишнього природного середовища і доводяться користувачами мисливських угідь до відома громадськості.

Відстріл та відлов хижих і шкідливих тварин (вовків, єнотовидних собак, сорок, граків тощо), добування мисливських тварин для наукових потреб або переселення у нові місця перебування може здійснюватись у встановленому порядку поза межами мисливського сезону (ст. 33 Закону України «Про мисливське господарство та полювання»).

Полювання у недозволені місцях – це полювання у таких місцях, де воно взагалі заборонено, або де для цього потрібен спеціальний дозвіл. Полювання забороняється: на територіях та

<sup>239</sup> Див., наприклад: наказ МЕПР «Про затвердження лімітів добування (відстрілу, відлову) диких парнокопитих та хутрових звірів і встановлення норм відстрілу інших мисливських тварин у сезон полювання 2011/2012 років» від 19 квітня 2011 року № 128.

<sup>240</sup> Архів Зачепилівського районного суду Харківської області. Справа № 1-33/10 за 2010 р.

об'єктах природно-заповідного фонду (за загальним правилом)<sup>241</sup>; на відтворювальних ділянках (крім відстрілу, відлову хижих і шкідливих тварин); у межах населених пунктів, за винятком випадків, передбачених рішеннями обласних рад; на відстані ближче ніж 200 м від будівель населеного пункту та окремо розташованих будівель, де можливе перебування людей.

Забороненими слід визнавати ті знаряддя і способи, якими полювати взагалі не дозволяється або які заборонено використовувати для відстрілу чи відлову певних об'єктів тваринного світу. До таких знарядь і способів слід відносити, зокрема: використання клеїв, петель, гачків, самострілів, ловчих ям, отруйних та анестезуючих принад, живих сліпих чи знівечених тварин як принад, заливання нір звірів, використання звуковідтворювальних приладів та пристроїв, приладів нічного бачення, дзеркал та інших пристроїв, що осліплюють тварин, полювання з дерев і мисливських вишок (без дозволу користувача мисливських угідь). Наприклад, на пернату дичину забороняється полювати з нарізною вогнепальною зброєю або з використанням набоїв, споряджених кулями і шротом діаметром більше 5 мм, а на парнокопитних тварин – з використанням малокаліберної гвинтівки під патрон кільцевого запалювання або набоїв, споряджених круглими кулями, картечкою чи шротом<sup>242</sup>.

Поняття «полювання», як і його незаконні види, розкривається, як показано вище, у відповідних нормах Закону України «Про мисливське господарство та полювання», що підкреслює бланкетний характер диспозицій ч. 1 і ч. 2 ст. 248 КК. П. 30 Положення про мисливське господарство та порядок здійснення полювання, затвердженого постановою КМУ від 20 липня 1996 р. № 780, серед видів незаконного полювання називав і відловлення та утримання в неволі диких звірів і птахів без спеціального на це дозволу (крім випадків рятування тварин, які зазнають лиха). Водночас ст. 20 ухваленого пізніше Закону України «Про мисливське господарство та полювання», у зв'язку з введенням в дію якого Положення про мисливське господарство та порядок здійснення полювання втратило чинність, вказані дії до неза-

конного полювання не відносять. З огляду на те, що термінологічний зворот «порушення правил полювання» у диспозиції ч. 1 ст. 248 КК відсилає до нормативних положень, котрі регулюють порядок полювання, постає питання про застосування у цій ситуації зворотної сили закону. Дії, спрямовані на відловлення та утримання в неволі диких звірів і птахів без спеціального на це дозволу, були декриміналізовані Законом «Про мисливське господарство та полювання»<sup>243</sup>.

До різновидів забороненого полювання може бути віднесено також використання загальнонебезпечних способів – умисні підпали лісових масивів, очерету з метою вигону тварин із лісу, застосування таких знарядь і способів, які можуть призвести до заподіяння шкоди життю за здоров'ю людей<sup>244</sup>. В останньому випадку дії винного за наявності підстав потрібно кваліфікувати за ст. 248 і нормами КК про відповідний злочин проти життя чи здоров'я особи.

Використання незаконно придбаної або виготовленої зброї в процесі полювання утворює реальну сукупність злочинів і потребує кваліфікації за відповідними частинами ст. 262 і ст. 248 КК.

*Вироком Славутицького міського суду Київської області М. було засуджено за вчинення злочинів, передбачених ч. 1 ст. 248 і ч. 1 ст. 263 КК. Суд встановив, що М., проживаючи на території зони відчуження Чорнобильської АЕС, незаконно придбав і зберігав удома гвинтівку системи «Мосина», що, відповідно до висновку експерта, є вогнепальною зброєю, придатною для стрільби. Пізніше, незаконно перебуваючи у зоні відчуження Чорнобильської АЕС, з метою незаконного полювання для забезпечення себе їжею, прийшов до полігону захоронення твердих побутових відходів, де у порушення ст. 12 Закону «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи», п.2 ст. 14, п.3 ст. 20 Закону «Про мисливське господарство та полювання», не маючи відповідних документів на право полювання, у забороненому місці, з використанням зазначеної гвинтівки незаконно добув дику поросю, завдавши шкоду мисливському господарству України на суму 850 грн.*<sup>245</sup>

<sup>241</sup> В.А. Клименко слушно звертає увагу на те, що за ст. 161 попереднього КК полювання у заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду у всіх випадках вважалось злочином. Ст. 248 чинного КК добування тварин у зазначених місцях визнає злочином, якщо воно вчиняється незаконно. Це пояснюється тим, що навіть у заповідниках полювання може бути законним. Про це говориться у ст. 33 Закону «Про мисливське господарство та полювання» (Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко, М.І. Мельник та ін.; За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 3-тє вид., переробл. та допов. – К.: Атіка, 2009. – С. 367).

<sup>242</sup> Заборони щодо здійснення полювання закріплені у ст. 20 Закону України «Про мисливське господарство та полювання».

<sup>243</sup> Відбулася опосередкована декриміналізація, за якої обсяг криміналізації зменшився без зміни власне закону про кримінальну відповідальність – ч. 1 ст. 248 КК. Виходимо з того, що ч. 1 ст. 58 Конституції України, яка має найвищу юридичну силу і норми якої є нормами прямої дії, сформульована таким чином, що вона дозволяє охопити випадки опосередкованої декриміналізації.

<sup>244</sup> Дежурный А.А. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика браконьерства (по материалам Дальневосточного региона): Дис. ... канд. юрид. наук. – Хабаровск, 2004. – С. 86.

<sup>245</sup> Архів Славутицького міського суду Київської області. Справа № 1-60 за 2007р.

Порушення правил полювання є закінченим з моменту заподіяння істотної шкоди і, відповідно, утворює матеріальний склад злочину. Завдяки включенню до ст. 248 КК примітки, поняття істотної шкоди частково втратило свій оціночний характер і стало формально-визначеним<sup>246</sup>. При цьому, вирішуючи питання про те, чи є шкода істотною, потрібно у кожному конкретному випадку враховувати не лише вартість (грошову оцінку)<sup>247</sup>, а й кількість та екологічну цінність здобутих або знижених звірів і птахів (зокрема, їх розповсюдженість, значущість для мисливського господарства). Наприклад, істотною шкодою потрібно визнавати знищення хоча б одного лося, зубра, ведмедя, підриг популяції тварин, зникнення того чи іншого виду тварин у певній місцевості, знищення місць компактного проживання та розмноження звірів і птахів, відстріл невеликих звірів і птахів, але у кількості, яка в декілька разів перевищує величину, зазначену у дозвільному документі, знищення тварин, відтворення яких з урахуванням особливостей або чисельності того чи іншого виду пов'язане зі значними труднощами.

Таким чином, для визнання кримінально караного порушення правил полювання закінченим злочиним необхідно встановлювати наявність реальної шкоди. На думку Е.М. Жевлакова, якщо особа, здійснюючи незаконне полювання, не досягла бажаного результату через причини, що не залежали від її волі, вчинене утворює замах на незаконне полювання за ознакою істотності шкоди<sup>248</sup>. На наш погляд, вирішуючи це питання кваліфікації, слід виходити з положення про неможливість існування стадії замаху у разі, якщо законодавець пов'язує кримінальну відповідальність із настанням певних суспільно небезпечних наслідків, вказаних у диспозиції норми Особливої частини КК, яких у конкретній ситуації фактично не спричинено (наприклад, ч. 4 ст. 152 КК – зґвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки; ч. 4 ст. 187 КК – розбій, поєднаний із заподіянням тяжких тілесних ушкоджень)<sup>249</sup>.

<sup>246</sup> Із цієї примітки випливає, що істотною шкодою у ст. 248 КК, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається шкода, яка у двісті п'ятдесят і більше разів перевищує Н.М.Д.Г.

<sup>247</sup> Такси для обчислення розміру відшкодування збитків, завданих унаслідок порушення законодавства в галузі мисливського господарства та полювання (крім видів, занесених до Червоної книги України), затверджені спільним наказом МОНПС та Держкомлісгоспу України від 18 липня 2007 року № 332/262. Так, наприклад, стягнення за незаконне добування або знищення лося становить 20 000 грн., кабана – 10 000 грн., зайця-русака – 500 грн.

<sup>248</sup> Жевлаков Э. Квалификация незаконной охоты // Уголовное право. – 2009. – № 6. – С. 19.

<sup>249</sup> Протилежної точки зору дотримується О.І. Рарог, який допускає можливість замаху у подібних ситуаціях (Рарог А.І. Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 210-211).

Незаконне полювання у заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду, або полювання на об'єкти тваринного світу, що занесені до Червоної книги України, є формальним складом злочину і вважається закінченим з моменту початку полювання незалежно від того, чи були фактично здобуті відповідні мисливські тварини.

Порушення правил полювання, яке не заподіяло істотної шкоди, не здійснюється у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду і не пов'язане з полюванням на ті види тваринного світу, що занесені до Червоної книги України, тягне за собою адміністративну відповідальність (ст. 85 КпАП).

