

ДЕРЖАВНИЙ ВИЩИЙ НАВЧАЛЬНИЙ ЗАКЛАД
«ЗАПОРІЗЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ»
МІНІСТЕРСТВА ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

О.О. Дудоров
М.І. Омеляненко
В.П. Сабадаш

**КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЗАКОННІ ДІЇ
ЩОДО МАЙНА, НА ЯКЕ НАКЛАДЕНО АРЕШТ,
ЗАСТАВЛЕНОГО МАЙНА АБО МАЙНА,
ЯКЕ ОПИСАНО ЧИ ПІДЛЯГАЄ КОНФІСКАЦІЇ**

Монографія

Запоріжжя
2014

УДК 343.272 (477)
ББК: Х9(4Укр)308.1.10

Рекомендовано вченою радою Запорізького національного університету
(протокол № 3 від 28 жовтня 2014 р.)

Автори:

О.О. ДУДОРОВ, професор кафедри кримінального права та правосуддя Запорізького національного університету, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України;

М.І. ОМЕЛЬЯНЕНКО, доцент кафедри адміністративного та господарського права Запорізького національного університету, кандидат юридичних наук;

В.П. САБАДАШ, завідувач кафедри кримінального права та правосуддя Запорізького національного університету, кандидат юридичних наук, доцент.

Рецензенти:

П.С. БЕРЗІН, доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

П.В. ХРЯПІНСЬКИЙ, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального права та кримінології Державного вищого навчального закладу «Національний гірничий університет».

Дудоров О.О., Омеляненко М.І., Сабадаш В.П.

Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації: монографія. – Запоріжжя: Запорізький національний університет, 2014. – 360 с.

ISBN 978-966-599-487-9

Монографію присвячено дослідженню питань кримінальної відповідальності за незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, заставленим майном або майном, яке описано чи підлягає конфіскації. З'ясовано соціальну обумовленість криміналізації зазначених дій, показано генезу кримінального законодавства України щодо злочинного поводження із вказаним майном, висвітлено відповідний зарубіжний досвід. З урахуванням здобутків доктрини, напрацювань правозастосовної практики і положень регулятивного законодавства здійснено поглиблений кримінально-правовий аналіз складів злочину, передбаченого статтею 388 КК України, та покарання за його вчинення.

Книгу розраховано на працівників правоохоронних органів, суддів, адвокатів, студентів і викладачів вищих навчальних закладів юридичного профілю, усіх, хто цікавиться проблемами сучасного кримінального права.

Монографія друкується в авторській редакції

УДК 343.272 (477)
ББК: Х9(4Укр)308.1.10

ISBN 978-966-599-487-9

© Запорізький національний університет, 2014

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ	5
ПЕРЕДМОВА	7
РОЗДІЛ 1. ВСТАНОВЛЕНИЙ ПОРЯДОК ПОВОДЖЕННЯ З МАЙНОМ, НА ЯКЕ НАКЛАДЕНО АРЕШТ, ІЗ ЗАСТАВЛЕНИМ МАЙНОМ АБО МАЙНОМ, ЯКЕ ОПИСАНО ЧИ ПІДЛЯГАЄ КОНФІСКАЦІЇ, ЯК ОБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ	11
1. Поняття та регулювання арешту, опису, застави та конфіскації майна за законодавством України і соціальна обумовленість криміналізації незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації.....	11
2. Генеза кримінального законодавства України щодо встановленого порядку поведження з майном, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації.....	126
3. Зарубіжний досвід регламентації кримінальної відповідальності за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації	144
РОЗДІЛ 2. КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ НЕЗАКОННИХ ДІЙ ЩОДО МАЙНА, НА ЯКЕ НАКЛАДЕНО АРЕШТ, ЗАСТАВЛЕНОГО МАЙНА АБО МАЙНА, ЯКЕ ОПИСАНО ЧИ ПІДЛЯГАЄ КОНФІСКАЦІЇ	156
1 Об'єктивні ознаки складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України	156

2. Суб'єктивні ознаки складів злочину,
передбаченого ст. 388 КК України 259
3. Співвідношення складів злочину, передбаченого
ст. 388 КК України, з іншими складами злочинів..... 307

РОЗДІЛ 3. ПОКАРАННЯ ЗА НЕЗАКОННІ ДІЇ ЩОДО МАЙНА, НА ЯКЕ НАКЛАДЕНО АРЕШТ, ЗАСТАВЛЕНОГО МАЙНА АБО МАЙНА, ЯКЕ ОПИСАНО ЧИ ПІДЛЯГАЄ КОНФІСКАЦІЇ.....	328
ПІСЛЯМОВА	355

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

Абз. – абзац

АКУ – Антимонопольний комітет України

ВАТ – відкрите акціонерне товариство

ВСУ – Верховний Суд України

ВУЦВК – Всеукраїнський центральний виконавчий комітет

ГПК – Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 року

Див. – дивитись

ДВС – державна виконавча служба

ЗУ – Закон України

КАС України – Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року

КВК України – Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липня 2003 року

КК – Кримінальний кодекс

КК РСФРР 1922 р. – Кримінальний кодекс Російської Соціалістичної Федеративної Радянської Республіки від 26 травня 1922 року

КК РФ – Кримінальний кодекс Російської Федерації від 24 травня 1996 року

КК України – Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року

КК УРСР 1960 р. – Кримінальний кодекс Української Радянської Соціалістичної Республіки від 28 грудня 1960 року

КК УСРР 1922 р. – Кримінальний кодекс Української Соціалістичної Радянської Республіки, затверджений постановою ВУЦВК від 23 серпня 1922 року

КК УСРР 1927 р. – Кримінальний кодекс Української Соціалістичної Радянської Республіки, затверджений ВУЦВК від 8 червня 1927 року

КМУ – Кабінет Міністрів України

КНР – Китайська Народна Республіка

КНДР – Корейська Народно-Демократична Республіка

КпАП України – Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року

КПК України – Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року;

м. – місто

МВС України – Міністерство внутрішніх справ України

МК України – Митний кодекс України від 13 березня 2012 року

НБУ – Національний банк України

НМДГ – неоподатковуваний мінімум доходів громадян

ООН – Організація Об'єднаних Націй

п. – пункт

ПАТ – приватне акціонерне товариство

ПК – Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року

РНК – Рада Народних Комісарів

р. – рік

РЄ – Рада Європи

с. – сторінка

СБУ – Служба безпеки України

СНД – Співдружність Незалежних Держав

СРСР – Союз Радянських Соціалістичних Республік

ст. – стаття

США – Сполучені Штати Америки

т. ч. – тому числі

ТОВ – товариство з обмеженою відповідальністю

ФРН – Федеративна Республіка Німеччина

ЦК України – Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року

ЦПК України – Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року

ч. – частина.

ПЕРЕДМОВА

Згідно зі ст. 3 Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності української держави, а утвердження та забезпечення цих прав і свобод є головним її обов'язком. Виконання цього обов'язку неможливе без нормальної діяльності судів та органів, які сприяють їм у реалізації завдань і функцій правосуддя. На сьогодні судам підвідомчі всі правовідносини, які виникають в державі. Однак незалежність судової влади, підпорядкованість її тільки закону, належне здійснення правосуддя можуть стати реальними явищами тільки за умови ефективного функціонування механізмів правової охорони правосуддя та його носіїв, а також процесуальної діяльності тих осіб, які забезпечують здійснення правосуддя. Одним із посягань на належне функціонування правосуддя є незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, за що в ст. 388 КК України передбачено відповідальність.

Вести мову про ефективність цієї кримінально-правової заборони поки що не доводиться. Так, за даними Державної судової адміністрації України, за вчинення злочинів, передбачених ст. 388 КК України, в 2013 р. було засуджено усього 31 особу, що складає приблизно 1 % від усієї кількості осіб, засуджених за вчинення злочинів проти правосуддя протягом 2013 р. Такий показник, як кількість засуджених за ст. 388 КК України, залишається приблизно незмінним протягом кількох останніх років (зокрема, у 2007 р. за цією статтею КК було засуджено 24 особи, у 2008 р. – 23 особи, у 2009 р. – 16 осіб, у 2010 р. – 32 особи, у 2012 р. – 19 осіб). При цьому, за інформацією Головного управління інформаційного забезпечення Головного штабу МВС України, кожного року таких суспільно небезпечних діянь реєструється щонайменше в кілька разів більше.

Викладене свідчить про наявність проблем законодавчого і правозастосовного характеру, що зумовлює необхідність комплексного

теоретичного аналізу питань кримінальної відповідальності за незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, заставленим майном або майном, яке описано чи підлягає конфіскації. Вказаним питанням у вітчизняній юридичній літературі приділяється недостатньо уваги. Їх аналіз здебільшого здійснюється в науково-практичних коментарях КК України і підручниках; кількість наукових публікацій є незначною. Разом з тим є підстави констатувати належність багатьох ознак кримінально-правової характеристики складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України, до числа спірних у доктрині, відсутність однаковості і стабільності відповідної правозастосовної практики, складність визначення перспектив цієї кримінально-правової заборони при тому, що дотична до неї проблема виконання рішень судів у частині майнових стягнень стоїть у сьогоднішній Україні вельми гостро. Зокрема, у цьому контексті варто звернути увагу на ту обставину, що значною мірою дії, карані за ст. 388 КК України, виходять за межі такого об'єкта кримінально-правової охорони, як правосуддя, навіть якщо і тлумачити це поняття широко.

Значний внесок у дослідження проблем кримінально-правової охорони правосуддя в цілому та порядку поводження з майном, на яке накладено арешт, заставленим майном або майном, яке описано чи підлягає конфіскації, зокрема, зробили такі науковці, як Ю.В. Александров, М.І. Бажанов, А.М. Бойко, Г.Є. Болдарь, О.В. Бриліантов, В.М. Бурдін, Г.В. Галахова, В.А. Головчук, А.А. Гулий, Н.О. Гуторова, Л.В. Іногамова-Хегай, Т.В. Кондрашова, М.Р. Косевич, Ю.І. Кулешов, Я.М. Кульберг, О.М. Лагнюк, Л.В. Лобанова, В.О. Навроцький, Н.А. Носкова, В.І. Осадчий, В.І. Тютюгін, І.М. Тяжкова, С.С. Яценко та інші.

Окремо слід відзначити кандидатські дисертації М.І. Омеляненко «Кримінально-правова охорона порядку поводження з майном, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації» (захищена в 2012 р. і покладена в основу пропонованої монографії) та О.О. Соболевої «Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна на яке, накладено

арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації» (захищена в 2012 р.).

Актуальності досліджуваній темі додає та обставина, що в 2005 р. ст. 388 КК України було викладено в новій редакції, а внаслідок набрання чинності ЗУ від 22 вересня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» сфера застосування аналізованих кримінально-правових норм розширилась за рахунок незаконних дій щодо заставленого майна. Фактично зроблено спробу за допомогою кримінального закону вирішити проблему ризиків у банківському секторі. Практика виконання цивільних і господарських зобов'язань, яка склалася за останнє десятиріччя в Україні не відповідає принципам моралі і права, ustalеним у цивілізованому суспільстві. І проблема посилення захисту прав кредиторів у т. ч. за рахунок засобів кримінально-правової репресії, звичайно, на часі. Водночас постає питання про відповідність вказаних законодавчих новел виробленим доктриною принципам криміналізації. У черговий раз складається враження, що реалії законотворення у нашій державі далекі від напрацювань кримінально-правової науки.