**Суб'єкт** злочину – загальний.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умислом.

**Кваліфікуючими ознаками** злочину (ч. 2 ст. 248 КК) є його вчинення: 1) службовою особою з використанням службового становища; 2) за попередньою змовою групою осіб; 3) способом масового знищення звірів, птахів чи інших видів тваринного світу; 4) з використанням транспортних засобів; 5) особою, раніше судимою за цей злочин.

Вчинення незаконного полювання службовою особою з використанням службового становища вбачається, зокрема, у тому разі, коли застосовується службовий автотранспорт, незаконним способом здобувається дозвіл на добування мисливських тварин, дається вказівка керівнику мисливського господарства приховати факт браконьєрства. У такому випадку дії службової особи додаткової кваліфікації за ст. 364 (ст. 364-1) КК не потребують.

На думку В.К. Матвійчука, вчинення незаконного полювання службовою особою з використанням свого службового становища треба інкримінувати у випадку вчинення дій службових осіб органів виконавчої влади у сфері мисливського господарства та полювання, у галузі охорони навколишнього природного середовища, користувачів мисливських угідь, а також дій службових осіб правоохоронних органів, законодавчої влади, які використали для вчинення злочину своє службове становище. Водночас науковець критикує позицію, згідно з якою полювання, вчинене, наприклад, суддею, треба кваліфікувати за ознакою полювання «службовою особою»<sup>250</sup>. Такий підхід, стверджує В.К. Матвійчук, суперечить положенням ст. 364 КК, адже в цьому конкретному випадку суддя виступає як приватна особа<sup>251</sup>.

<sup>250</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: за станом законодавства і постанов Пленуму Верховного суду України на 1 грудня 2001 р. / За ред. С.С. Яценка. – К.: А.С.К., 2002. – С. 561.

<sup>251</sup> Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навко-



Варто звернути увагу на необхідність належної кримінально-правової оцінки дій осіб, які одержують або збувають продукцію полювання, завідомо здобуту злочинним шляхом. Вважаємо, що такі дії повинні кваліфікуватися за ст. 198 КК у разі відсутності заздалегідь зробленої обіцянки придбати, отримати, зберегти чи збути таку продукцію. Якщо ж винний заздалегідь обіцяє вчинити незаконні дії з продукцією незаконного полювання, його дії утворюватимуть пособництво у незаконному полюванні.

До способів масового знищення звірів, птахів чи інших видів тваринного світу потрібно відносити такі прийоми полювання, які мають загальнонебезпечний або винищувальний характер та здатні викликати загибель великої кількості представників дикої фауни: використання автоматичної зброї, газу, вибухових або отруйних речовин, електричного обладнання, випалювання рослинності тощо.

Полювання з використанням транспортних засобів означає, що транспортний засіб (автомобіль, трактор, мотоцикл, літак, вертоліт, моторний катер тощо) застосовується безпосередньо для вистежування, переслідування і добування звірів і птахів (наприклад, підсвічування мішеней фарми автомобіля). Якщо ж транспортні засоби використовувалися лише для вивезення браконьєрів на місце полювання чи перевезення незаконно здобутого, така кваліфікуюча ознака відсутня. Дискутуючи з О.Л. Дубовик, Е.М. Жевлаков слушно зауважує, що використанням транспортного засобу при незаконному полюванні не можна вважати його використання для доставки до місця полювання капканців та іншого спорядження<sup>252</sup>.

*Борзнянський районний суд Чернігівської області визнав В. та Р. винними у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 248 КК. Як впливає з матеріалів кримінальної справи, зазначені особи, використовуючи мотоцикл «Дніпро-11», прибули на територію угіддя Іванівського мисливського колективу. Діючи спільно, у порушення правил полювання, без належного дозволу, у заборонений для полювання час (темний період доби), забороненим способом (шляхом осліплення тварин світлом), використовуючи мисливську рушницю, що не зареєстрована у встановленому законом порядку, В. і Р. незаконно добули три зайця-русака<sup>253</sup>.*

лишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Монографія. – К.: «Азимут-Україна», 2005. – С. 276.

Цілком очевидно, що першопричиною подібних дискусій є суперечливе тлумачення в юридичній літературі поняття «використання службового становища». Ця проблема висвітлюється у главі 19 підручника.

<sup>252</sup> Жевлаков Э. Квалификация незаконной охоты // Уголовное право. – 2009. – № 6. – С. 17.

<sup>253</sup> Архів Борзнянського районного суду Чернігівської

Ознайомлення із матеріалами судової практики, а також існуючими у літературі позиціями дозволяє стверджувати, що транспортні засоби можуть використовуватись і як засіб (наприклад, використання автомобіля виключно для переслідування звіря з метою його наступного вбивства за допомогою рушниці), і як знаряддя вчинення злочину (наприклад, у разі умисного наїзду транспортом на тварину чи птаха). Водночас переважна більшість випадків стосуються саме використання транспортного засобу як засобу вчинення злочину<sup>254</sup>.

Вчинення злочину особою, раніше судимою за цей злочин, має місце у разі, коли незаконне полювання вчинюється особою, раніше засудженою за ст. 248 КК, і судимість із неї не знята і не погашена у встановленому законом порядку.

**Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом** (ст. 249 КК). Охорона та раціональне використання водних біологічних ресурсів є однією з найактуальніших проблем сьогодення. Інтенсивний і постійно зростаючий антропогенний вплив на водні об'єкти та, як наслідок, забруднення середовища перебування водних біологічних ресурсів, а також незаконне рибальство призводять до виснаження районів промислу, зникнення багатьох видів риб, водних тварин і рослин<sup>255</sup>. За таких обставин держави намагаються удосконалити існуючі та запровадити нові заходи юридичного впливу на браконьєрів та інших правопорушників як на національному, так і міждержавному рівнях.

Рибальство, включаючи добування водних безхребетних тварин і морських ссавців, є одним із видів використання об'єктів тваринного світу. Особи, які займаються промисловим, любительським та спортивним рибальством<sup>256</sup> і здійснюють у такий спосіб загальне або спеціальне використання об'єктів тваринного світу, зобов'язані дотримуватись встановлених правил, норм, лімітів, строків, використовувати тваринний світ способами, що не допускають порушення цілісності

області. Справа № 1-17 за 2010 р.

<sup>254</sup> Матвійчук В.К., Голуб С.А. Незаконне полювання: відповідальність, протокольна форма провадження, розслідування і запобігання: Монографія. – К.: КНТ, 2006. – С. 174-177.

<sup>255</sup> Тимошенко Ю.А. Уголовно-правовая охрана водных биологических ресурсов в условиях глобализации // Научные основы уголовного права и процессы глобализации: материалы V Российского конгресса уголовного права (27–28 мая 2010 г.). – М.: Проспект, 2010. – С. 203.

<sup>256</sup> Особливостями спортивного рибальства (на відміну від любительського) є те, що воно здійснюється заради відпочинку, особистих фізичних потреб, при якому рибалка-спортсмен чітко дотримується вимог змагань, на яких встановлюється місце, час, знаряддя, способи здійснення відповідного виду рибальства.

природних угруповань і забезпечують збереження тварин, яких не дозволено використовувати.

Спеціальне використання водних живих ресурсів обумовлено спеціальним порядком його здійснення, який полягає: 1) у необхідності отримання дозволу на цю діяльність від власника; 2) у наданні останньому певної компенсації у вигляді плати за експлуатацію об'єктів його власності; 3) здійснюється: а) для задоволення матеріальних (економічних) потреб громадян і народного господарства; б) тільки у межах спеціально визначених акваторій (рибальські угіддя); в) у чітко встановлені періоди часу (рибальський сезон); г) лише регламентованими способами за допомогою дозволених знарядь і відповідних умов їх застосування. У правовому аспекті спеціальне використання водних живих ресурсів може існувати лише за умови наявності всіх перелічених ознак. Отже, спеціальне використання водних живих ресурсів – це врегульована нормами права діяльність, при якій водні живі ресурси відокремлюються від природного середовища (вилучення, добування) для задоволення виробничих потреб, що здійснюється на підставі спеціальних дозволів, а також за відповідну плату<sup>257</sup>.

Проводячи екскурс в історію розвитку законодавства про злочини проти водних біологічних ресурсів, С.Е. Кальонов робить висновок про традиційно підвищену увагу законодавця до проблем боротьби із незаконним воднодобувним промислом, а також про триваючу тенденцію забезпечення кримінально-правовими засобами охорони водної флори і фауни не лише з позиції їх споживчої цінності, а й з точки зору екологічної значущості, з урахуванням їх природного взаємозв'язку з іншими компонентами довкілля<sup>258</sup>.

**Суспільна небезпека** розглядуваного злочину полягає в тому, що зайняття водним добувним промислом із порушенням встановленого порядку завдає істотної шкоди рибним запасам та іншим водним природним ресурсам країни, порушує умови збереження (виживання) популяції водних біоресурсів.

**Безпосередній об'єкт** злочину, передбаченого ст. 249 КК, – встановлений порядок раціонального використання, охорони і відтворення риб та інших об'єктів водної фауни як важливої складової частини навколишнього природного середовища.

**Предметом** злочину виступають водні живі

<sup>257</sup> Григор'єва Т.В. Правове регулювання використання й охорони водних живих ресурсів: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 161-163.

<sup>258</sup> Калёнов С.Е. Уголовно-правовая охрана водных биологических ресурсов (по материалам Дальневосточного федерального округа): Дис. ... канд. юрид. наук. – Хабаровск, 2003. – С. 33.

ресурси, тобто організми, життя яких постійно або на окремих стадіях розвитку неможливе без перебування (знаходження) у воді. Це, зокрема: риби різних видів на всіх стадіях свого розвитку – статевозрілі екземпляри, мальки, ікра; морські ссавці (дельфіни, кити, тюлені, моржі, нерпи тощо); ракоподібні і голкошкірі водні безхребетні тварини (раки, краби, креветки, трепанги, морські їжаки, морські зірки), молюски (головоногі, червононогі, двостулкові – мідії, кальмари, устриці тощо); промислові водні рослини і водорості, які використовуються для виготовлення продуктів харчування, добрив, медичних препаратів і які підлягають спеціальному правовому захисту (наприклад, ламінарія або морська капуста).