Автори монографії при її написанні мали на меті з'ясувати сучасний стан кримінально-правової охорони порядку поводження з майном, на яке накладено арешт, заставленим майном або майном, яке описано чи підлягає конфіскації, і формулювати на основі результатів комплексного наукового аналізу питань кримінальної відповідальності за незаконні дії щодо такого майна пропозиції, спрямовані на вдосконалення кримінального законодавства України і практики його застосування. З огляду на бланкетний характер диспозицій ч. 1 і ч. 2 ст. 388 КК України, автори монографії визнали за доречне проаналізувати, крім усього іншого, численні нормативні акти, належні до різних галузей законодавства (цивільного, господарського, фінансового, податкового, митного, процесуального тощо).

Нам імпонує думка знаного у світі педагога Адольфа Дістервега про те,

що більше користі приносить огляд одного предмета з десяти різних боків, аніж вивчення десяти предметів з одного боку¹.

Автори сподіваються на доброзичливе ставлення до їхньої роботи і водночас будуть вдячні представникам юридичної спільноти за конструктивні зауваження, які просять направляти за адресою: o.o.dudorov@gmail.com

¹ Виклад. за: Брич Л., Навроцький В. Деякі міркування щодо всеосяжного погляду на Особливу частину КК України // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 9. – С. 108.

РОЗДІЛ 1.

ВСТАНОВЛЕНИЙ ПОРЯДОК ПОВОДЖЕННЯ З МАЙНОМ, НА ЯКЕ НАКЛАДЕНО АРЕШТ, ІЗ ЗАСТАВЛЕНИМ МАЙНОМ АБО МАЙНОМ, ЯКЕ ОПИСАНО ЧИ ПІДЛЯГАЄ КОНФІСКАЦІЇ, ЯК ОБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

1. Поняття та регулювання арешту, опису, застави та конфіскації майна за законодавством України і соціальна обумовленість криміналізації незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації

Ст. 388 КК України містить описання двох суміжних складів злочину, об'єктивні і суб'єктивні сторони яких збігаються та які стосуються правового режиму специфічного майна. Як випливає з положень заборонних норм, описаних частинами 1 і 2 цієї статті КК, головним їх призначенням є кримінально-правова охорона встановленого порядку поведження з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном, майном, яке описано, та майном, яке підлягає конфіскації.

Ураховуючи цю обставину, а також беручи до уваги той факт, що спеціальний правовий режим таке майно отримує лише в результаті проведення із ним відповідних процедур (арешту, опису, застави або конфіскації), що мають неабияку специфіку в різних галузях права, вважаємо першочерговим завданням нашого дослідження комплексний аналіз законодавчої регламентації цих процедур і встановлення змісту таких понять, як арешт майна, опис майна, застава майна та конфіскація майна.

Починаючи з розгляду питання про *арешт майна*, слід зазначити, що до недавнього часу чіткого законодавчого визначення цього поняття не було, хоча спроби його тлумачення на законодавчому рівні робилися.

Так, у первісній редакції ст. 55 ЗУ «Про виконавче провадження» зазначалось, що арешт майна полягає в проведенні його опису, оголошенні

заборони розпоряджатися ним, а в разі потреби – в обмеженні права користування майном або його вилученні у боржника та передачі на зберігання іншим особам. Утім, відповідно до ЗУ «Про внесення змін до законів України «Про державну виконавчу службу» та «Про виконавче провадження» зазначене положення було виключено з тексту ст. 55 ЗУ «Про виконавче провадження». При цьому таке визначення залишалося в п. 5.6.1 Інструкції про проведення виконавчих дій, розробленої, як відомо, на виконання ЗУ «Про виконавче провадження» (названу Інструкцію, яка на сьогодні за винятком деяких положень втратила чинність, було затверджено наказом Міністерства юстиції України від 15 грудня 1999 р. № 74/5 із змінами). Згадане визначення в цілому відповідало ч. 5 чинної редакції ст. 57 ЗУ «Про виконавче провадження», в якій зазначається, що під час проведення опису та арешту майна боржника державний виконавець має право оголосити заборону розпоряджатися ним, а в разі потреби – обмежити права користування майном, здійснити опечатування або вилучити його у боржника та передати на зберігання іншим особам, про що зазначається в акті опису та арешту. Вид, обсяг і строк обмеження встановлюються державним виконавцем у кожному конкретному випадку з урахуванням властивостей майна, його значення для власника чи володільця, необхідності використання та інших обставин.

Слід зазначити, що визначення поняття арешту майна міститься в окремих міжнародних документах. Зокрема, відповідно до ст. 1 Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму від 16 травня 2005 р., яка була ратифікована Україною з заявами і застереженнями 17 листопада 2010 р., арешт означає тимчасову заборону передачі, знищення, перетворення, відчуження або руху майна або тимчасове взяття під охорону, або контроль майна на підставі рішення суду або іншого компетентного органу.

Спроба законодавчого визначення цього поняття (стосовно арешту майна в кримінальному провадженні) була зроблена в проекті КПК України, підготовленому Міністерством юстиції України та поданому на розгляд КМУ

у листопаді 2009 р. Так, в ст. 156 зазначеного проекту зазначалось, що арештом майна є позбавлення підозрюваного, обвинувачуваного можливості користуватися та розпоряджатися певним його майном за ухвалою слідчого, судді або суду до завершення кримінального провадження та визначення подальшої долі цього майна². Чинний КПК України, відносячи арешт майна до заходів забезпечення кримінального провадження, містить відповідне легальне визначення (ч. 1 ст. 170 цього Кодексу), до якого ми ще повернемося.

Не висвітлюючи хід подальшого аналізу правової матерії щодо розглядуваного питання, зазначимо, що в чинному законодавстві України не міститься єдиного (універсального) визначення поняття «арешт майна», що ускладнює розуміння змісту цієї процедури та характеристику ознак одного з предметів злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України. Не вносить ясності з цього питання і переважна більшість наукових робіт, присвячених кримінально-правовій характеристиці злочину, передбаченого ст. 388 КК України, адже в них вказане питання, як правило, залишається поза належною увагою. Така ситуація зумовлює необхідність комплексного аналізу чинного законодавства України на предмет виявлення тих положень, що стосуються арешту майна.

Результати пошуку та системного аналізу цих положень дозволили нам зробити висновок про те, що в Україні арешт майна регламентується одразу кількома нормативно-правовими актами, належними до різних галузей права, які наділяють цю процедуру притаманними лише їм особливостями. Загалом систематизація цих положень дозволяє стверджувати, що наразі поняття «арешт майна» в українському законодавстві використовується в таких значеннях:

- 1) арешт майна як засіб забезпечення позову в цивільному судочинстві;
- 2) арешт майна як вид запобіжного заходу в господарському судочинстві;
- 3) арешт майна як засіб забезпечення позову в господарському судочинстві;
- 4) арешт майна боржника в межах процедури санації;

² Проект Кримінально-процесуального кодексу України [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу: <http://minjust.gov.ua/0/projectCriminalCodex>

5) арешт майна фізичної особи на стадії порушення справи про банкрутство;

6) арешт майна як результат розгляду окремої категорії адміністративних справ;

7) арешт майна як засіб забезпечення кримінального провадження;

8) арешт майна як спосіб забезпечення виконання платником податків покладених на нього обов'язків (адміністративний арешт майна платника податків);

9) арешт майна як один з етапів звернення стягнення на майно боржника у виконавчому провадженні;

10) арешт майна (предметів, документів чи інших носіїв інформації), яке може бути доказом або джерелом доказів у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Схожу, хоч і дещо відмінну класифікацію видів арешту пропонує О.О. Соболева. На її думку, поняття арешту майна вживається в чинному законодавстві України в таких значеннях: 1) захід забезпечення позову в цивільному процесуальному та господарському процесуальному законодавстві; 2) запобіжний захід у господарському судочинстві; 3) стадія звернення стягнення на майно боржника у виконавчому провадженні; 4) захід забезпечення вимог кредиторів у межах процедури санації та процедури банкрутства громадянина-підприємця; 5) спосіб боротьби з тероризмом і фінансуванням терористичної діяльності в порядку, встановленому адміністративно-процесуальним законодавством; 6) засіб забезпечення вимог можливості сплати боргу платником податків; 7) правовий засіб вирішення питання про речові докази, що застосовується в зв'язку з порушенням законодавства про захист економічної конкуренції; 8) процесуальний захід, що застосовується відповідно до кримінально-процесуального законодавства України³.

Стисло розглянемо зміст і специфіку кожного з названих вище видів арешту майна.

³ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 22.

Арешт майна як засіб забезпечення позову в цивільному судочинстві регламентується статтями 151–154 ЦПК України, зі змісту яких випливає, що в межах цивільного судочинства суд за заявою осіб, які беруть участь у справі, на будь-якій стадії розгляду справи може вжити такий вид забезпечення позову, як накладення арешту на майно або грошові кошти, що належать відповідачеві і знаходяться у нього або в інших осіб.

Аналіз цивільно-процесуального законодавства, що регламентує порядок накладення арешту як засобу забезпечення позову, дозволив нам виділити такі характерні риси та особливості цієї процедури в межах цивільного судочинства: 1) в цивільному судочинстві накладення арешту допускається лише щодо майна (в т. ч. грошових коштів), що належать відповідачеві і знаходяться в нього або інших осіб (п. 1 ч. 1 ст. 152 ЦПК України); 2) накладення арешту на майно відповідача як засобу забезпечення позову можливе лише в тому разі, якщо невжиття цих заходів може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду⁴; 3) ініціаторами накладення арешту на майно відповідача можуть бути лише особи, які беруть участь у справі, а прийняти таке рішення може лише суд (ч. 1 ст. 151 ЦПК України); 4) забезпечення позову шляхом накладення арешту на майно відповідача може мати місце на будь-якій стадії розгляду цивільної справи, якщо невжиття заходів забезпечення позову може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду; 5) забезпечення позову шляхом накладення арешту на майно відповідача може мати місце і до подання позовної заяви, однак лише в тому випадку, коли йдеться про необхідність запобігання порушенню права інтелектуальної власності⁵;

⁴ Слід зазначити, що перелік підстав забезпечення позову в цивільному судочинстві є вичерпним і поширювальному тлумаченню не підлягає (див.: Гнатенко А.В., Луспеник Д.Д. Деякі особливості застосування судами заходів забезпечення позову при розгляді цивільних справ // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 5. – С. 47).

⁵ У цьому випадку накладення арешту на майно, з нашої точки зору, не зовсім правильно називати заходом забезпечення позову. Адже, з одного боку, до моменту подання позовної заяви та її прийняття судом говорити про особу відповідача юридично некоректно (законодавець ж вимагає, щоб такий захід забезпечення позову використовувався виключно щодо майна відповідача), а, з іншого, вжиття заходів забезпечення позову можливе лише в тому разі, якщо невжиття цих заходів може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду. Накладення арешту на майно особи до подання позовної заяви має зовсім інше призначення – запобігання порушенню права інтелектуальної власності. У зв'язку з цим вважаємо, що накладення арешту на майно особи до подання позовної заяви за своєю юридичною природою є запобіжним заходом, а не заходом забезпечення позову.