Слушною видається висловлена в літературі думка про обумовленість ознак предмета незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом місцем вчинення цього посягання. Так, на півдні України у приморській зоні місцем учинення злочину є насамперед територіальні і внутрішні морські води із затоками, лиманами, протоками, а тому предметом злочину виступають морські риби різних порід, морські водні тварини і рослини, які мають промислове значення. Із зазначеними морськими територіями межують пониззя (з озерами і плавнями) Дніпра, Південного Бугу, Дністра, Дунаю та інших річок, де предметом правопорушень виступають відповідні прісноводні породи риб і водних тварин. У центральній частині й на півночі України місцем учинення зазначених протиправних діянь є річки, озера, водосховища, а предметом злочину – прісноводні породи риб і водних тварин. У гірських річках незаконно виловлюють форель<sup>259</sup>.

Предметом злочину, передбаченого ст. 249 КК, не визнаються: 1) водні організми, добування яких нормативними актами не регламентується (водні плазуни, планктон, шкідливі види риб, жаби тощо); 2) кормові угіддя, місця зимування, нерестові ділянки, тобто ділянки водних об'єктів, де відбувається розмноження риб та інших водних живих ресурсів); 3) бобри, ондатри, хохулі, видри, які є хутровими звірами і розглядаються (поряд із водоплаваючими птахами) як предмет незаконного полювання, передбаченого ст. 248 КК); 4) риби та інші водні живі організми, які завдяки вкладеній праці людини вже не виступають як природні багатства в їх природному стані, а включені у виробничо-трудовий процес і набули внаслідок цього якості товару.

Дії осіб, винних у незаконному вилові риби, добуванні водних тварин, що вирощуються під-

<sup>259</sup> Корнякова Т.В. Характеристика злочинів проти довкілля // Проблеми законності. – 2009. – Вип. 104. – С. 172-173.

приємствами, організаціями або громадянами у спеціально влаштованих чи пристосованих водоймах, або заволодіння рибою, водними тваринами, відловленими цими організаціями (особами), підлягають кваліфікації як злочин проти власності. У зв'язку з цим слід з'ясувати, в яких водоймах виловлено рибу або інших водних тварин, чи охоплювалася умислом винного належність водойми, і залежно від цього кваліфікувати його дії.

У судовій практиці зустрічаються непоодинокі випадки помилкової кваліфікації незаконного полювання за ст. 249 КК, а незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом, навпаки, – за ст. 248 КК. Порівняльний аналіз вказує, що передбачені цими кримінально-правовими нормами діяння є відмінними за безпосереднім об'єктом, у т.ч. предметом, окремими ознаками об'єктивної сторони та суб'єкта злочину. Отже, як слушно зазначає С.А. Голуб, спроби об'єднання юридичних ознак цих злочинів в одній статті КК є недоцільними<sup>260</sup>.

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 249 КК, характеризується сукупністю трьох ознак: 1) діяння – незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом; 2) наслідки у вигляді істотної шкоди; 3) причинний зв'язок між діянням і наслідками.

Зайняття водним добувним промислом – це дії, які полягають у вилученні (ловля, збирання, добування тощо) будь-якими знаряддями (промисловими, любительськими, забороненими) водних живих ресурсів із природного середовища. Поняття «промисел» використовується у цьому разі не як позначення певного різновиду множинності злочинів, а як характеристика об'єктивної сторони злочинного посягання на об'єкти водної фауни, яке може бути як одноразовим, так і неодноразовим. До рибного промислу потрібно відносити також ловлю цінних порід риб (лососевих, осетрових) з метою заготівлі ікри<sup>261</sup>. Для наявності складу розглядуваного злочину не має значення те, займалася особа промислом виключно для себе чи з метою реалізації здобутого.

Незаконність зайняття відповідним водним добувним промислом з точки зору кваліфікації за ст. 249 КК означає, що зайняття зазначеним про-

мислом відбувається, зокрема, без належного дозволу, у заборонений час, у недозволених місцях, забороненими знаряддями і способами лову, із перевищенням установлених лімітів чи норм вилову. Для визнання промислу незаконним достатньо встановити наявність хоча б однієї з названих обставин. Як слушно зазначається в юридичній літературі, «для з'ясування змісту поняття «незаконне», що вживається у диспозиції ч. 1 ст. 249 КК, слід обов'язково звертатись до особливостей правового режиму зайняття водним добувним промислом, які визначаються у чинному законодавстві України, що: а) взагалі забороняє зайняття таким промислом або б) дозволяє це, щоправда, лише за наявності відповідних умов»<sup>262</sup>.

Оскільки диспозиція ст. 249 КК має бланкетний характер, для розкриття змісту незаконності необхідно звертатись до нормативних актів, які регулюють порядок здійснення рибальства в Україні. Це, зокрема: закони України – від 13 грудня 2001 року «Про тваринний світ», від 8 липня 2011 року «Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів»; Порядок здійснення любительського і спортивного рибальства, затверджений постановою КМУ від 18 липня 1998 року № 1126; Порядок і умови використання рибних та інших водних живих ресурсів виключної (морської) економічної зони України іноземними юридичними і фізичними особами, затверджені постановою КМУ від 13 серпня 1999 року № 1490; Правила любительського і спортивного рибальства, затверджені наказом Державного комітету рибного господарства України (далі – ДКРГ) від 15 лютого 1999 року № 19; Правила промислового рибальства в рибогосподарських водних об'єктах України, затверджені наказом ДКРГ від 18 березня 1999 року № 33; Інструкція про порядок спеціального використання риби та інших водних живих ресурсів, затверджена наказом МАП і МОНПС від 11 листопада 2005 року № 623/404; Ліцензійні умови провадження господарської діяльності, пов'язаної з промисловим виловом риби на промислових ділянках рибогосподарських водойм, крім внутрішніх водойм (ставків) господарств, затверджені наказом Держпідприємництва і МАП від 14 листопада 2001 року № 132/136; Інструкція про порядок здійснення штучного розведення, вирощування риби, інших водних живих ресурсів та їх використання в спеціальних товарних рибних господарствах, затверджена наказом ДКРГ від 15 січня 2008 року № 4.

<sup>262</sup> Борисов Є.М. Деякі питання визначення змісту суспільно небезпечного діяння у складі незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом (ст. 249 Кримінального кодексу України) // Правова держава. – 2010. – № 12. – С. 159.

<sup>260</sup> Голуб С.А. Кримінальна відповідальність за незаконне полювання: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 132-136.

<sup>261</sup> Відтворивши наведений підхід щодо розуміння термінологічного звроту «зайняття водним добувним промислом», Є.М. Борисов надалі чомусь зазначає, що поняття промисел охоплює вилучення риби і водних звірів із природного середовища з використанням лише промислових знарядь лову, наприклад, сіток, неводів тралів, пасток, якими здійснюється промисловий лов (Борисов Є.М. Деякі питання визначення змісту суспільно небезпечного діяння у складі незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом (ст. 249 Кримінального кодексу України) // Правова держава. – 2010. – № 12. – С.156).



Зайняття водним добувним промислом без належного дозволу має місце тоді, коли промисел здійснюється самовільно, без одержання дозволу компетентного органу, який у вимагається у конкретному випадку. Любительське і спортивне рибальство на водоймах загального користування здійснюється безоплатно і без надання спеціальних дозволів (уточнимо – якщо це здійснюється у межах встановлених законодавством обсягів безоплатного вилову водних біоресурсів<sup>263</sup>).

*Вироком Устинівського районного суду Кіровоградської області Н. та Р. було засуджено за ч. 1 ст. 249 КК. Як впливає з матеріалів кримінальної справи, Н. за попередньою змовою з Р. з метою зайняття забороненим видом рибальства із застосуванням заборонених знарядь лову приїхали на легковому автомобілі до штучної насипної греблі придаткової водойми річки Березівки. При цьому Н. та Р. взяли із собою 6 сіток і двохмісний гумовий човен. Прибувши на місце, вказані особи відпливли на човні на відстань близько 50 метрів від берега і встановили по периметру водойми 6 сіток. Через деякий час Н. та Р. на човні запливли до водойми і витягли раніше встановлені ними сітки з рибою. Таким чином, використовуючи заборонені знаряддя лову у нерестовий період, засуджені здійснили незаконний вилов риби у кількості 542 штук плітки. Унаслідок протиправних дій навколишньому природному середовищу були заподіяні матеріальні збитки на суму 5528 грн., що становить істотну шкоду<sup>264</sup>.*

Дозволи на зайняття рибальством на засадах спеціального використання водних живих ресурсів<sup>265</sup> видаються органами рибоохорони у різних

<sup>263</sup> Маються на увазі обсяги, встановлені для особистих потреб (без права реалізації). Це впливає зі ст. 1 Закону «Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів».

<sup>264</sup> Архів Устинівського районного суду Кіровоградської області. Справа № 1-43 за 2007 р.

Не ставлячи під сумнів точність кваліфікації дій винних, зауважимо, що, на відміну від ч. 2 ст. 248 КК, ст. 249 КК не передбачає кваліфікуючу ознаку «за попередньою змовою групою осіб». Водночас особливості реалізації об'єктивної сторони цього діяння вказують на доцільність законодавчого закріплення такої ознаки у ч. 2 ст. 249 КК.

<sup>265</sup> Спеціальне використання водних біоресурсів включає в себе, зокрема: промислове рибальство; вилов водних біоресурсів у науково-дослідних, науково-промислових, дослідно-конструкторських цілях, а також з метою з'ясування їх санітарно-епідеміологічного стану; контрольний вилов водних біоресурсів для визначення їх стану та запасів; меліоративний вилов водних біоресурсів з метою формування їх оптимального видового та вікового складу; вилов водних біоресурсів з метою отримання біологічного матеріалу для штучного відтворення їх запасів та здійснення аквакультури; любительське і спортивне рибальство у водних об'єктах загального користування, що перевищує встановлені обсяги безоплатного вилову (ст. 27 Закону України «Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів»).

формах (ліцензії на спортивний і любительський вилов риби цінних порід, власне дозволи на здійснення промислового, любительського і спортивного рибальства, промисловий квиток, талон тощо<sup>266</sup>).