б) процедуру прийняття рішення про накладення арешту на майно як засобу забезпечення позову в цивільному судочинстві досить детально регламентовано приписами ст. 153 ЦПК України, при цьому порядок виконання такого виду забезпечення позову визначає сам суд; 7) про накладення арешту на майно власник майна (відповідач у справі) інформується або безпосередньо судом під час оголошення ухвали про забезпечення позову (якщо відповідач був присутнім під час розгляду заяви про забезпечення позову таким засобом), або шляхом направлення копії цієї ухвали негайно після її виконання; 8) ухвала про накладення арешту на майно відповідача як засобу забезпечення позову виконується негайно в порядку, встановленому для виконання судових рішень (ч. 9 ст. 153 ЦПК України), тобто в порядку, передбаченому ЗУ «Про виконавче провадження».

При цьому слід мати на увазі, що цивільно-процесуальне законодавство категорично забороняє накладання арешту на: 1) заробітну плату, пенсію та стипендію, допомогу по загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню, яка виплачується у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю (включаючи догляд за хворою дитиною), вагітністю та пологами, по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, на допомогу, яка виплачується касами взаємодопомоги, благодійними організаціями, а також на вихідну допомогу, допомогу по безробіттю (це виключення не поширюється на позови про стягнення аліментів, про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, про відшкодування збитків, завданих злочином; 2) предмети, що швидко псуються.

Арешт майна як вид запобіжного заходу в господарському судочинстві регламентується положеннями розділу V-1 «Запобіжні заходи» ГПК України, аналіз яких дозволяє стверджувати, що цей вид запобіжного заходу застосовується господарським судом за заявою особи, яка планує найближчим часом подати позов до господарського суду, та яка побоюється, що подача потрібних для неї доказів стане згодом неможливою або ускладненою, або ж вважає, що її права порушені або існує реальна загроза їх порушення.

Попри те, що ГПК України було доповнено розділом V-1 «Запобіжні заходи» на підставі ЗУ від 22 травня 2003 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності», запобіжні заходи (в т. ч. арешт майна) можуть використовуватись у будь-якій категорії господарських справ, а не лише у тих, що стосуються правової охорони інтелектуальної власності. Це обумовлено тим, що ГПК України не містить жодних обмежень щодо застосування запобіжних заходів у господарському судочинстві за категоріями справ чи змістом господарських правовідносин, із яких виник спір. Аналогічна думка висловлюється переважною більшістю дослідників цього інституту господарсько-процесуального права⁶. Інша річ, що за чинним господарсько-процесуальним законодавством під час застосування запобіжних заходів істотно обмежується дія наріжних принципів господарського судочинства – рівності перед законом і судом, змагальності тощо⁷.

Запобіжні заходи в господарському процесі можна розглядати як заходи, які спрямовані на запобігання господарському правопорушенню; вони є профілактичними заходами, що здійснюються з метою попередження порушень прав юридичних та фізичних осіб та усунення перешкод для здійснення цих прав. Якщо позовна заява – це захист та поновлення вже порушеного права, то заява про вжиття запобіжних заходів – це охорона права, попередження правопорушення та забезпечення можливості подальшого захисту порушених прав. Запобіжні заходи – це термінові тимчасові заходи, які застосовуються господарським судом до моменту пред'явлення позову та спрямовані на забезпечення майнових інтересів заявника в тому випадку, якщо є достатньо підстав вважати, що їх незастосування може ускладнити чи унеможливити

⁶ Див., наприклад: Васильєв С.В. Хозяйственный процесс: учеб. пособие для подготовки к зачету и экзамену. – Издание 3-е, перераб., и доп. – Харьков: Эспада, 2007. – С. 72–75; Беляневич В.Е. Господарський процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар. – Видання третє. – К.: Вид-во «Юстініан», 2009. – С. 393; Господарське процесуальне право України: підручник / В.Д. Чернадчук, В.В. Сухонос, В.П. Нагребельний, Д.М. Лук'янець; за заг. ред. В.Д. Чернадчука. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Суми: ВТД «Університетська книга», 2009. – С. 127–131; Господарське процесуальне право України: підручник / О.І. Харитонов, Є.О. Харитонов, В.М. Коссака та ін.; за заг. ред. О.І. Харитонової. – К.: Істина, 2009. – С. 176–181.

⁷ Беляневич О.А. Спирні питання вжиття запобіжних заходів у господарському судочинстві // Судоустрій і судочинство в Україні. – 2007. – № 4. – С. 36–42.

виконання судового рішення⁸.

Аналіз господарського-процесуального законодавства в частині регламентації запобіжних заходів у виді накладення арешту на майно дозволяє акцентувати увагу на таких особливостях цієї процедури: 1) арешт майна як вид запобіжного заходу в господарському судочинстві допускається щодо майна будь-якої особи, якій належить це майно та знаходяться в неї або інших осіб; 2) накладення арешту на майно відповідача як вид запобіжного заходу в господарському судочинстві можливе лише тому разі, якщо в особи, яка звертається до господарського суду з заявою про вжиття запобіжних заходів, є підстави побоюватись, що подача потрібних для неї доказів стане згодом неможливою або ускладненою, а також підстави вважати, що її права порушені або існує реальна загроза їх порушення; 3) ініціаторами накладення арешту на майно в таких випадках можуть бути будь-які особи, які планують найближчим часом подати позов до господарського суду, а прийняти таке рішення може лише господарський суд; 4) арешт майна як вид запобіжного заходу в господарському судочинстві може мати місце лише до подання позовної заяви до господарського суду (після подання заявником позовної заяви запобіжні заходи діють як заходи забезпечення позову⁹); 5) процедуру прийняття рішення про накладення арешту на майно як вид запобіжного заходу в господарському судочинстві регламентовано положеннями ст. 43-4 ГПК України, при цьому порядок і спосіб виконання такого виду запобіжного заходу суд визначає самостійно; 6) у разі обґрунтованої вимоги заявника заява про вжиття запобіжного заходу у виді арешту на майно може розглядатися лише за участі заявника та без повідомлення особи, щодо якої просять вжити цей запобіжний захід; 7) про накладення арешту

⁸ Бояринцева М.А. Проблеми теорії та практики вжиття запобіжних заходів // Вісник господарського судочинства. – 2003. – № 4. – С. 209; Грек Б. Застосування у господарському процесі запобіжних заходів // Юридичний журнал. – 2003. – № 9. – С. 122.

⁹ Слід зазначити, що норми чинного ГПК України не визначають чітких умов переходу (трансформації) запобіжних заходів у засоби забезпечення позову, що на практиці призводить до значної кількості помилок при вирішенні цього питання. Ці помилки істотно впливають на права та інтереси сторін, оскільки залишення в силі запобіжних заходів (вже у виді засобів забезпечення позову) без достатніх до того підстав є настільки ж шкідливим, як і їх безпідставне припинення. У зв'язку з цим висловлюється думка про те, що обов'язковими умовами трансформації запобіжних заходів у засоби забезпечення позову є: а) належне пред'явлення позову з дотриманням процесуальних строків; б) тотожність предмета захисту застосованих запобіжних заходів із суттю позовної вимоги (див.: Таликін Е.А. Условія трансформации предупредительных мер в меры по обеспечению иска в хозяйственном процессе // Економіка та право. – 2009. – № 3. – С. 195–199).

на майно власник майна інформується шляхом направлення копії цієї ухвали негайно після її виконання; 8) ухвала господарського суду про вжиття запобіжних заходів виконується негайно в порядку, встановленому для виконання судових рішень (ч. 1 ст. 43-6 ГПК України), тобто в порядку, передбаченому ЗУ «Про виконавче провадження».

Арешт майна як засіб забезпечення позову в господарському судочинстві регламентується положеннями розділу Х «Забезпечення позову» ГПК України, з яких випливає, що цей вид забезпечення позову застосовується господарським судом за заявою сторони (позивача чи відповідача), прокурора чи його заступника, який подав позов, або з власної ініціативи, якщо невжиття таких заходів може ускладнити чи зробити неможливим виконання рішення господарського суду. До речі, в літературі звертається увага на те, що господарсько-процесуальні норми, які регламентують застосування засобів забезпечення позову (розділ Х ГПК України), та норми, які регламентують застосування запобіжних заходів (розділ V-1 ГПК України), між собою повною мірою не узгоджено. Зокрема, критикується наявна ситуація, за якої за безпідставне застосування запобіжних заходів передбачено юридичну відповідальність, а за безпідставне застосування засобів забезпечення позову – ні¹⁰.

Загалом заходи забезпечення позову в господарському судочинстві – це застосування господарським судом процесуальних засобів тимчасового характеру, які гарантують можливість реалізації позовних вимог або сприяють збереженню існуючого положення між сторонами до винесення судового рішення¹¹.

Із положень господарсько-процесуального законодавства, що регламентує розглядувану процедуру, випливає, що: 1) арешт майна як вид забезпечення позову в господарському судочинстві допускається лише щодо майна, яке належить відповідачу у справі (як за первісним позовом, так і за зустрічним

¹⁰ Осадчий І. Забезпечення позову в господарському процесі: потреба вдосконалення // Юридичний журнал. – 2003. – № 12. – С. 120–123.

¹¹ Булгакова І. В. Деякі питання забезпечення позову в господарському процесі // Вісник господарського судочинства. – 2005. – № 3. – С. 197.

позовом)¹²; причому предметом арешту в цьому разі може бути майно, що фактично не поступило у володіння відповідача і перебувало у третіх осіб, але є власністю відповідача¹³; 2) накладення арешту на майно відповідача як вид забезпечення позову в господарському судочинстві можливе лише в тому разі, якщо невжиття такого заходу може ускладнити чи зробити неможливим виконання рішення господарського суду¹⁴; 3) ініціаторами накладення арешту на майно в таких випадках можуть бути: а) сторони; б) прокурор чи його заступник, який подав позов; в) господарський суд. Прийняти таке рішення може лише господарський суд; 4) арешт майна як вид забезпечення позову в господарському судочинстві може мати місце на будь-якій стадії провадження у справі; 5) процедуру прийняття рішення про накладення арешту на майно як захід забезпечення позову в господарському судочинстві в ГПК України чітко не регламентовано. В ч. 2 ст. 67 ГПК України лише зазначається, що про забезпечення позову виноситься ухвала; б) питання про присутність чи відсутність в судовому засіданні особи, на майно якої накладається арешт, в господарсько-процесуальному законодавстві України не врегульовано, що дає

¹² Так, у п. 2 роз'яснення президії Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики застосування заходів до забезпечення позову» № 02-5/611 від 23 серпня 1994 р. зазначається, що забезпечення позову як засіб запобігання можливим порушенням майнових прав чи охоронюваних законом інтересів юридичної або фізичної особи може застосовуватись як за основним, так і за зустрічним позовом на будь-якій стадії процесу, включаючи перегляд рішення, ухвали, постанови в апеляційному або у касаційному порядку. Цей підхід майже однозначно підтримано і в господарсько-процесуальній літературі (див., наприклад: *Господарське процесуальне право України: підручник* / В.Д. Чернадчук, В.В. Сухонос, В.П. Нагребельний, Д.М. Лук'янець; за заг. ред. В.Д. Чернадчука. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Суми: ВТД «Університетська книга», 2009. – С. 169; *Господарське процесуальне право України: підручник* / О.І. Харитонова, Є.О. Харитонов, В.М. Коссака та ін.; за заг. ред. О.І. ХаритонОВОЇ. – К.: Істина, 2009. – С. 209).

Утім, слід мати на увазі, що згідно з положеннями чинного господарсько-процесуального законодавства (ч. 1 ст. 26 ГПК України) треті особи, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору, можуть вступити у справу до прийняття рішення господарським судом, подавши позов до однієї або двох сторін одразу. Це означає, що в таких справах може мати місце застосування засобів забезпечення позову у виді накладення арешту на майно як до позивача за первісним позовом (відповідача за позовом третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору), так і до відповідача за первісним позовом (відповідача як за первісним позовом, так і за позовом третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору).