Рибальство у заборонений час має місце, якщо воно здійснюється тоді, коли зайняття водним добувним промислом заборонено: а) взагалі (наприклад, забороняється рибальство у новостворених водосховищах до особливого розпорядження, любительський лов тюленів, усіх видів осетрових та їхніх гібридів, лосося, форелі, харіуса, деяких інших видів риб, усіх видів крабів, устриць та інших видів, занесених до Червоної книги України); б) у строки, на які встановлено заборону для певних видів водних тварин чи водоймищ (конкретні терміни зайняття водним добувним промислом визначаються за басейно-територіальним принципом і закріплюються у правилах промислового, любительського і спортивного рибальства). Наказ МЕРП від 20 вересня 2011 року № 328 «Про тимчасову заборону спеціального використання китоподібних Чорного та Азовського морів» забороняє спеціальне використання (вилучення з природного середовища існування) з будь-якою метою, крім випадків збирання решток загиблих дельфінів з науково-дослідною метою, строком на три роки видів китоподібних, занесених до Червоної книги України, а саме: дельфіна звичайного; афаліни; морської свині звичайної.

Правила любительського і спортивного рибальства забороняють лов водних живих ресурсів у темний час доби (пізніше години від заходу сонця та раніше години до його сходу) з човнів та інших плавучих засобів у Чорному та Азовському морях. Лов раків забороняється у нерестовий період, під час линьки і виношування ікри. Конкретні строки заборони на лов раків встановлюються місцевими органами рибоохорони і доводяться до відома населення через ЗМІ.

До недозволених місць потрібно відносити ті водойми або їхні ділянки, в яких водний добувний промисел заборонений завжди або дозволяється лише протягом певного часу. Наприклад, любительським і спортивним рибальством забороняється займатись: у каналах теплоенергоцентралей, підвідних та скидних каналах електростанцій; у відводах рибогосподарських та меліоративних систем, у шлюзових каналах; поблизу мостів, які охороняються, у межах режимних зон охорони; у радіусі 500 м навколо риборозплідних господарств; у зимувальних ямах.

<sup>266</sup> Особливостям видачі дозвільних документів у галузі рибного господарства присвячено ст. 24 Закону України «Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів».

Забороненими слід визнавати ті знаряддя та способи зайняття рибним та іншим водним добувним промислом, якими взагалі не дозволяється користуватись або які не дозволяється застосовувати для добування певних об'єктів водної фауни. Наприклад, під час любительського і спортивного рибальства забороняється лов водних живих ресурсів із застосуванням вибухових і отруйних речовин, електроструму, колючих знарядь лову, вогнепальної і пневматичної зброї (за винятком гарпунних рушниць для підводного полювання), промислових та інших знарядь лову, виготовлених із сіткоснастєвих матеріалів усіх видів і найменувань, лов раків у темну пору доби із застосуванням підсвічування. Забороняється промислове рибальство способом багрєння, за допомогою брязкал і бовтань. Під час підводного полювання на риб за допомогою гарпунних рушниць не дозволяється застосовувати акваланги та інші автономні дихальні пристрої.

Так, вироком Бердянського міськрайонного суду Запорізької області С. було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 249 КК. Матеріалами кримінальної справи було встановлено, що С. разом з іншими членами риболовецької бригади на маломірному судні СМБ-40 із використанням забороненого знаряддя вилову – бичкової напівмеханізованої драги, розмір ячеї якої у приводах і крилах становив 16 мм, а у кутці – 14 мм (це суперечило вимогам п. 11 Режиму промислового рибальства у басейні Азовського моря у 2006 р.), незаконно здобув 2813 кг бичка, унаслідок чого рибним запасам Азовського моря було заподіяно матеріальну шкоду на суму 145 043, 91 грн.<sup>267</sup>

Вирішуючи питання про те, чи є шкода, заподіяна незаконним водним добувним промислом, істотною, потрібно у кожному конкретному випадку враховувати кількість, вартість та екологічну цінність здобутих або знищених водних біоресурсів. Істотною шкодою потрібно визнавати, наприклад, вилов або відстріл хоча б одного морського ссавця, загибель великої кількості мальків, риб і водних безхребетних тих видів, які занесені до Червоної книги України, знищення нерестовищ риби, вилов риби тих видів, у відтворенні яких є труднощі, знищення популяції водних організмів, спустошення або забруднення водойми, велику кількість добутих, знищених або непоправно ушкоджених водних тварин порівняно з їх популяцією у конкретній водоймі.

Залежно від ступеня інтенсивності впливу на водну екосистему в її стані та розвитку можуть відбуватись інші, більш глибокі зміни (щодо екологічної рівноваги, природного відтворення, еко-

логічної безпеки). Зокрема, при отруєнні водних тварин, продукція з яких призначена для харчових цілей, або добуванні завідомо радіоактивно опромінених водних ресурсів, суспільна небезпека розглядуваного злочину різко зростає. Тому якщо наслідки незаконного зайняття водним промислом, крім екологічної шкоди, полягали у заподіянні шкоди життю чи здоров'ю особи, вчинене діяння потребує додаткової кваліфікації як відповідний злочин проти життя та здоров'я особи<sup>268</sup>.

Під час оцінки матеріальної шкоди, заподіяної внаслідок незаконного добування чи збирання водних живих ресурсів із природного середовища (цінних видів риб, водних безхребетних і водних рослин у рибогосподарських водних об'єктах України; водних безхребетних і водних рослин, що є природним багатством континентального шельфу України; живих організмів у виключній (морській) економічній зоні України, а також анадромних видів риб, що утворюються у річках України за межами цієї зони) слід використовувати спеціальні такси<sup>269</sup>.

У вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 248 і ч. 1 ст. 249 КК, було звинувачено В. Встановлено, що В., перебуваючи на державному водоймищі р. Слuch, яке охороняється егерською службою, із порушенням правил полювання, самовільно, без належного дозволу та з використанням протизаконних саморобних засобів – металевих капканів, здійснив незаконний вилов двох ондатр, чим заподіяв шкоду доквіллю на загальну суму 2000 грн., тобто вчинив злочин, передбачений ч. 1 ст. 248 КК. У той же день В., незаконно займаючись рибним добувним промислом, у період нересту за допомогою риболовних сіток незаконно виловив одного лина, десять карасів, чотири карпи, заподіявши шкоду доквіллю на суму 195 грн.

<sup>268</sup> Оробець К. Суспільно небезпечні наслідки як ознака об'єктивної сторони незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 7. – С. 132.

<sup>269</sup> Такси для обчислення розміру відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок незаконного добування (збирання) або знищення громадянами України, іноземними громадянами та особами без громадянства цінних видів риб, водних безхребетних і водних рослин у рибогосподарських водних об'єктах України, затверджені постановою КМУ від 19 січня 1998 року № 32.

Для розрахунку збитків, заподіяних унаслідок незаконного (з порушенням правил рибальства і охорони водних живих ресурсів) добування або знищення запасів водних живих ресурсів у територіальних та внутрішніх водах, на континентальному шельфі та у виключній (морській) економічній зоні України застосовується Методика розрахунку збитків, заподіяних рибному господарству внаслідок порушення правил рибальства та охорони водних живих ресурсів, затверджена спільним наказом МАП і МОНПС від 12 липня 2004 року № 248/273. Необхідно також брати до уваги, що розмір відшкодування шкоди внаслідок незаконного добування (збирання) або знищення риб, інших водних тварин на території природно-заповідного фонду, а також тих, що занесені до Червоної книги України, обчислюється за окремими таксами.

<sup>267</sup> Архів Бердянського міськрайонного суду Запорізької області. Справа № 1-560 за 2007 р.

50 коп., скоївши у такий спосіб злочин, передбачений ч. 1 ст. 249 КК. Враховуючи вартість, екологічну цінність, кількість добутого, а також розмір заподіяної довіллю шкоди, Красилівський районний суд Хмельницької області суд не погодився із позицією державного обвинувачення про наявність істотної шкоди внаслідок здійснення рибного добувного промислу. В результаті суд зробив висновок про відсутність у діях В. складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 249 КК. В. було визнано винним лише у незаконному полюванні, що заподіяло істотну шкоду<sup>270</sup>.

У кримінально-правовій доктрині неодноразово зверталась увага на необхідність внесення змін до кримінально-правової норми про незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом у частині встановлення конкретного вартісного показника наявності істотної шкоди. Стверджується, що такі зміни сприятимуть покращенню практики застосування цієї норми КК і врешті-решт удосконаленню механізму кримінально-правової охорони рибних запасів та інших об'єктів водної фауни<sup>271</sup>.

Злочин, передбачений ст. 249 КК, є закінченим з моменту спричинення істотної шкоди. Незаконне зайняття водним добувним промислом, яке не потягло за собою зазначених наслідків, утворює склад адміністративного правопорушення (ст. 85 КпАП).

#### **Суб'єкт** злочину – загальний.

Дії службових осіб, які незаконно використовували з метою зайняття водним промислом транспортні засоби, що перебували в їх розпорядженні, мають кваліфікуватися додатково як зловживання службовим становищем, якщо цими діями заподіяно істотної шкоди або тяжких наслідків (статті 364, 364-1, 423 КК). Якщо у злочинні угоди з бракон'єрами вступають службові особи природоохоронних органів або останні самостійно вчинюють незаконне зайняття водним добувним промислом, вони повинні нести відповідальність не лише за злочин, передбачений ст. 249 КК, а й за відповідний злочин у сфері службової діяльності.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умислом.

Злочин може бути вчинений з корисливих мотивів. «Корисливим мотивам незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом властива екологічна специфіка, яка полягає в тому, що особа прагне набути матеріальну

вигоду не за рахунок чужого майна, а за рахунок зменшення кількості та економічної цінності природних ресурсів»<sup>272</sup>.

**Кваліфікуючими ознаками** (ч. 2 ст. 249 КК) є вчинення злочину: 1) із застосуванням вибухових<sup>273</sup>, отруйних речовин<sup>274</sup>, електроструму<sup>275</sup> або в інший спосіб масового знищення риби, звірів чи інших видів тваринного світу; 2) особою, раніше судимою за цей злочин.