¹³ Іванюта Н.В. Накладення арешту на майно як засіб забезпечення позову в корпоративних спорах // *Вісник господарського судочинства*. – 2011. – № 2. – С. 163.

¹⁴ У літературі зазначається, що відсутність у чинному господарсько-процесуальному законодавстві чіткого переліку обставин, які можуть бути підставами для забезпечення позову, є однією з причин існування суперечливої судової практики у застосуванні таких заходів (див.: Турчин С. Обґрунтованість заходів забезпечення позову у господарському процесі // *Юридична газета*. – 2009. – № 31–32. – С. 18). Більше того: аналіз кількох роз'яснень і листів Вищого господарського суду України щодо застосування заходів забезпечення позову дозволяє стверджувати, що судова практика також не має єдиної точки зору, які саме обставини можуть бути підставою для забезпечення позову в господарському процесі та якими доказами ці обставини мають підтверджуватись (див.: Булгакова І. В. Деякі питання забезпечення позову в господарському процесі // *Вісник господарського судочинства*. – 2005. – № 3. – С. 197–203; Турчин С. Обґрунтованість заходів забезпечення позову у господарському процесі // *Юридична газета*. – 2009. – № 31–32. – С. 18).

можливість припустити, що такий розгляд можливий і за участі, і без участі такої особи; 7) питання про порядок і строки інформування (зокрема, шляхом направлення копії ухвали) особи, на майно якої накладається арешт, в господарсько-процесуальному законодавстві також не врегульовано; 8) питання про порядок і строки виконання ухвали господарського суду про забезпечення позову, шляхом накладення арешту на майно відповідача, нормами розділу X ГПК України безпосередньо не врегульовано, що дає підстави стверджувати, що такі ухвали мають виконуватися на підставі загальних положень про виконання судових актів господарських судів. Так, у ст. 115 ГПК України визначено, що рішення, ухвали, постанови господарського суду, що набрали законної сили, є обов'язковими на всій території України і виконуються в порядку, встановленому ЗУ «Про виконавче провадження».

Завершуючи загальний огляд процедур арешту в цивільно-процесуальному та господарсько-процесуальному судочинстві, слід звернути увагу на те, що накладення арешту на майно відповідних осіб може здійснюватися не лише судами загальної юрисдикції (загальними та господарськими судами), а і третейськими судами, які відповідно до ст. 6 ЗУ «Про третейські суди» мають право розглядати спори, що виникають із цивільних та господарських правовідносин. При цьому ст. 40 ЗУ «Про третейські суди» дозволяє цим недержавним юрисдикційним органам вживати будь-яких засобів забезпечення позову (в т.ч. шляхом накладення арешту на майно відповідача) відповідно та у порядку, передбаченому цивільно-процесуальним і господарсько-процесуальним законодавством України.

Арешт майна боржника в межах процедури санації регламентується положеннями ст. 28 ЗУ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», яка застерігає, що з дня винесення ухвали про санацію арешт на майно боржника (власне, як і інші обмеження дій боржника щодо розпорядження його майном) може бути накладений лише в межах процедури санації у разі, якщо вони не перешкоджають виконанню плану санації та не суперечать інтересам конкурсних кредиторів.

Із цього випливає, що ЗУ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» не містить якихось специфічних підстав для накладення арешту на майно в межах процедури санації, а лише встановлює три обов'язкові правила щодо накладення арешту на майно таких суб'єктів господарювання: 1) арешт майна таких суб'єктів має здійснюватися лише в межах процедури санації; 2) арешт майна таких суб'єктів не повинен перешкоджати виконанню плану санації; 3) арешт майна таких суб'єктів не повинен суперечити інтересам конкурсних кредиторів.

Правом прийняття рішення про накладення арешту на майна боржника в межах процедури санації наділений лише той господарський суд, який розглядає справу про банкрутство цього боржника. Виконання такого рішення здійснюється на загальних господарсько-процесуальних підставах, передбачених ст. 115 ГПК України, тобто у порядку, встановленому ЗУ «Про виконавче провадження». З дня прийняття господарським судом постанови про визнання боржника банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури скасовується арешт, накладений на майно боржника, визнаного банкрутом, чи інші обмеження щодо розпорядження майном такого боржника.

Арешт майна фізичної особи на стадії порушення справи про банкрутство є ще одним видом накладення арешту на майно боржника, який здійснюється господарським судом в межах розгляду справи про банкрутство. Різниця полягає в тому, що в попередньому випадку (арешт майна боржника в межах процедури санації) йшлося про загальну процедуру банкрутства та загальні підстави накладення арешту на майно, а в цьому випадку йдеться про особливості банкрутства фізичних осіб і самостійну підставу для накладення арешту на майно.

Так, у ст. 91 ЗУ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», присвяченої розгляду господарським судом справи про банкрутство фізичної особи, говориться, що одночасно з прийняттям заяви про порушення справи про банкрутство фізичної особи господарський суд накладає арешт на майно фізичної особи, за винятком

майна, на яке згідно із законодавством України не може бути звернено стягнення, та майна, що перебуває в заставі з підстав, не пов'язаних із здійсненням такою особою підприємницької діяльності. За клопотанням фізичної особи господарський суд може звільнити з-під арешту майно (частину майна) у разі укладення договору поруки чи іншого забезпечення виконання зобов'язання фізичної особи третіми особами.

Із викладеного випливає, що накладення арешту на майно фізичної особи на стадії порушення справи про банкрутство є не правом господарського суду, а його обов'язком. При цьому законодавець встановлює обов'язок накласти арешт на все майно фізичної особи, за винятком того, про яке йдеться у ст. 91 ЗУ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Виконання такого рішення господарського суду також здійснюється у порядку, встановленому ЗУ «Про виконавче провадження» (ст. 115 ГПК України).

Арешт майна як результат розгляду окремої категорії адміністративних справ передбачено положеннями ст. 183-4 КАС України, яка встановлює особливості провадження у справах щодо накладення арешту на активи, що пов'язані з фінансуванням тероризму та стосуються фінансових операцій, зупинених відповідно до рішення, прийнятого на підставі резолюцій Ради Безпеки ООН, зняття арешту з таких активів та надання доступу до них. Накладення арешту на активи, що пов'язані з фінансуванням тероризму та стосуються фінансових операцій, зупинених відповідно до рішення, прийнятого на підставі резолюцій Ради Безпеки ООН, здійснюється на підставі адміністративного позову Голови СБУ або його заступника. Адміністративний позов щодо такого арешту подається до суду першої інстанції за підсудністю, встановленою КАС України, у письмовій формі та повинний містити реквізити, визначені в ч. 2 ст. 183-4 КАС України.

Постанова про арешт зазначеного майна або відмову в цьому приймається судом не пізніше наступного робочого дня з дня надходження

позову, розглянутого в закритому судовому засіданні за участю тільки заявника. Власник активів, що пов'язані з фінансуванням тероризму та стосуються фінансових операцій, зупинених відповідно до рішення, прийнятого на підставі резолюцій Ради Безпеки ООН, на які накладається арешт, не повідомляється про розгляд справи судом.

Судові рішення, що набрали законної сили, про накладення арешту на такі активи є остаточними та підлягають негайному виконанню (ч. 8 ст. 183-4, п. 8 ч. 1 ст. 256 КАС України). Примусове ж виконання такого рішення адміністративного суду, як і будь-якого іншого його рішення, здійснюється в порядку, встановленому ЗУ «Про виконавче провадження» (ч. 4 ст. 257 КАС України). При цьому в разі необхідності спосіб, строки і порядок його виконання можуть бути визначені і в самому судовому рішенні.

Арешт майна як засіб забезпечення кримінального провадження регламентується главою 17 КПК України.

В теорії кримінального процесу довго тривала дискусія щодо процесуального змісту та значення процедури арешту майна як засобу забезпечення цивільного позову і можливої конфіскації майна в кримінальному судочинстві. Одні процесуалісти стверджували, що накладення арешту в межах кримінального судочинства є слідчою дією, адже, виконуючи цю процедуру, слідчий чи орган дізнання не лише здійснював забезпечення цивільного позову або можливої конфіскації майна в кримінальному судочинстві, а і фіксував у відповідному протоколі та описі майна інформацію, яка має доказове значення (про спосіб життя, матеріальний стан тощо)¹⁵. Інші фахівці зазначали, що накладення арешту в межах кримінального судочинства є заходом процесуального примусу, а не слідчою дією¹⁶.

¹⁵ Быховский И.Е. Процессуальные и тактические вопросы системы следственных действий: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1976. – С. 7; Газетдинов Н.И. Деятельность следователя по возмещению материального ущерба: монография. – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1990. – С. 50; Кримінальний процес України: підручник / За ред. Ю.М. Грошевого, В.М. Хотенця. – Х.: Право, 2000. – С. 211.

¹⁶ Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное принуждение и его эффективность. Вопросы теории и практики / науч. ред. В.А. Малков. – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1981. – С. 95; Гришин С.П. Наложение ареста на имущество при производстве предварительного расследования: учеб. пособие. – Н. Новгород: ГВШ МВД СССР, 1991. – С. 7; Иванов А.Н., Лапин Е.С. Наложение ареста на имущество в уголовном судопроизводстве: монография. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. – С. 36–41; Руководство по

Остання позиція видається більш прийнятною, адже накладення арешту на майно підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного в кримінальному провадженні спрямоване не на отримання доказової інформації, а на забезпечення відшкодування заподіяної злочином шкоди, зокрема, шляхом задоволення цивільного позову або можливої конфіскації майна, а отже, за своїм змістом є заходом процесуального примусу. Інформація ж про спосіб життя, матеріальний стан тощо підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного, отримана в результаті цієї процесуальної дії, хоч і може мати значення для провадження, отримується відповідним суб'єктом, так би мовити, побічно. Саме ця точка зору знайшла закріплення в чинному КПК України, згідно з яким арешт майна визнано одним із заходів забезпечення кримінального провадження і, відповідно, не включено до переліку слідчих (розшукових) дій (глава 20 КПК).

Арештом майна визнається тимчасове позбавлення підозрюваного, обвинуваченого або осіб, які в силу закону несуть цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, можливості відчужувати певне його майно за ухвалою слідчого судді або суду до скасування арешту майна у встановленому порядку. Арешт майна може також¹⁷ передбачати заборону для особи, на майно якої накладено арешт, іншої особи, у володінні якої перебуває майно, розпоряджатися будь-яким чином таким майном та використовувати його. При цьому не допускається заборона використання житлового приміщення, в якому на законних підставах проживають будь-які особи.

расследованию преступлений: учебное пособие / Рук. авт. колл. А.В. Гриненко. – М.: Изд-во НОРМА, 2002. – С. 338; Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. – М.: Изд-во «Самарский университет», 2004. – С. 39; Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5-ти томах / За заг. ред. В. В. Сташиса. – Том 5: Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні. – Х.: Право, 2008. – С. 481; Дикарев І. Проблеми наложення арешта на имущество в уголовном процессе // Уголовный процесс. – 2009. – № 4. – С. 82; Гаюр І. Сутність накладення арешту на майно у кримінальному процесі // Підприємство, господарство і право. – 2009. – № 12. – С. 183–186.

¹⁷ Тому неточним (або принаймні занадто категоричним) слід визнати таке висловлювання: «Новим КПК заборонено особі, на майно якої накладено арешт, іншій особі, у володінні якої перебуває майно, будь-яким чином розпоряджатися таким майном та використовувати його» (Новий Кримінальний процесуальний кодекс України. Коментарі. Роз'яснення. Документи // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2013. – № 5. – С. 69).

Слідчий суддя або суд під час судового провадження накладає арешт на майно у вигляді речей, якщо є достатні підстави вважати, що вони відповідають критеріям, зазначеним у ч. 2 ст. 167 КПК. Йдеться про те, що ці речі: 1) підшукані, виготовлені, пристосовані чи використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення та (або) зберегли на собі його сліди; 2) надані особі з метою схилити її до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та (або) матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи як винагорода за його вчинення; 3) є предметом кримінального правопорушення, пов'язаного з їх незаконним обігом; 4) набуті в результаті вчинення кримінального правопорушення, доходи від них, або на які було спрямоване кримінальне правопорушення. Крім того, у випадку задоволення цивільного позову суд за клопотанням прокурора, цивільного позивача може вирішити питання про накладення арешту на майно для забезпечення цивільного позову до набрання судовим рішенням законної сили, якщо таких заходів не було вжито раніше.

Несвоєчасність накладення арешту на майно може стати причиною того, що на момент винесення вироку у підсудного просто не залишиться майна, на яке можна звернути стягнення¹⁸.

Арешт може бути накладено на нерухоме і рухоме майно, майнові права інтелектуальної власності, гроші у будь-якій валюті готівкою або у безготівковому вигляді, цінні папери, корпоративні права, які перебувають у власності підозрюваного, обвинуваченого або осіб, які в силу закону несуть цивільну відповідальність за шкоду, завдану діями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, і перебувають у нього або в інших фізичних, або юридичних осіб з метою забезпечення можливої конфіскації майна або цивільного позову.

¹⁸ Дикарев И. Проблемы наложения ареста на имущество в уголовном процессе // Уголовное право. – 2009. – № 4. – С.84.

Див. з цього приводу також: Ігнатенко В.В. Арешт майна: питання теорії та практики застосування органами досудового слідства України // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – Том 20 (59), № 1. – 2007. – С. 85–89; Мамутов В., Розовский Б. Некоторые экономико-правовые аспекты борьбы с преступностью // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 2. – С. 10–15.

Заборона на використання майна, а також заборона розпоряджатися таким майном можуть бути застосовані лише у випадках, коли їх незастосування може призвести до зникнення, втрати або пошкодження відповідного майна або настання інших наслідків, які можуть перешкодити кримінальному провадженню.

Згідно зі ст. 171 КПК України з клопотанням про арешт майна до слідчого судді, суду має право звернутися прокурор, слідчий за погодженням з прокурором, а з метою забезпечення цивільного позову – також цивільний позивач. У клопотанні слідчого, прокурора про арешт майна повинно бути зазначено: 1) підстави, у зв'язку з якими потрібно здійснити арешт майна; 2) перелік і види майна, що належить арештувати; 3) документи, що підтверджують право власності на майно, що належить арештувати. До клопотання також мають бути додані оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими слідчий, прокурор обґрунтовує доводи клопотання.

В клопотанні цивільного позивача, слідчого, прокурора про арешт майна підозрюваного, обвинуваченого, іншої особи для забезпечення цивільного позову повинно бути зазначено: 1) розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; 2) докази факту завдання шкоди і розміру цієї шкоди. Вартість майна, яке належить арештувати з метою забезпечення цивільного позову, повинна бути співмірною із розміром шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

Відповідно до ст. 172 КПК України клопотання про арешт майна розглядається слідчим суддею, судом не пізніше двох днів з дня його надходження до суду, за участю слідчого та (або) прокурора, цивільного позивача, якщо клопотання подано ним, підозрюваного, обвинуваченого, іншого власника майна, і за наявності – також захисника, законного представника. Клопотання слідчого, прокурора, цивільного позивача про арешт майна, яке не було тимчасово вилучене, може розглядатися без повідомлення підозрюваного, обвинуваченого, іншого власника майна, їх захисника, представника чи законного представника, якщо це є необхідним з метою забезпечення арешту майна.

Тут доречно пригадати, що відповідно до ст. 125 і ст. 126 попереднього КПК України арешт майна як засіб забезпечення цивільного позову і можливої конфіскації майна міг мати місце на будь-якій стадії кримінального процесу. При цьому на стадії дізнання це питання вирішувалось органом дізнання, на стадії досудового слідства – слідчим, а на подальших стадіях – виключно судом¹⁹. Накладення арешту на вклади зазначених вище осіб незалежно від стадії кримінального судочинства здійснювалось за рішенням суду.

У ст. 173 чинного КПК України зазначається, що слідчий суддя, суд відмовляють у задоволенні клопотання про арешт майна, якщо особа, що його подала, не доведе необхідність такого арешту. При вирішенні питання про арешт майна слідчий суддя, суд повинен враховувати: 1) правову підставу для арешту майна; 2) достатність доказів, що вказують на вчинення особою кримінального правопорушення; 3) розмір можливої конфіскації майна, можливий розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та цивільного позову; 4) наслідки арешту майна для інших осіб; 5) розумність та співрозмірність обмеження права власності завданням кримінального провадження. У разі задоволення клопотання слідчий суддя, суд застосовує найменш обтяжливий спосіб арешту майна. Слідчий суддя, суд зобов'язаний застосувати такий спосіб арешту майна, який не призведе до зупинення або надмірного обмеження правомірної підприємницької діяльності особи, або інших наслідків, які суттєво позначаються на інтересах інших осіб.

¹⁹ Значна частина процесуалістів вважала, що надання органу дізнання та слідчому права самостійно приймати, а також виконувати рішення про накладення арешту не сприяє забезпеченню прав і свобод учасників кримінального судочинства. Стверджувалось, що тільки суд повинен бути наділений правом, у т. ч. в досудовому провадженні приймати рішення про накладення арешту на майно фізичних та юридичних осіб, оскільки йдеться про обмеження конституційного права на власність (див., наприклад: Верхогляд О.В. Проблеми удосконалення процесуального порядку накладення арешту на майно // Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: матеріали наук. конф., 15 травня 2009 р. – Х.: Право, 2009. – С. 244–247; Гаюрі І.Й. Підстави накладення арешту на майно обвинуваченого // Держава і право: збірник наук. праць. – 2009. – № 46. – С. 502–505; Гаюрі І. Сутність накладення арешту на майно у кримінальному процесі // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 12. – С. 183–186; Гаюрі І. Про порядок накладення арешту на майно обвинуваченого у контексті обмеження конституційних прав особи // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 2. – С. 141–143).

Як бачимо, обґрунтування правової підстави проведення арешту активів юридичних осіб перемістився з кабінету слідчого до приміщення суду» (Дехтярьов С.В. Накладення арешту на поточні банківські рахунки юридичних осіб: проблеми кримінальної процесуальної регламентації // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2013. – Вип. 1. – С. 123).

У разі задоволення клопотання слідчий суддя, суд постановляє ухвалу, в якій зазначає: 1) перелік майна, яке підлягає арешту; 2) підстави застосування арешту майна; 3) перелік тимчасово вилученого майна, яке підлягає поверненню особі; 4) заборону розпоряджатися або користуватися майном у разі її передбачення та вказівку на таке майно; 5) порядок виконання ухвали.

Копія ухвали надсилається слідчому, прокурору, підозрюваному, обвинуваченому, іншим заінтересованим особам не пізніше наступного робочого дня після її постановлення. Ухвала про арешт майна виконується негайно слідчим, прокурором (ст. 175 КПК України)²⁰.

Арешт майна також може бути скасовано повністю чи частково ухвалою слідчого судді під час досудового розслідування чи суду під час судового провадження за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого, їх захисника чи законного представника, іншого власника або володільця майна, якщо вони доведуть, що в подальшому застосуванні цього заходу відпала потреба або арешт накладено необґрунтовано. Суд одночасно з ухваленням судового рішення, яким закінчується судовий розгляд, вирішує питання про скасування арешту майна. Суд скасовує арешт майна, зокрема, у випадку виправдання обвинуваченого, закриття кримінального провадження судом, непризначення судом покарання у виді конфіскації майна, залишення цивільного позову без розгляду або відмови в цивільному позові.

Беручи до уваги регламентацію арешту як попереднім, так і чинним кримінальним процесуальним законодавством, а так само призначення цього правового заходу, складно погодитись із висловленою у літературі²¹ пропозицією таким чином змінити ст. 388 КК України, щоб предметом передбаченого нею злочину було не лише арештоване майно, а і те майно, яке підлягає поверненню законним власникам. На нашу думку, це навряд чи потрібне дублювання понять.

²⁰ Див. з цього приводу також Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 квітня 2013 р. № 223-558/0/4-13 «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження».

²¹ 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. 149, 155.

Адміністративний арешт майна платника податків є винятковим способом забезпечення виконання платником податків його обов'язків, який може бути застосовано керівником уповноваженого державного органу²² (або його заступником) лише за наявності однієї з обставин, перелічених у пунктах 2 і 7 ст. 94 ПК України (якщо фізична особа, яка має податковий борг, виїжджає за кордон; якщо платник податків порушує правила відчуження майна, що перебуває у податковій заставі; у разі порушення правил, визначених митним законодавством України, тощо).

Фахівці звертають увагу на те, що адміністративний арешт майна платника податків (раніше – адміністративний арешт активів платника податків) виконує превентивну та припиняючу функції, адже дозволяє попередити виникнення або забезпечити погашення вже існуючої податкової заборгованості²³. Деякими авторами адміністративний арешт активів платників податків розглядається як один із пріоритетних способів боротьби зі злочинністю у сфері оподаткування²⁴. До речі, ще в літературі 20-х років ХХ ст. відзначалось, що платник, ухиляючись від сплати податків, може не лише протидіяти правильному його обкладанню і не сплачувати призначений йому податок, а і вживати заходів для того, щоб недоїмку з нього було стягнути неможливо. Мались на увазі такі вчинки несумлінних платників податків, як приховування і розтрата майна, переведення підприємства на ім'я іншої особи, повідомлення неправильних відомостей про майно податкового боржника²⁵.

Адміністративний арешт майна платника податків може бути повним або умовним. Повним арештом майна визнається заборона платнику податків на реалізацію прав розпорядження або користування його майном. Умовним

²² Наразі таким державним органом є Державна фіскальна служба України, положення про яку затверджене постановою КМУ від 21 травня 2014 р. № 236.

²³ Кириченко В.В. Способи забезпечення виконання податкового обов'язку: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ірпінь, 2005. – С. 12; Заболотній О. Порядок застосування адміністративного арешту активів платника податків // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 8. – С. 53–55; Дуравкін П.М. Забезпечення виконання податкового обов'язку: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2010. – С. 122–147.

²⁴ Рибій В., Коломієць В., Конишева Л. Практика застосування адміністративного арешту активів платників податків // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 3. – С. 109–110.

²⁵ Полянський Н.Н. Налоговые преступления по УК Азербайджанской ССР (напечатано по отдельному оттиску из «Изв. прав. фак. АГУ». – Баку: Изд-во АГУ, 1929) // Ваш налоговый адвокат. – 1998. – № 1. – С. 195–198.

арештом майна визнається обмеження платника податків щодо реалізації прав власності на таке майно, яке полягає в обов'язковому попередньому отриманні дозволу керівника відповідного державного органу на здійснення платником податків будь-якої операції з таким майном.