До інших способів масового знищення риби, звірів чи інших видів тваринного світу потрібно відносити такі прийоми рибальства, які здатні викликати або спричинили загибель значної кількості водних біоресурсів, знищення популяції або певного виду тваринного світу в тій чи іншій місцевості або водоймі: застосування газу, диму, спорудження гаток, запруд, спускання води з рибогосподарських водойм тощо. При цьому слід ретельно досліджувати характерні властивості застосованих знарядь, зокрема, їхню руйнівну силу, характер взаємодії з оточуючим середовищем, обсяги шкідливого впливу на довкілля.

З урахуванням цього П.С. Берзін обґрунтовано не визнає способами масового знищення риби, звірів чи інших видів тваринного світу використання під час зайняття незаконним рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом ставних неводів, ятерів, закидних неводів, волокуш, турбуків, трандад, лапташ, підйомних пасток, кошильних і кільцевих неводів, різноглибинних тралів (включаючи близнюкові), драги Хижняка, ручних, механізованих та напівмеханізованих драг тощо.

<sup>272</sup> Оробець К.М. Деякі питання суб'єктивної сторони незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали II-ї міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 8 жовтня 2010 р.). У 2 т. Т.1. – Одеса, 2010. – С. 232.

<sup>273</sup> Вибухові речовини – це хімічні сполуки або механічні суміші речовин, здатні під впливом зовнішньої дії (початкового імпульсу) до швидкого самопоширюваного перетворення (вибуху) з виділенням великої кількості теплоти та утворенням газів, здатних спричинити руйнування і переміщення оточуючого середовища.

<sup>274</sup> Під отруйними речовинами розуміють небезпечні хімічні речовини та сполуки, індивідуальні за своїм складом, суміші хімічних речовин та сполук, продукти їх розкладу та розпаду, які за сукупністю притаманних їм властивостей створюють або можуть створити небезпеку для довкілля, тварин та здоров'я людей, що може привести до загибелі об'єктів довкілля, тварин та людей, і які потребують спеціальних методів, умов і засобів поводження з ними (п. 1.3. Інструкції про розгляд заявок та надання дозволів на виробництво, зберігання, транспортування, використання, захоронення, знищення та утилізацію отруйних речовин, у т.ч. продуктів біотехнології та інших біологічних агентів, затвердженої наказом МОНПС 30 липня 2002 року № 294).

<sup>275</sup> Електрострум – це впорядкований рух заряджених частинок (електронів та іонів) у просторі. Джерелом електроструму може бути, наприклад, електровудка, застосування якої призводить до загибелі як риби, так і мальків, личинок та ікри риби.

<sup>270</sup> Архів Красилівського районного суду Хмельницької області. Справа № 1-127/08 за 2008 р.

<sup>271</sup> Див., наприклад: Бессонов А. К вопросу о понятии крупного ущерба при квалификации незаконной добычи рыбы // Уголовное право. – 2008. – № 6. – С. 12; Гончарова Ю.С. Незаконная добыча водных животных и растений: уголовно-правовое, компаративное и криминологическое исследование: Дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2007. – 221 с.



Адже зазначені прилади, пристрої та устаткування мають цільовим призначенням не масове знищення окремих (або всіх) видів тваринного світу, а саме їх вилучення (вилов, добування, збирання) із водних об'єктів. Вони лише можуть бути пристосовані (зокрема, шляхом зміни конструкції) для вилучення (вилову, добування, збирання) риби, звірів чи інших видів тваринного світу в обсягах, що є більшими за встановлені<sup>276</sup>.

Взагалі застосування способів масового знищення риби, звірів чи інших видів тваринного світу характеризується, на думку В.А. Бойка, двома взаємопов'язаними особливостями: 1) відносно низьким рівнем контролю над ними та 2) високою інтенсивністю використання. У цьому випадку безпосередньо між застосуванням таких способів та вилученням (виловом, добуванням, збиранням) риби і водних звірів, які перебувають у стані природної волі, із природного середовища минає такий час, за який винний може точно і не передбачити розвиток конкретної ситуації (точний результат вчинених дій). Крім того, різні випадковості, недостатня поінформованість винного у застосуванні названих способів нерідко призводить до того, що вилучення окремих видів тваринного світу здійснюється не в тому місці або не в той час, як було задумано<sup>277</sup>.

Для застосування ч. 2 ст. 249 КК слід встановити відповідні наслідки для зазначених видів тваринного світу способом їх масового знищення, про які вказується в цій нормі. За таких умов за ч. 2 ст. 249 КК слід кваліфікувати діяння, які мають не тільки суто матеріальні наслідки вираження, а й такі, унаслідок яких відбувається знищення нерестовищ риби; вилов риби в період нересту, нечисленних її видів або тих, у відтворенні яких є труднощі; добування великої кількості риби, водних тварин чи рослин або риби чи тварин, вилов яких заборонено; тощо (абз. 4 п. 12 постанови Пленуму ВСУ від 10 грудня 2004 р. «Про судову практику у справах про злочини та ніші правопорушення проти довкілля»).

**Проведення вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів** (ст. 250 КК). Щодо доцільності існування кримінально-правової заборони, присвяченої проведенню вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів, виникають серйозні сумніви. Про доцільність вилучення аналізованого діяння

<sup>276</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2-е вид., перероб. та доп.) / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренко, Є.В. Фесенко. – К.: Дакор, 2008. – С. 883-884.

<sup>277</sup> Бойко В.А. Масове знищення як спосіб незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом (ч. 2 ст. 249 Кримінального кодексу України) // Правова держава (Одеса, ОНУ ім. І.І. Мечникова). – 2008. – № 10. – С. 96.

з кола злочинних окремі дослідники зазначали ще в 1989 р., мотивуючи це тим, що кримінальна відповідальність за відповідне правопорушення практично не застосовується<sup>278</sup>. Видається, що має рацію Г.С. Поліщук, який, вказуючи на особливості законодавчої конструкції ст. 250 КК, що закріплює формальний склад злочину, виступає за створення аналогічної (без змін у диспозиції) адміністративно-правової норми та доповнення нею глави 7 КпАП «Адміністративні правопорушення в галузі охорони природи, використання природних ресурсів, охорони пам'яток історії та культури»<sup>279</sup>.

**Суспільна небезпека** розглядуваного злочину полягає в тому, що в результаті його вчинення створюється небезпека заподіяння істотної шкоди рибному господарству, об'єктам водної фауни та середовищу, в якому вони живуть і розмножуються. Вадою ст. 250 КК, вочевидь, є те, що її диспозиція не охоплює ті порушення правил охорони рибних запасів та диких водних тварин, які пов'язані з будівництвом на водних об'єктах різних споруд (мостів, дамб тощо), транспортуванням продукції лісового господарства, використанням гідротехнічних споруд, якщо при цьому не провадяться вибухові роботи<sup>280</sup>.

**Безпосереднім об'єктом** злочину є порядок проведення вибухових робіт, встановлений з метою захисту і раціонального використання рибних запасів і диких водних тварин.

**Предмет** злочину – риби і дикі водні тварини, які перебувають у стані природної свободи (ці поняття розглянуті при аналізі складу злочину, передбаченого ст. 249 КК).

**Об'єктивна сторона** злочину полягає у проведенні вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів та диких водних тварин. Диспозиція ст. 250 КК є бланкетною і відсилає до нормативних актів, які регламентують проведення зазначених робіт. Зокрема, ст. 26 Гірничого закону України містить досить докладні правові орієнтири щодо додержання технічних та організаційних заходів з метою запобігання аваріям і катастрофам.

Вибуховими вважаються роботи з використанням вибухових речовин. Такі роботи мають

<sup>278</sup> Шемшученко Ю.С. Правовые проблемы экологии: Монография. – К.: Наукова думка, 1989. – С. 185.

<sup>279</sup> Поліщук Г.С. Кримінологічна характеристика та запобігання злочинам проти довкілля (за матеріалами причорноморського регіону України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 35.

<sup>280</sup> Для порівняння: згідно зі ст. 257 КК РФ діяння, що полягають в злочинному порушенні правил охорони водних біологічних ресурсів, охоплюють: 1) здійснення сплаву деревини; 2) будівництво мостів, дамб; 3) транспортування деревини та інших лісових ресурсів; 4) проведення вибухових та інших робіт; 5) експлуатація водозаборних споруд і перекачувальних механізмів.

здійснюватись за спеціальними проектами в суворій відповідності до єдиних правил безпеки при підричних роботах. До вибухових речовин належать порох, динаміт, тротил, нітрогліцерин та інші хімічні речовини, їх сполуки або суміші, здатні вибухнути без доступу кисню.

Застосування вибухових речовин у процесі зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом кваліфікується виключно за ст. 249 КК. Як справедливо зазначає Е.М. Жевлаков, необхідно відмежовувати склад розгляданого злочину від складу водного браконьєрства, вчинюваного із застосуванням вибухових речовин<sup>281</sup>. Кваліфікація дій винного за таких обставин визначається його метою: якщо мета винного спрямована безпосередньо на одержання водних біоресурсів, його дії слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 249 КК без додаткового інкримінування ст. 250 КК.

У рибогосподарських водних об'єктах забороняється здійснювати днопоглиблювальні, вибухові, бурові, сейсмологічні та геологорозвідувальні роботи, за винятком проведення невідкладних днопоглиблювальних робіт для підтримки судноплавства на обмілілих ділянках річок. Про проведення вибухових робіт у зазначених випадках потрібно негайно інформувати державні органи рибоохорони<sup>282</sup>. У природних водоймах і водоймищах гідроелектростанцій, млинів, як виняток, дозволяється проводити також роботи, необхідні для підтримання лісосплаву на обмілілих ділянках річок, для примусового скресання річок, для запобігання аваріям при заторах біля мостів та гідротехнічних споруд, а також заломів при лісосплаві<sup>283</sup>.

Відповідно до п. 4 Порядку видачі дозволів на проведення робіт на землях водного фонду, затвердженого постановою КМУ від 12 липня 2005 р. № 557, дозволи на будівельні, днопоглиблювальні та деякі інші роботи на землях водного фонду видаються уповноваженими органами за умов недопущення: порушення стійкості прибережних схилів; зосередження будь-яких забруднюючих речовин, сміття, деревини тощо; утворення перетинів водних потоків; перекриття течії води через водопропускні споруди різних ти-

пів та прогони мостів; затоплення та підтоплення прибережних територій.