Говорячи про основні процесуальні моменти накладення цього виду арешту на майно, слід зазначити, що керівник уповноваженого державного органу (його заступник) за наявності однієї з обставин, визначених у пунктах 2 і 7 ст. 94 ПК України, приймає рішення про застосування арешту майна платника податків, яке надсилається: а) платнику податків з вимогою тимчасово зупинити відчуження його майна; б) іншим особам, у володінні, розпорядженні або користуванні яких перебуває майно такого платника податків, з вимогою тимчасово зупинити його відчуження. Арешт коштів на рахунку платника податків здійснюється виключно на підставі рішення суду шляхом звернення уповноваженого державного органу до суду.

Слід звернути увагу і на те, що обґрунтованість рішення керівника відповідного державного органу (його заступника) про накладення арешту на майно обов'язково має бути перевірена судом протягом 96 годин із моменту його прийняття. Крім цього, рішення керівника державного органу (його заступника) щодо арешту майна може бути оскаржене платником податків в адміністративному або судовому порядку.

Функції виконавця рішення про арешт майна платника податків покладаються на податкового керуючого або іншого працівника уповноваженого державного органу, призначеного його керівником (заступником). Виконавець рішення про арешт: а) надсилає рішення про арешт майна платнику податків та іншим особам, у володінні, розпорядженні або користуванні яких перебуває майно такого платника податків; б) організує опис майна платника податків.

Опис майна платника податків проводиться у присутності його посадових осіб чи їх представників (якщо йдеться про платника податків – юридичну особу), а також понятих. У разі ж відсутності посадових осіб платника податків

або їх представників опис його майна здійснюється у присутності понятих. Представникам платника податків, майно якого підлягає адміністративному арешту, роз'яснюються їх права та обов'язки. За результатами проведення опису майна платника податків складається протокол, який містить опис та перелік майна, що арештовується, із зазначенням назви, кількості, мір ваги та індивідуальних ознак та за умови присутності оцінювача, вартості, визначеної таким оцінювачем. Усе майно, що підлягає опису, пред'являється посадовим особам платника податків або їх представникам і понятим, а за відсутності посадових осіб або їх представників – понятим, для огляду.

Порядок збереження та охорони арештованого майна платника податків визначає та посадова особа уповноваженого державного органу, яка виконує рішення про адміністративний арешт такого майна.

Процедура накладення адміністративного арешту на майно платника податків детально вписана в Порядку застосування адміністративного арешту майна платника податків, затвердженому наказом Міністерства доходів і зборів України від 10 жовтня 2013 р. № 568.

Арешт майна як один з етапів звернення стягнення на майно боржника у виконавчому провадженні. Звернення стягнення на майно боржника є одним із заходів примусового виконання судових рішень, які стосуються майнової відповідальності боржника, та відповідно до ст. 52 ЗУ «Про виконавче провадження» полягає в його арешті, вилученні та примусовій реалізації. Із цього випливає, що процедура арешту майна, яка регламентується статтями 57–60 ЗУ «Про виконавче провадження», є одним з етапів цього процесу. Про те, що зазначеними вище статтями регламентується саме один з етапів звернення стягнення на майно боржника у виконавчому провадженні, а не загальний порядок накладення арешту, свідчить і назва глави 4 ЗУ «Про виконавче провадження» – «Загальний порядок звернення стягнення на майно боржника». Таку ж назву носить розділ IV Інструкції з організації примусового виконання рішень. «При вчиненні виконавчого провадження реалізується правозахисна функція держави, яка передбачає примусове виконання рішень

юрисдикційних органів відносно зобов'язаних за правовим актом осіб»²⁶.

Аналіз відповідних нормативних положень дозволяє виокремити такі основні аспекти арешту майна як одного з етапів звернення стягнення на майно боржника у виконавчому провадженні:

1. Арешт на майно боржника може накладатися державним виконавцем шляхом: а) винесення постанови про арешт коштів та інших цінностей боржника, що знаходяться на рахунках і вкладах чи на зберіганні у банках або інших фінансових установах; б) винесення постанови про арешт коштів, що перебувають у касі боржника або надходять до неї; в) винесення постанови про арешт майна боржника та оголошення заборони на його відчуження; г) проведення опису майна боржника і накладення на нього арешту.

2. Копії постанови державного виконавця про арешт коштів чи майна боржника надсилаються не пізніше наступного робочого дня після її винесення боржнику та банкам чи іншим фінансовим установам або органам, зазначеним у ст. 57 ЗУ «Про виконавче провадження».

3. Про проведення опису майна боржника і накладення на нього арешту державний виконавець складає акт опису та арешту майна боржника. Під час проведення опису та арешту майна боржника державний виконавець має право оголосити заборону розпоряджатися ним, а в разі потреби – обмежити права користування майном, здійснити опечатування або вилучити його у боржника та передати на зберігання іншим особам, про що зазначається в акті опису та арешту. Вид, обсяг і строк обмеження встановлюються державним виконавцем у кожному конкретному випадку з урахуванням властивостей майна, його значення для власника чи володільця, необхідності використання та інших обставин.

4. Майно, на яке накладено арешт, передається на зберігання боржникові або іншим особам, призначеним державним виконавцем, під розписку в акті опису. Копія акта опису майна видається боржнику, стягувачу, а в разі якщо обов'язок зберігання майна покладено на іншу особу, – також зберігачу.

²⁶ Щербак С.В. Адміністративно-правове регулювання виконавчого провадження в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 10.

Як зазначається в літературі, зберігачі майна боржника поряд з іншими особами, які залучаються до проведення виконавчих дій (спеціалістами, перекладачами, понятими тощо), є суб'єктами виконавчого провадження²⁷. Факт передачі майна може засвідчуватися актом державного виконавця або актом приймання-передавання майна.

Якщо опис і арешт майна здійснюються на виконання рішення про забезпечення позову, державний виконавець передає арештоване майно на зберігання боржнику або його представнику. Іншій особі майно на зберігання може бути передано лише у випадку відсутності боржника чи його відмови від прийняття майна на зберігання, а також у випадку, якщо судовим рішенням визначено іншу особу, якій необхідно передати майно на зберігання.

При цьому цінні папери, ювелірні та інші побутові вироби із золота, срібла, платини і металів платинової групи, дорогоцінного каміння і перлів, а також лом і окремі частини таких виробів, на які накладено арешт, підлягають обов'язковому вилученню і не пізніше наступного робочого дня передаються на зберігання установам НБУ, які зобов'язані прийняти їх на безоплатній основі. Порядок і умови їх зберігання визначаються Положенням про порядок і умови зберігання ювелірних та інших побутових виробів із золота, срібла, платини і металів платинової групи, дорогоцінного каміння і перлів, а також лому і окремих частин таких виробів, на які накладено арешт. Вказане Положення затверджене постановою Правління НБУ від 2 листопада 2005 р. № 409. Арешт на цінні папери накладається в порядку, встановленому законодавством про депозитарну систему України.

5. Зберігач арештованого майна може користуватися майном, переданим йому на зберігання, якщо особливості такого майна не призведуть до його знищення або зменшення цінності внаслідок користування.

6. У разі, якщо зберігачем призначено іншу особу, крім боржника або члена його сім'ї, він одержує за зберігання майна винагороду, розмір якої визначається угодою між зберігачем та державним виконавцем;

²⁷ Щербак С.В. Адміністративно-правове регулювання виконавчого провадження в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 10–11, 84, 151.

7. Акт опису та арешту майна підписується державним виконавцем, понятими, зберігачем майна, боржником та стягувачем, іншими особами, які були присутні при накладенні арешту на майно. Якщо описане майно передано на зберігання не боржникові, а іншій особі, акт опису й арешту майна складається в трьох примірниках. Перший залишається в провадженні державного виконавця, а інші вручаються зберігачеві майна та боржнику під розписку (на першому примірнику).

У разі необхідності після передачі майна на зберігання за постановою державного виконавця таке майно може бути передано на зберігання іншому зберігачу. У постанові зазначаються причина передачі майна іншому зберігачу, прізвище, ім'я та по батькові зберігача, який здійснював зберігання майна, та прізвище, ім'я та по батькові нового зберігача. Постанова підписується державним виконавцем. У постанові робиться попередження новому зберігачеві майна про кримінальну та іншу відповідальність, встановлену законодавством, за його розтрату, відчуження, приховування, підміну, пошкодження, знищення або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт. Копія постанови вручається новому зберігачу, до якої додається копія акта опису та арешту майна.

8. У разі необхідності (наявність інформації про псування майна тощо) державний виконавець до моменту передачі майна новому зберігачу може здійснити вихід за місцем зберігання майна для його огляду. Виявивши розтрату, відчуження, приховування, підміну, пошкодження, знищення переданого на зберігання майна або встановивши інші незаконні дії з відповідним майном, державний виконавець складає про це акт і звертається з поданням до правоохоронних органів для вирішення питання про притягнення зберігача описаного майна до відповідальності, передбаченої ст. 388 КК України.

Арешт майна (предметів, документів чи інших носіїв інформації), яке може бути доказом або джерелом доказів у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, може бути накладений державним уповноваженим, головою територіального відділення АКУ чи

уповноваженими ними працівниками АКУ або його територіальних відділень, а також господарським судом лише в тому разі, коли вилучити докази у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції на підставі частин 1–3 ст. 44 ЗУ «Про захист економічної конкуренції» немає можливості (п. 7 ч. 1 ст. 7 ЗУ «Про Антимонопольний комітет України», ч. 4 ст. 44 ЗУ «Про захист економічної конкуренції»).

При цьому слід мати на увазі, що на підставі розпорядження державного уповноваженого чи голови територіального відділення АКУ арешт може здійснюватися щодо будь-яких предметів та у будь-якому місці (в службових приміщеннях, транспортних засобах, що належать суб'єкту господарювання, на робочих місцях працівників тощо), крім тих, які розташовані у місцях проживання та інших володіннях осіб. У місцях проживання та інших володіннях осіб арешт такого майна може здійснюватися лише на підставі рішення господарського суду.

Про вилучення чи накладення арешту на майно, предмети, документи, інші носії інформації складається протокол, в якому, зокрема, зазначається перелік предметів, документів, інших носіїв інформації чи майна на які накладено арешт (тобто здійснюється опис такого майна). Цей протокол підписується двома уповноваженими працівниками АКУ, його територіальних відділень, які наклали арешт, а також особами, які були присутніми при накладенні арешту. У разі відмови осіб від підписання протоколу в ньому робиться запис про це. Копія протоколу про накладення арешту надається суб'єкту господарювання, документи, предмети, інші носії інформації якого арештовані, або вручається представнику суб'єкта господарювання.

Відповідно до ч. 7 ст. 44 ЗУ «Про захист економічної конкуренції» зберігання арештованих письмових та речових доказів забезпечують АКУ та його територіальні відділення. При цьому в абз. 2 вказаної статті зазначається, що за утаювання, розтрату чи втрату предметів, документів, інших носіїв інформації особи, яким вони передані на зберігання, несуть відповідальність, передбачену законом.

Завершення аналізу існуючих видів арешту майна дозволяє зробити висновок, що на території України існує низка суб'єктів, які наділені повноваженнями щодо прийняття рішення про накладення арешту на майно (суд, слідчий суддя, державний виконавець, керівник фіскального органу чи його заступник, державний уповноважений, голова територіального відділення АКУ чи уповноважені ними працівники АКУ), однак існує лише чотири процедури їх виконання.