Злочин є закінченим з моменту проведення вибухових робіт з порушенням установленого порядку. Фактичне заподіяння шкоди водній фауні, наприклад, у вигляді масової загибелі риби, знищення місць нересту, враховується при призначенні покарання.

**Суб'єкт** злочину – загальний.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується умисною або необережною формою вини.

**Порушення ветеринарних правил** (ст. 251 КК). Ст. 3 Закону України «Про ветеринарну медицину» (в редакції Закону від 16 листопада 2006 року) серед основних завдань ветеринарної медицини<sup>284</sup> називає, зокрема: захист тварин та населення від збудників та хвороб тварин шляхом здійснення профілактичних, діагностичних та лікувальних заходів; захист навколишнього природного середовища від негативних наслідків, що пов'язані з вирощуванням та обігом тварин; здійснення державного ветеринарно-санітарного контролю та нагляду в процесі виробництва і обігу продуктів тваринного, а на агропродовольчих ринках – і рослинного походження, ветеринарних препаратів, субстанцій, кормових добавок, преміксів<sup>285</sup>, кормів, штамів мікроорганізмів, репродуктивного і патологічного матеріалу та здійснення державного ветеринарно-санітарного нагляду під час обігу засобів ветеринарної медицини та засобів догляду за тваринами.

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 251 КК, визначається тим, що порушення ветеринарних правил може спричинити загибель тварин, їх захворювання на хвороби, які вимагають знищення тварин, а також захворювання людей на хвороби, спільні для тварин і людей, інші негативні наслідки, зокрема, заподіяння шкоди тваринництву як галузі сільськогосподарського виробництва.

Основним **безпосереднім об'єктом** злочину є встановлений порядок захисту тваринного світу в частині дотримання ветеринарних правил, попередження і боротьби із заразними хворобами диких і свійських тварин. Додатковими

<sup>281</sup> Жевлаков, Э.Н. Уголовно-правовая охрана окружающей среды в Российской Федерации (часть вторая). – М.: Научно-исследовательский институт проблем укрепления законности и правопорядка при ГП РФ, 2002. – 118 с.

<sup>282</sup> П.п. 9.14.7 Правил промислового рибальства в рибогосподарських водних об'єктах України, затверджених наказом Держкомрибгоспу України від 18 березня 1999 року № 33.

<sup>283</sup> П. 12 Правил використання водойм, наданих колгоспам, радгоспам та іншим сільськогосподарським підприємствам і організаціям, затверджених постановою Ради Міністрів УРСР від 23 березня 1959 року № 402 (в редакції постанови від 21 червня 1983 року № 275).

<sup>284</sup> Ветеринарна медицина – це галузь науки та практичних знань про фізіологію і хвороби тварин, їх профілактику, діагностику та лікування, визначення безпечності продуктів тваринного, а на агропродовольчих ринках – і рослинного походження; діяльність, спрямована на збереження здоров'я і продуктивності тварин, запобігання їхнім хворобам та на захист людей від зоонозів і пріонних хвороб.

<sup>285</sup> Премікси – це суміші кормових добавок або суміші однієї чи декількох кормових добавок, у т.ч. вітамінів, амінокислот, мінералів тощо, з кормами тваринного чи рослинного походження або з водою, виготовлені за спеціальною технологією на високотехнологічному обладнанні, які використовуються як носії і не призначені для безпосередньої годівлі тварин.

об'єктами можуть бути здоров'я населення (у разі поширення безпосередньо або через інфіковані продукти тваринництва хвороб, здатних передаватися від тварин людям), інші блага (наприклад, інтереси тваринництва як галузі сільськогосподарського виробництва).

**Предметом** злочину є: 1) тварини (свійські, дикі, сільськогосподарські (велика рогата худоба, коні, свині, вівці, кози), зоопаркові, циркові, лабораторні тощо), птиця, інші представники фауни, здоров'я яких охороняється спеціальними правилами (зокрема, бджоли, риби, раки, молюски, шовкопряди), їхні ембріони, запліднена ікра; 2) продукти тваринного походження (наприклад, м'ясо і м'ясопродукти, молоко і молокопродукти, рибопродукти, яйця, продукти бджільництва); 3) сировина тваринного походження (шкіра, кістки, кров, хутро, пух, пір'я, роги, копита, кишки, кокони шовкопрядів тощо); 4) корми тваринного походження (в т.ч. борошно м'ясне, рибне, кров'яне, кісткове, живі корми для риб, молочні продукти та їхні похідні) і кормові добавки (зокрема, білки, амінокислоти, кормові дріжджі та їхні суміші).

**Об'єктивна сторона** злочину характеризується сукупністю трьох ознак: 1) діяння – порушення ветеринарних правил; 2) тяжкі наслідки; 3) причинний зв'язок між діянням і наслідками.

Під ветеринарними правилами слід розуміти нормативно-правові акти, які встановлюють ветеринарні, ветеринарно-санітарні та зоогігієнічні вимоги (у т.ч. ветеринарно-санітарні нормативи безпеки), невиконання яких створює загрозу виникнення і розповсюдження хвороб тварин (у т.ч. спільних для тварин і людей) та харчових отруєнь (уражень). Ветеринарні правила затверджуються з метою боротьби з епізоотіями, заразними та масовими незаразними захворюваннями тварин, для проведення протиепізоотичних, лікувальних, лабораторно-діагностичних, радіологічних та інших заходів, зокрема, карантинних. До карантинних хвороб належать особливо небезпечні заразні захворювання тварин, що можуть завдати значної шкоди здоров'ю тварин і погіршити якість харчових продуктів або сировини тваринного походження (ящур, везикулярний стоматит, везикулярна хвороба свиней, чума великої рогатої худоби, чума дрібних жуйних, інфекційна плевропневмонія великої рогатої худоби, катаральна гарячка овець, африканська чума свиней, класична чума свиней, чума птиці, ньюкаслська хвороба, віспа овець та кіз, сибірка).

Диспозиція ст. 251 КК має бланкетний характер. Відповідно, у кожному конкретному випадку необхідно встановлювати, які саме ветеринарні правила порушені особою і в яких нормативних актах ці правила закріплені. Серед

основних джерел законодавства про ветеринарну медицину, крім згаданого вище Закону «Про ветеринарну медицину», можна назвати: закони України – від 22 лютого 2000 року «Про бджільництво», від 6 лютого 2003 року «Про рибу, інші водні живі ресурси та харчову продукцію з них», від 24 червня 2004 року «Про молоко та молочні продукти», від 4 червня 2009 року «Про ідентифікацію та реєстрацію тварин»; Положення про Державну ветеринарну та фітосанітарну службу України, затверджене Указом Президента України від 13 квітня 2011 року № 464/2011; Положення про підрозділ ветеринарної міліції з проведення карантинних ветеринарних заходів, затверджене постановою КМУ від 29 березня 2002 року № 395; Положення про Державну фармакологічну комісію ветеринарної медицини, затверджене постановою КМУ від 6 червня 2007 року № 807; Перелік особливо небезпечних (карантинних) хвороб тварин, затверджений постановою КМУ від 8 серпня 2007 року № 1006; Порядок видачі дозволу на ввезення на територію України тварин, продуктів тваринного походження, репродуктивного матеріалу, біологічних продуктів, патологічного матеріалу, ветеринарних препаратів, субстанцій, кормових добавок, премісів та кормів, затверджений постановою КМУ від 1 липня 2009 року № 652, тощо.

Ветеринарні правила можуть бути порушені шляхом вчинення дії або бездіяльності. Це може бути, зокрема: виробництво або продаж заражених продуктів чи сировини тваринного походження, продаж хворих тварин; неповідомлення або несвоєчасне повідомлення органів державної ветеринарної медицини про виникнення захворювання тварин, їх застій, загибель (вимушене дорізування) або невластиву поведінку, неперед'явлення тварин для проведення ветеринарного огляду, профілактичних і лікувально-профілактичних оброблень, досліджень або щеплень; неподання продукції тваринного і рослинного походження для проведення ветеринарно-санітарної експертизи; невиконання законних вимог спеціалістів державних установ ветеринарної медицини щодо здійснення протиепізоотичних, обмежувальних та інших ветеринарних заходів; недотримання під час забою, переробки та утилізації продукції тваринного походження встановлених санітарних правил; невиконання заходів, спрямованих на обладнання неблагополучних ферм відповідними ветеринарно-санітарними об'єктами; недотримання вимог правового режиму карантину тварин (наприклад, прогін худоби через карантинну зону або заготівля кормів на карантинній території для вивезення їх в інші господарства; ввезення в Україну поголів'я великої рогатої худоби, овець, кіз, свиней з гос-



подарств, неблагополучних щодо бруцельозу); використання хворих або підозрюваних у захворюванні тварин та їх приплоду для відтворення стада; недотримання обмежень, встановлених для санітарно-захисних зон худобомогильників (будівництво тваринницьких приміщень, ферм, житлових будинків, начальних закладів, спортивних споруд, джерел централізованого водопостачання тощо).

Відповідно до ст. 50 Закону України «Про ветеринарну медицину» діяльність із виробництва, змішування або приготування кормів із використанням при цьому м'ясо-кісткового борошна та інших продуктів від жуйних тварин, що можуть спричинити захворювання тварин на губчастоподібну енцефалопатію або іншу її форму, має здійснюватись на окремих потужностях (об'єктах) і на підставі окремого експлуатаційного дозволу державного органу ветеринарної медицини. Таким чином, здійснення вказаної діяльності не на окремій потужності та (або) без отримання належного дозволу має визнаватись порушенням ветеринарних правил.

З огляду на пряму вказівку закону, до тяжких наслідків належить епізоотія. Це – такий, що характеризується безперервністю на значній території за відносно короткий проміжок часу, процес масового поширення заразних (інфекційних та паразитарних) захворювань (скасу, чуми, ящуру, вірусного ентериту, сапу, туберкульозу, сибірки, бруцельозу тощо) сільськогосподарських, домашніх, зоопаркових, лабораторних, диких, циркових тварин та хутрових звірів, домашньої і дикої птиці, бджіл, риби, жаб, молюсків, раків, шовкопрядів, інших представників фауни, а також ембріонів, інкубаційних яєць, заплідненої ікри, зиготи, сперми тощо.