Перша процедура передбачена статтями 57–60 ЗУ «Про виконавче провадження» та розділом IV Інструкції з організації примусового виконання рішень, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 2 квітня 2012 р. № 512/5, здійснюється Державною виконавчою службою²⁸ та застосовується у двох випадках:

а) у випадку прийняття державним виконавцем особистого рішення (постанови) про накладення арешту на майно боржника в процесі примусового виконання судового рішення, яке стосується майнової відповідальності боржника (тобто в процесі звернення стягнення на майно боржника);

б) у випадку прийняття судами України під час або в результаті розгляду цивільних, господарських, кримінальних і адміністративних справ рішення про накладення арешту на майно (з метою забезпечення позову, припинення протиправних дій, як запобіжний захід тощо).

Попри те, що в обох зазначених випадках процедура виконання рішення про накладення арешту є однаковою, слід пам'ятати, що: а) рішення про накладення арешту на майно в процесі здійснення процедури звернення стягнення на майно боржника приймається державним виконавцем особисто, а рішення про накладення арешту на майно у цивільному, господарському чи адміністративному судочинстві приймається виключно судом; б) головною метою накладення арешту на майно в процесі здійснення процедури звернення стягнення на майно боржника є безпосереднє виконання судових рішень, які

²⁸ Державна виконавча служба України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується та координується КМУ через Міністра юстиції та який реалізує державну політику у сфері організації примусового виконання рішень судів та інших органів чи посадових осіб. Положення про Державну виконавчу службу України затверджене постановою КМУ від 2 липня 2014 р. № 229.

стосуються майнової відповідальності боржника, а метою накладення арешту на майно як запобіжний захід, засіб забезпечення позову чи вид вирішення адміністративної справи – забезпечення суду необхідними доказами, можливості виконання майбутнього рішення та припинення протиправної діяльності, пов'язаної з фінансуванням тероризму; в) накладення арешту на майно в процесі здійснення процедури звернення стягнення на майно боржника є лише початковим етапом виконавчого провадження (звернення стягнення на майно боржника: арешт майна → вилучення майна → примусова реалізація майна), а виконання судового рішення про накладення арешту на майно є свідченням завершення виконавчого провадження; г) процедура накладення арешту на майно в процесі звернення стягнення на майно боржника описана статтями 57–60 ЗУ «Про виконавче провадження» та розділом IV Інструкції з організації примусового виконання рішень.

Друга процедура регламентується положеннями КПК України і полягає у виконанні слідчим, прокурором ухвали суду (слідчого судді)²⁹ про накладення арешту на майно підозрюваного чи обвинуваченого або осіб, які несуть за законом матеріальну відповідальність за їх дії, з метою забезпечення цивільного позову або можливої конфіскації майна в кримінальному провадженні.

Третя процедура врегульована приписами ст. 94 ПК України і полягає у виконанні працівником органу державної фіскальної служби (зокрема, податковим керуючим) рішення керівника податкового органу (його заступника) про накладення адміністративного арешту на майно платника податків.

Четверта процедура у загальних рисах описана у частинах 4–7 ст. 44 ЗУ «Про захист економічної конкуренції» та полягає у виконанні уповноваженими працівниками АКУ чи його територіальних відділень рішення державного уповноваженого чи голови територіального відділення АКУ про накладення

²⁹ Не враховуючи законодавчих змін, пов'язаних з ухваленням у 2012 р. КПК України, О.М. Лагнюк при визначенні поняття майна, на яке накладено арешт, до органів та осіб, уповноважених ухвалювати рішення про арешт, продовжує відносити орган дізнання і слідчого (див.: Лагнюк О. Об'єкт і предмет незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації (ст. 388 КК України) // Підприємництво, господарство і право. – 2013. – № 3. – С. 92).

арешту на майно (предмети, документи чи інші носії інформації), яке може бути доказом або джерелом доказів у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Разом з тим, як свідчить аналіз норм, що регламентують порядок виконання рішень про накладення арешту на майно, всі чотири зазначені процедури мають кілька спільних ознак, адже вимагають від виконавця: 1) описати арештоване майно; 2) вжити заходів щодо заборони його відчуження та оголосити про таку заборону власнику майна; 3) вжити заходів щодо передачі арештованого майна на зберігання його власнику чи іншим особам; 4) повідомити зберігача майна про його обов'язок вживати всіх заходів щодо охорони арештованого майна та про юридичну відповідальність за вчинення протиправних дій з таким майном.

З усього наведеного випливає, що процедуру арешту майна можна розглядати в трьох аспектах:

1) лише як процедуру прийняття рішення уповноваженим суб'єктом (судом, державним виконавцем, керівником податкового органу чи його заступником тощо) щодо накладення арешту на майно;

2) лише як процедуру виконання рішення про накладення арешту на майно уповноваженим на це суб'єктом (зокрема, державним виконавцем, слідчим, працівником органу державної фіскальної служби);

3) як загальну та послідовну діяльність зазначених вище суб'єктів, спрямовану на прийняття та реалізацію рішення про арешт майна.

Оскільки в диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України йдеться не просто про арештоване майно, а про арештоване майно, яке *ввірено* винному (а ввіреність може мати місце лише на стадії виконання рішення про арешт майна), є всі підстави вважати, що в межах цього монографічного дослідження нас цікавить саме останній підхід до визначення цієї правової категорії.

Вважаємо тому, що **арешт майна** – це процедура, здійснювана уповноваженим на це суб'єктом (державним виконавцем, слідчим, прокурором, працівником органу державної фіскальної служби, уповноваженими

працівниками АКУ чи його територіальних відділень) на підставі відповідного рішення (суду, слідчого судді, державного виконавця, керівника фіскального органу чи його заступника, державного уповноваженого чи голови територіального відділення АКУ)³⁰ у порядку, визначеному кримінальним процесуальним, податковим, антимонопольним законодавством і законодавством про виконавче провадження, яка полягає в описі такого майна, забороні його відчуження, передачі на зберігання, а також повідомленні зберігача арештованого майна про його обов'язки та юридичну відповідальність за вчинення протиправних дій з ним. Крім того, в разі потреби (з точки зору державного виконавця) або прямої вказівки на це в рішенні суду (слідчого судді) арешт майна може супроводжуватися обмеженням права власника користуватися арештованим майном або вилученням його у власника та передачею на зберігання іншим особам.

Як бачимо, виконання рішення про арешт майна за українським законодавством може здійснювати щонайменше п'ять категорій суб'єктів: державний виконавець, слідчий, прокурор, працівник фіскального органу та уповноважений працівник АКУ чи його територіальних відділень. У зв'язку з цим не можна погодитися з тими правниками, які визначають арешт майна як процесуальну дію, вчинювану виключно державним виконавцем³¹. Водночас мають рацію дослідники, які наголошують на тому, що усі види арешту майна об'єднує наявність однієї спільної ознаки, а саме забезпечення збереження (схоронності) матеріальних цінностей³². Можна сказати і так: арешт майна становить собою процесуальну дію, яка виражається в ідентифікації, забезпеченні збереження і доступності майна, а також у попередженні можливості незаконного розпорядження майном або оборонення його

³⁰ Оскільки рішення про арешт майна уповноважений ухвалювати не лише суд, неточним (або принаймні позбавленим універсальності) слід визнати запропоноване М.Й. Штефаном визначення арешту майна як судового обмеження свободи власника майна розпоряджатися ним до визначення його дальшої долі (див.: Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1998 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cyclop.com.ua/content/view/968/58/1/3/#4189>).

³¹ Чабан С. Арешт майна боржника // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 11. – С. 28–30; Буга Г. С. Накладення арешту на майно, або грошові кошти як один із видів забезпечення позову // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2009. – № 1. – С. 305–315.

³² Гульїй А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 18.

на користь третіх осіб³³.

Запропоноване вище визначення поняття «арешт майна» є, так би мовити, загальним, адже процедури арешту коштів на банківському рахунку, банківських металів та арешту цінних паперів мають свою, притаманну лише їм специфіку.

Арешт коштів на банківському рахунку та банківських металів. Відповідно до положень ст. 59 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» арешт на майно або кошти банку, що знаходяться на його рахунках, арешт на кошти та інші цінності юридичних або фізичних осіб, що знаходяться в банку, здійснюються виключно за постановою державного виконавця чи рішенням суду про стягнення коштів або про накладення арешту в порядку, встановленому законом. Зупинення власних видаткових операцій банку за його рахунками, а також видаткових операцій за рахунками юридичних або фізичних осіб здійснюється лише в разі накладення арешту відповідно до ч. 1 ст. 59 ЗУ «Про банки і банківську діяльність», крім випадків, передбачених ЗУ «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму».

Слід зазначити, що законодавець відносно нещодавно виправив колізію, яка мала місце в українському законодавстві, що регламентувало процедуру арешту коштів на банківському рахунку. Йдеться про те, що раніше в ч. 1 ст. 59 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» зазначалося, що арешт на кошти та інші цінності юридичних або фізичних осіб, що знаходяться в банку, здійснюється виключно за рішенням суду. І це при тому, що ЗУ «Про виконавче провадження» такими повноваженнями наділяв і державних виконавців. На практиці це призвело до істотних проблем у сфері виконавчого провадження (зокрема, мали місце ситуації, коли: банки та інші фінансові установи постанови державних виконавців про накладення арешту коштів на рахунках клієнтів залишали без виконання; коли фінансові установи здійснювали арешт

³³ Виноградов Д.Ю. Незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту (уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Тюмень, 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lawtheses.com/nezakonnye-deystviya-v-otnoshenii-imuschestva-podvergnutogo-opisi-ili-adresatu>

коштів на підставі постанови державного виконавця, а клієнти цих установ зверталися до суду з вимогою звільнити такі кошти з-під арешту). На цю колізію неодноразово зверталася увага в літературі. Зокрема, висловлювалася пропозиція щодо усунення цієї колізії шляхом доповнення ч. 1 ст. 59 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» та п. 10.1 Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті після слів «за рішенням суду» словами «або на підставі постанови державного виконавця»³⁴. Ця пропозиція врешті-решт була прийнята законодавцем.

Порядок виконання банками заходів щодо арешту коштів на рахунках клієнтів у національній валюті регламентовано положеннями Глави 10 Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затвердженої постановою Правління НБУ від 21 січня 2004 р. № 22. Так, в абз. 2 підпункту 10.1 цього документа зазначається, що виконання банком арешту коштів, що зберігаються на рахунку клієнта, здійснюється за постановою державного виконавця чи рішенням суду (в т. ч. ухвалою, постановою, наказом, виконавчим листом суду) про стягнення коштів або про накладення арешту в порядку, установленому законом.

Арешт за постановою державного виконавця або за рішенням суду накладається на кошти, що обліковуються за рахунками, відкритими клієнтами в банку, відповідно до нормативно-правових актів НБУ, що регулюють порядок відкриття та використання рахунків. Арешт на підставі документа про арешт коштів може бути накладений на всі кошти, що є на всіх рахунках клієнта банку, без зазначення конкретної суми, або на суму, що конкретно визначена в цьому документі. Якщо в документі про арешт коштів не зазначений конкретний номер рахунку клієнта, на кошти якого накладений арешт, але обумовлено, що арешт накладено на кошти, що є на всіх рахунках, то для забезпечення суми, визначеної цим документом, арешт залежно від наявної суми накладається на кошти, що обліковуються на всіх рахунках клієнта, які відкриті в банку, або на кошти на одному чи кількох рахунках.