Іншими тяжкими наслідками з точки зору кваліфікації за ст. 251 КК можуть визнаватись, зокрема, масове отруєння людей або тяжке захворювання на відповідну хворобу хоча б однієї людини, масове захворювання або падіж худоби за відсутності ознак епізоотії, великі матеріальні збитки, пов'язані із запровадженням карантинних заходів, зниженням якості або втратою продукції і сировини тваринного походження, масова загибель дичини, бджіл або риби.

Для притягнення особи до відповідальності за ст. 251 КК потрібно встановити, що тяжкі наслідки перебувають у причинному зв'язку з порушенням ветеринарних правил, а не викликані іншими факторами, у т. ч. природними чинниками або діями, які не пов'язані з порушенням таких правил (наприклад, використання води із джерела, забрудненого токсичними речовинами).

Злочин вважається закінченим з момен-

ту поширення епізоотії або настання тяжких наслідків. Порушення ветеринарних правил, що не спричинило зазначених наслідків, тягне за собою адміністративну відповідальність (статті 107, 107-1, 188-22 КпАП). За наявності підстав порушення ветеринарних правил з боку представників ветеринарної служби може кваліфікуватись як відповідний злочин у сфері службової діяльності.

*Так, вироком Іваничівського районного суду Волинської області за вчинення злочинів, передбачених ч. 1 ст. 364 і ч. 1 ст. 366 КК, було засуджено ветеринарного лікаря – епізоотолога Л. Суд встановив, що Л., зловживаючи своїм службовим становищем, у порушення вимог законодавства про ветеринарну медицину, неодноразово вносила до ветеринарних свідоцтв про огляд великої рогатої худоби та коней завідомо неправдиві відомості<sup>286</sup>.*

Якщо порушення ветеринарних правил поєднувалось з використанням підробленого ветеринарного свідоцтва, сертифіката або довідки (ці документи характеризують ветеринарно-санітарний стан супроводжуваних вантажів і благополуччя місцевості їх походження щодо заразних хвороб тварин), а так само іншого ветеринарного документа, дії винного потребують додаткової кваліфікації за відповідною частиною ст. 358 КК. Така ж кримінально-правова оцінка має даватись у випадках підроблення та використання підроблених ідентифікаційних документів, що видаються на тварину (паспорт великої рогатої худоби і ветеринарна картка до такого паспорта, паспорт коня, реєстраційне свідоцтво свині, вівці, кози).

**Суб'єкт** злочину, передбаченого ст. 251 КК, є загальним. Переважно суб'єктами розглядуваного посягання є особи, діяльність яких пов'язана з утриманням, транспортуванням, торгівлею тваринами, із виробництвом, переробкою, зберіганням та реалізацією продуктів і сировини тваринного походження, а також працівники ветеринарної медицини та державної санітарно-епідеміологічної служби.

За своїм змістом **суб'єктивна сторона** цього злочину збігається із суб'єктивною стороною злочину, передбаченого ст. 247 КК і проаналізованого вище.

**Умисне знищення або пошкодження території, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду** (ст. 252 КК). Території та об'єкти природно-заповідного фонду виділяються з метою збереження природної різноманітності ландшафтів, генофонду тва-

<sup>286</sup> Архів Іваничівського районного суду Волинської області. Справа № 1-31 за 2009 р.

ринного і рослинного світу, підтримання загального екологічного балансу та забезпечення моніторингу довкілля<sup>287</sup>. Відповідно до ст. 6 Закону України від 16 червня 1992 р. «Про природно-заповідний фонд України» території та об'єкти, що мають особливу екологічну, наукову, естетичну, господарську, а також історико-культурну цінність, підлягають комплексній охороні. У ст. 64 цього Закону наводиться перелік найбільш поширених порушень законодавства про природно-заповідний фонд. На землях природно-заповідного фонду та іншого природоохоронного або історико-культурного призначення забороняється будь-яка діяльність, яка негативно впливає або може негативно впливати на стан природних та історико-культурних комплексів та об'єктів чи перешкоджає їх використанню за цільовим призначенням.

Інструкція про застосування порядку установа лімітів на використання природних ресурсів у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду загальнодержавного значення, затверджена наказом МОНПС від 24 січня 2008 р. № 27, визначає порядок установа лімітів на використання природних ресурсів у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду загальнодержавного значення для всіх підприємств, установ, організацій, землевласників, у віданні яких знаходяться природні ресурси в межах зазначених територій та об'єктів.

**Суспільна небезпека** злочину, передбаченого ст. 252 КК, полягає у посяганні на природно-заповідний фонд, який визнається національним надбанням України, на інші території та об'єкти, взяті під охорону держави.

Основний **безпосередній об'єкт** злочину – встановлений порядок охорони, відтворення і використання об'єктів природно-заповідного фонду України, інших територій та об'єктів, узятих під охорону держави, як специфічних елементів, що мають особливий екологічний статус. Додатковим об'єктом злочину можуть бути життя особи або інші блага.

**Предметом** злочину є: 1) території, взяті під охорону держави; 2) об'єкти природно-заповідного фонду.

До територій, узятих під охорону держави, належать, зокрема, водно-болотні угіддя загальнодержавного значення (цінні природні ком-

плекси боліт, заплавних лук і лісів, а також водних об'єктів), курортні, лікувально-оздоровчі зони (мають виражені природні лікувальні фактори – мінеральні і термальні води, лікувальні грязі, ропу лиманів та озер, морську воду тощо), рекреаційні зони (ділянки суші і водного простору, призначені для організованого масового відпочинку населення і туризму), наукові об'єкти, що становлять національне надбання, які не піддаються відтворенню і втрата або руйнування яких матиме серйозні негативні наслідки для розвитку науки та суспільства (наприклад, полігони).

При цьому, щоправда, потрібно мати на увазі екологічний характер злочину, передбаченого ст. 252 КК. Умисне знищення або пошкодження об'єктів культурної спадщини потрібно кваліфікувати за відповідною частиною ст. 298 КК, а забруднення моря у межах такого об'єкта особливої охорони як виключна (морська) екологічна зона – за ст. 243 КК.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про природно-заповідний фонд України» природно-заповідний фонд України – це ділянки суші та водного простору, природні комплекси та об'єкти, які мають особливу природоохоронну, наукову, естетичну, рекреаційну та іншу цінність, виділені з метою збереження природної різноманітності ландшафтів, генофонду тваринного і рослинного світу, підтримання загального екологічного балансу та забезпечення фонових моніторингу навколишнього природного середовища. До об'єктів природно-заповідного фонду належать: 1) природні території та об'єкти – природні та біосферні заповідники, національні природні парки, регіональні ландшафтні парки, заказники, пам'ятки природи<sup>288</sup>, заповідні урочища<sup>289</sup>; 2) штучно створені об'єкти – ботанічні сади, дендрологічні парки, зоологічні парки, парки – пам'ятки садово-паркового мистецтва<sup>290</sup>.

Наприклад, режим заповідника полягає в наступному: на його території забороняється господарська, рекреаційна та інша діяльність, що суперечить цілям заповідування чи заподіює

<sup>288</sup> Пам'ятками природи оголошуються окремі унікальні природні утворення, що мають особливе природоохоронне, наукове, естетичне, пізнавальне і культурне значення, з метою збереження їх у природному стані.

<sup>289</sup> Заповідними урочищами оголошуються лісові, степові, болотні та інші відокремлені цілісні ландшафти, що мають важливе наукове, природоохоронне і естетичне значення, з метою збереження їх у природному стані.

<sup>290</sup> Парками-пам'ятками садово-паркового мистецтва оголошуються найбільш визначні та цінні зразки паркового будівництва з метою охорони їх і використання в естетичних, виховних, наукових, природоохоронних та оздоровчих цілях. Парки-пам'ятки садово-паркового мистецтва загальнодержавного значення є природоохоронними рекреаційними установами.

<sup>287</sup> До складу природно-заповідного фонду України входять більш як 7608 територій та об'єктів загальною площею 3,2 мільйона га (5,4 % загальної площі країни) та 402,5 тисячі га у межах акваторії Чорного моря. Частина природно-заповідних територій в Україні є недостатньою і залишається значно меншою, ніж у більшості країн Європи, де площі, зайняті під природно-заповідні території, становлять у середньому 15 % (Основні засади (стратегія) державної екологічної політики України на період до 2020 р., затверджені Законом України від 21 грудня 2010 року).

шкоду навколишньому природному середовищу; повністю вилучаються з господарського використання особливо охоронювані природні комплекси та об'єкти (земля, надра, вода, рослинний і тваринний світ), що мають природоохоронне, наукове, еколого-просвітницьке значення як зразки первинного природного середовища, типові чи рідкісні ландшафти, місця зберігання генетичного фонду рослинного і тваринного світу. Науково-дослідницькі, відновлювальні, протипожежні роботи не повинні суперечити цілям заповідування<sup>291</sup>.

Залежно від походження та інших особливостей заказники поділяються на ландшафтні, лісові, ботанічні, загальнозоологічні, орнітологічні, ентомологічні, іхтіологічні, гідрологічні, загальногеологічні, палеонтологічні та карстово-спелеологічні. Пам'ятки природи бувають таких видів: комплексні, ботанічні, зоологічні, гідрологічні, геологічні. Рішення про створення об'єктів природно-заповідного фонду загальнодержавного значення приймаються Президентом України, а місцевого значення – обласними радами. Для інформування населення та природокористувачів про межі об'єктів природно-заповідного фонду, їх категорію та основні відомості про режим і правила поведінки у межах зазначених об'єктів використовуються інформаційні та охоронні знаки, обов'язковою ознакою яких має бути наочність. Такі знаки повинні розміщуватись у місцях найбільш можливої появи відвідувачів, бути помітними на місцевості та певною мірою контрастними за кольором і формою<sup>292</sup>. До встановлення меж територій та об'єктів природно-заповідного фонду в натурі їх межі визначаються відповідно до проєктів створення таких територій й об'єктів.

Посягання на особливо охоронювані об'єкти рослинного і тваринного світу, занесені до Червоної книги України, слід кваліфікувати не за ст. 252 КК, а за статтями розділу VIII Особливої частини КК, що передбачають відповідальність за злочини, предметом яких є зазначені об'єкти (статті 245, 246, 248, 249 КК).

**Об'єктивна сторона** злочину, передбаченого ст. 252 КК, полягає у знищенні або пошкодженні будь-яким способом територій, взятих під охорону держави, або об'єктів природно-заповідного фонду. На території зони суворого режиму округу

санітарної охорони курорту це може виявитися, наприклад, у таких заборонених законодавством діях, як: прокладення підземних кабелів високої напруги, трубопроводів, інших комунікацій; скидання дренажно-скидних та стічних вод; влаштування стоянок автомобілів, пунктів їх обслуговування; влаштування накопичувачів стічних вод, полігонів рідких і твердих відходів, споруд для приймання та знешкодження стічних вод і рідких відходів, кладовищ і скотомогильників.

В охоронних зонах територій та об'єктів природно-заповідного фонду не допускається будівництво промислових та інших об'єктів, мисливство, розвиток господарської діяльності, яка може призвести до негативного впливу на території та об'єкти природно-заповідного фонду. За наявності підстав така незаконна поведінка може утворювати склад злочину, передбаченого ст. 252 КК.

*Ухвалою Апеляційного суду Хмельницької області було скасовано постанову Нетішинського міського суду про залишення без задоволення скарги директора ТОВ «Юрінформ» Н. на постанову Хмельницького міжрайонного природоохоронного прокурора про порушення кримінальної справи за фактом самовільного будівництва на самовільно зайнятій земельній ділянці та умисного пошкодження об'єкта природно-заповідного фонду за ознаками злочинів, передбачених ч. 4 ст. 197-1 і ч. 1 ст. 252 КК.*

*У постанові прокурора зазначалось, що ТОВ «Юрінформ» відповідно до договору довгострокового тимчасового користування лісовою ділянкою, укладеного з районною державною адміністрацією, було передано у платне строкове користування у рекреаційних цілях лісову ділянку площею 0,966 га без вилучення її у постійного користувача ДП «Хмельницьке лісомисливське господарство» (далі – «Хмельницьке ЛМГ»). Зазначена лісова ділянка перебувала в межах лісового заказника місцевого значення «Давидковецький», прийнятого під охорону ДП «Хмельницьке ЛМГ». Відповідно до охоронного зобов'язання на території заказника забороняється будь-яке будівництво, не пов'язане з охороною території заказника. Однак у порушення вимог чинного законодавства працівники ТОВ «Юрінформ» без дозволу на виконання будівельних робіт здійснили самовільне будівництво двоповерхової капітальної споруди площею забудови 115 м<sup>2</sup> на земельній ділянці в охоронній зоні – в межах лісового заказника місцевого значення «Давидковецький». Унаслідок цих дій було пошкоджено об'єкт природно-заповідного фонду.*

*Розглядаючи апеляційну скаргу Н., суд, зокрема, виходив з того, що із долученої до матеріалів перевірки копії договору довгострокового тим-*

<sup>291</sup> Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. IV: Преступления против общественной безопасности. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 485.

<sup>292</sup> Положення про єдині державні знаки та аншлаги на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду України затверджене наказом Мінприроди України від 29 березня 1994 року № 30.



часового користування лісовою ділянкою не впливало, що ділянку було виділено на території заказника місцевого значення «Давидковецький», створеного з метою збереження лісового масиву, в якому переважають високопродуктивні насадження дуба черешчатого. Не було належним чином визначено і розмір заподіяної шкоди, не було встановлено фактичну площу забудови (100 чи 115 м<sup>2</sup>). З урахуванням наведеного, колегія суддів зробила висновок про передчасність і недостатню обґрунтованість винесеної прокурором постанови про порушення кримінальної справи за фактом самовільного будівництва ТОВ «Юрінком» на самовільно зайнятій земельній ділянці та умисного пошкодження об'єкта природно-заповідного фонду. Відповідно, постанова прокурора і постанова місцевого суду були скасовані із направленням матеріалів прокуратури для додаткової перевірки<sup>293</sup>.

Порушення правил охорони та використання об'єктів і територій природно-заповідного фонду, не пов'язане з їх умисним знищенням чи пошкодженням, тягне адміністративну відповідальність (ст. 91 КпАП).

**Суб'єкт** злочину – загальний.

**Суб'єктивна сторона** злочину характеризується виною у формі умислу. Психічне ставлення до загибелі людей та інших тяжких наслідків при вчиненні цього злочину (ч. 2 ст. 252 КК) є аналогічним до такого ставлення при вчиненні злочину, передбаченого ст. 245 КК. Якщо умисне знищення або пошкодження території та об'єктів природно-заповідного фонду здійснюється із хуліганських спонукань, дії винного потребують кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених статтями 252, 296 КК.

**Кваліфікуючою ознакою** злочину (ч. 2 ст. 252 КК) є вчинення його шляхом підпалу або іншим загальнонебезпечним способом, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки.

У п. 16 постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» звертається увага на те, що розміри відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок порушення законодавства про природно-заповідний фонд, визначаються на основі кадастрової еколого-економічної оцінки включених до його складу територій та об'єктів<sup>294</sup>.

<sup>293</sup> Архів апеляційного суду Хмельницької області. Справа № 10/1-7 за 2010 р.

<sup>294</sup> Указана оцінка провадиться відповідно до ст. 65 Закону «Про природно-заповідний фонд України» і спеціальних Такс для обчислення розміру відшкодування шкоди, заподіяної порушенням природоохоронного законодавства у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду України, затверджених постановою КМУ від 21 квітня 1998 року № 521.

## Рекомендована література

1. Вівчаренко О.А. Правова охорона земель в Україні: монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 336 с.
2. Вітовська І.В. Правове використання природних ресурсів виключної (морської) економічної зони України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Івано-Франківськ, 2004. – 185 с.
3. Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні: проблеми теорії застосування і розвитку кримінального законодавства. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2002. – 635 с.
4. Голуб С.А. Кримінальна відповідальність за незаконне полювання: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 175 с.
5. Григор'єва Т.В. Правове регулювання використання й охорони водних живих ресурсів: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 188 с.
6. Дубовик О.А. Экологические преступления: Комментарий к главе 26 Уголовного кодекса Российской Федерации. – М.: Изд-во «Спарк», 1998. – 352 с.
7. Дубовик О.А. Уголовное право и экология // Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики: сборник очерков / под ред. В.В. Лунеева. – М.: Издательство Юрайт, 2010. – С. 670–697.
8. Экологические преступления: квалификация и методика расследования / Гавриш С.Б., Грудкова В.Г., Дудников А.А. / Под общей ред. Коноваловой В.Е., Матусовского Г.А. – Х.: Глобус, 1994. – 225 с.
9. Емельянова В.Г., Заславская Л.А. Судебное рассмотрение дел о нарушении законодательства об охране животного мира. – М.: Юрид. лит., 1982. – 96 с.
10. Жевлаков Э.Н. Экологические преступления и экологическая преступность. – М.: Белье альвы, 1996. – 96 с.
11. Иванова Н.Г. Запобігання злочинним посяганням на рослинний світ (за матеріалами Донецького регіону України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 18 с.
12. Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: Навчальний посібник / За заг. ред. В.В. Коваленка; за наук. ред. О.М. Джузи та А.В. Савченка. – К.: Атіка, 2011. – С. 386–425.
13. Ковтун О.М. Правова охорона територій та об'єктів природно-заповідного фонду України: Навчальний посібник. – Прецедент, 2010. – 229 с.
14. Куцевич М.П. Кримінальна відповідальність за екоцид: міжнародний та національний аспекти: Монографія. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2009. – 332 с.

15. Локтіонова В.В. Наслідки вчинення злочинів проти довкілля (кримінально-правове дослідження): монографія. – Кременчук: Видавець «ПП Шербатих О.В.», 2011. – 256 с.
16. Лопашенко Н.А. Экологические преступления: уголовно-правовой анализ: Монография. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2009. – 352 с.
17. Марфіна Н.В. Адміністративна відповідальність за порушення лісового законодавства: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 214 с.
18. Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Монографія. – К.: «Азимут-Україна», 2005. – 464 с.
19. Матвійчук В.К. Теоретичні та прикладні проблеми кримінально-правової охорони навколишнього природного середовища: Монографія. – К.: Національна академія управління, 2011. – 368 с.
20. Матвійчук В.К., Голуб С.А. Незаконне полювання: відповідальність, протокольна форма провадження, розслідування і запобігання: Монографія. – К.: КНТ, 2006. – 304 с.
21. Матвійчук В.К., Присяжний В.М. Забруднення, засмічення та виснаження водних об'єктів: відповідальність, досудове і судове слідство та запобігання: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – 272 с.
22. Митрофанов І.І. Кримінально-правове забезпечення охорони довкілля: монографія. – Кременчук: Видавець «ПП Шербатих О.В.», 2010. – 272 с.
23. Навроцький В. Злочини проти природи. Лекції. – Львів: юридичний факультет Львівського державного університету ім. Івана Франка, 1997. – 56 с.
24. Нетеса Н.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил охорони або використання надр: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2012. – 20 с.
25. Поліщук Г.С. Кримінологічна характеристика та запобігання злочинам проти довкілля (за матеріалами причорноморського регіону України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 231 с.
26. Притула А.М. Кримінально-правова охорона виключної (морської) економічної зони України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2010. – 200 с.
27. Сасов О.В. Кримінально-правова охорона лісу: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 212 с.
28. Скворцова О.В. Кримінально-правова характеристика незаконної порубки лісу за кримінальним законодавством України (на підставі матеріалів практики Автономної Республіки Крим): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2007. – 18 с.
29. Турлова Ю.А. Кримінологічна характеристика браконьєрства в Україні та протидія цим злочинам: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 18 с.
30. Харь І.О. Кримінально-правова охорона атмосферного повітря: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 220 с.
31. Шем'яков О.П. Правове регулювання використання та охорони надр: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2003. – 208 с.
32. Шульга А.М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 206 с.