³⁴ Оболенева О. Особливості накладення арешту на кошти, що знаходяться на рахунках суб'єктів господарювання // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 4. – С. 73–75

Залежно від наявності чи відсутності коштів на рахунку клієнта, на кошти якого накладено арешт, банк здійснює такі дії: а) якщо на рахунку є кошти в сумі, що визначена документом про арешт коштів, банк арештовує їх на цьому рахунку та продовжує виконання операцій за рахунком клієнта. Документ про арешт коштів банк обліковує на відповідному позабалансовому рахунку; б) якщо на рахунку клієнта недостатньо визначеної документом про арешт коштів суми коштів, банк арештовує на цьому рахунку наявну суму коштів, обліковує цей документ на відповідному позабалансовому рахунку і не пізніше ніж наступного робочого дня письмово повідомляє орган, який надіслав документ про арешт коштів, про недостатність коштів для його виконання; в) якщо на рахунку клієнта немає коштів для забезпечення виконання документа про арешт коштів, банк обліковує його на відповідному позабалансовому рахунку і не пізніше ніж наступного робочого дня письмово повідомляє орган, який надіслав документ про арешт коштів, про відсутність коштів для його виконання.

Під час дії документа про арешт коштів банк протягом операційного дня відповідно до ст. 59 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» зупиняє видаткові операції за рахунком клієнта та здійснює арешт усіх надходжень на рахунок клієнта до забезпечення суми коштів, що зазначена в документі про арешт коштів, або до отримання передбачених законодавством документів про зняття арешту з коштів.

Порядок накладення арешту на кошти в іноземній валюті, а також банківських металів регламентується приписами глави 6 Положення про порядок виконання банками документів на переказ, примусове списання і арешт коштів в іноземних валютах та банківських металів, затвердженого постановою Правління НБУ від 28 липня 2008 р. № 216. Із норм цього підзаконного акту випливає, що уповноважений банк зобов'язаний прийняти до виконання документ про арешт усіх коштів та банківських металів за всіма видами валют і банківських металів із зазначенням суми (маси) або без зазначення суми (маси) за кожним видом валют чи банківських металів, або із

зазначенням загальної суми в національній валюті за всіма видами валют і банківських металів клієнта (банку), або коштів та банківських металів за окремим видом валют та банківських металів із зазначенням суми (маси) за ним (ними) або без зазначення суми (маси). Уповноважений банк виконує документ про арешт щодо тих рахунків (коррахунків) і лише тих видів валют та (або) банківських металів, які зазначені в цьому документі.

Залежно від низки обставин (наявності чи відсутності коштів на рахунку клієнта, виду валюти, змісту документа про арешт тощо) уповноважений банк здійснює такі дії: 1) якщо до уповноваженого банку надходить документ про арешт із зазначенням виду валюти або банківського металу, коштів або банківських металів за яким достатньо на поточному рахунку клієнта/коррахунку банку для виконання цього документа, уповноважений банк обліковує документ про арешт на відповідному позабалансовому рахунку та арештовує кошти в іноземній валюті або банківські метали на рахунку клієнта/коррахунку банку в сумі/масі, що зазначена в документі про арешт, і продовжує здійснювати операції за рахунком клієнта/коррахунком банку в межах суми/маси, що перевищує суму/масу арешту; 2) якщо до уповноваженого банку надходить документ про арешт із зазначенням виду валюти або банківського металу, коштів або банківських металів за яким немає на поточному рахунку клієнта/коррахунку банку, уповноважений банк обліковує документ про арешт на відповідному позабалансовому рахунку і не пізніше наступного робочого дня письмово повідомляє орган, який надіслав документ про арешт, про відсутність коштів за цим видом валют або банківських металів; 3) якщо до уповноваженого банку надходить документ про арешт із зазначенням виду валюти або банківського металу, коштів або банківських металів за яким недостатньо на поточному рахунку клієнта/коррахунку банку для виконання цього документа, уповноважений банк обліковує документ про арешт на відповідному позабалансовому рахунку, а також арештовує наявні кошти в іноземній валюті або банківські метали за кожним із зазначених видів валют або банківських металів і не пізніше наступного робочого дня письмово

повідомляє орган, який надіслав документ про арешт, про недостатність коштів за цим видом валют або банківських металів; 4) якщо згідно з документом про арешт накладається арешт на всі види валют та банківських металів, що зберігаються на рахунках клієнта/коррахунках банку, уповноважений банк обліковує документ про арешт на відповідному позабалансовому рахунку і не виконує видаткових операцій за рахунками клієнта/коррахунками банку, на кошти та/або банківські метали на яких накладено арешт, у межах сум/маси, зазначених у документі про арешт, до отримання передбачених законодавством України документів про зняття арешту з коштів та/або банківських металів; 5) якщо згідно з документом про арешт накладається арешт на всі види валют і банківських металів, що зберігаються на рахунках клієнта/коррахунках банку, у тому числі й на національну валюту, і, крім того, загальну суму, яка підлягає арешту, зазначено в національній валюті (без конкретних сум за кожним видом валют або банківських металів), то з метою забезпечення арешту суми, зазначеної в документі про арешт, уповноважений банк обліковує вищезазначений документ про арешт на відповідному позабалансовому рахунку й арештовує кошти в іноземній та національній валюті, банківські метали на рахунках клієнта/коррахунках банку за кожним видом валют та банківських металів.

Виходячи з викладеного, можна зробити висновок про те, що **арешт коштів на банківському рахунку та банківських металів** – це процедура, здійснювана уповноваженим банком або іншою фінансовою установою на підставі постанови державного виконавця або рішення суду (у порядку, визначеному нормативно-правовими актами НБУ), яка полягає в комплексі дій, спрямованих на забезпечення постійної наявності на рахунку (рахунках) клієнта або коррахунку банку відповідної (арештованої) суми коштів або маси банківських металів (обліковується документ про арешт на відповідному позабалансовому рахунку, зупиняються видаткові операції в межах арештованої суми, арештовуються усі надходження на рахунок клієнта до забезпечення суми коштів, що зазначена в документі про арешт, тощо).

Арешт цінних паперів. Загалом арешт на цінні папери застосовується:

а) для забезпечення збереження майна боржника у вигляді цінних паперів, яке підлягає наступній передачі стягувачу або реалізації; б) на виконання рішення суду про конфіскацію майна боржника; в) на виконання ухвали суду про накладення арешту на майно, що належить відповідачу.

Нормативне забезпечення процедури накладення арешту на цінні папери складає ЗУ «Про виконавче провадження» та Порядок накладення арешту на цінні папери, затверджений постановою КМУ від 22 вересня 1999 р. № 1744. Із змісту цих нормативно-правових актів випливає, що арешт може бути накладено на будь-які цінні папери незалежно від їх виду та форми випуску як одного власника, так і кількох співвласників.

Для накладення арешту на цінні папери державний виконавець відповідно до законодавства виносить окрему постанову або в постанові про відкриття виконавчого провадження зазначає факт накладення арешту на майно. У разі накладення арешту на іменні цінні папери у документарній формі копія постанови надсилається реєстратору або емітенту, що веде реєстр власників іменних цінних паперів згідно із законодавством (реєстроутримувачу), а у разі накладення арешту на цінні папери, випущені у бездокументарній формі, або знерухомлені цінні папери – зберігачу, а також іншим особам, визначеним законодавством про виконавче провадження. Цінні папери, на які накладено арешт, підлягають опису в порядку, передбаченому статтями 57–60 ЗУ «Про виконавче провадження» та Інструкцією з організації примусового виконання рішень. У процесі проведення опису цінних паперів складається акт за встановленою формою, в якому зазначається їх вид, найменування випуску, категорія та кількість.

Виявлені під час опису іменні цінні папери у документарній формі та цінні папери на пред'явника у документарній формі, на які накладено арешт, підлягають обов'язковому вилученню та негайній передачі на зберігання до установ НБУ. Крім того, іменні цінні папери у документарній формі обмежуються в обігу шляхом їх блокування реєстроутримувачем на особовому

рахунку власника невідкладно після отримання копії відповідної постанови державного виконавця. Блокування полягає в припиненні реєстрації переходу права власності на іменні цінні папери, обтяжені зобов'язаннями.

Цінні папери, випущені у бездокументарній формі, та знерухомлені цінні папери, на які накладено арешт, обмежуються в обігу шляхом здійснення зберігачем відповідної облікової операції невідкладно після отримання копії постанови державного виконавця. У цьому разі частина або вся кількість цінних паперів на рахунку власника обмежується в обігу шляхом виконання відповідного облікового запису.

Таким чином, що *арешт цінних паперів* – це процедура, здійснювана державним виконавцем разом із реєстроутримувачем або зберігачем (на підставі рішення суду, державного виконавця тощо), яка полягає в: а) описі цінних паперів, їх вилученні та негайній передачі на зберігання до установ НБУ, а також в обмеженні в обігу шляхом їх блокування реєстроутримувачем на особовому рахунку власника (у разі арешту цінних паперів у документарній формі або цінних паперів на пред'явника у документарній формі); б) описі цінних паперів та обмеженні в обігу шляхом здійснення зберігачем відповідної облікової операції (у разі арешту цінних паперів, випущених у бездокументарній формі, або знерухомлених цінних паперів).

Опис майна. Із наведеного вище аналізу випливає, що процедура виконання рішення компетентного органу про накладення арешту на речі матеріального світу завжди починається з його опису. Ця обставина свідчить про існування нерозривного зв'язку між арештом майна та його описом, адже арешт речей без їх опису неможливий. Як підкреслюється в літературі, опис майна існує в будь-якій галузі права, в якій передбачаються такі процесуальні заходи, як арешт або конфіскація майна³⁵. У зв'язку зі сказаним виникає резонне питання: чи існує процедура опису майна поза процедурою його арешту?

Відповідь на це питання має неабияке значення як з точки зору правильного тлумачення ознак складу розглядуваного злочину, так і з погляду

³⁵ Демин Ю. М. Преступления против правосудия: лекция. – М.: ЦКиНМОКП МВД России, 2000. – С. 15.

конструювання диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України. Йдеться про те, що негативна відповідь на поставлене питання ставитиме під сумнів обґрунтованість використання в диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України словосполучення «або яке описано».

Так, у попередній редакції ч. 1 ст. 50 ЗУ «Про виконавче провадження» зазначалось, що звернення стягнення на майно боржника полягає в його арешті (описі), вилученні та примусовій реалізації. А фахівці Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ, посилаючись на ст. 126 попереднього КПК, зробили висновок про те, що поняття «арешт майна» та «опис майна» за своїм змістом рівнозначні, і що опису підлягає майно, на яке накладається арешт. У зв'язку з цим, на їх переконання, вживання в ч. 1 ст. 388 КК України слів «або яке описано» є зайвим³⁶.

До речі, через те, що у ч. 1 ст. 312 КК РФ йдеться про незаконні дії у т. ч. стосовно майна, підданого опису або арешту, в російській юридичній літературі висловлюється аналогічна думка – про невдалість з погляду законодавчої техніки словосполучення «опису або арешту». Адже арешт майна завжди супроводжується його описом, а це свідчить про надмірність термінів. Стверджується також, що в диспозиції норми, яка передбачає кримінальну відповідальність за незаконні дії з майном, на яке було накладено арешт, яке описане чи підлягає конфіскації, достатньо було зробити вказівку тільки на арешт майна³⁷. Близькою до цього є думка Л.В. Лобанової про те, що використання в цьому разі сполучника «або» означає не альтернативу ознак, а прагнення законодавця підкреслити те, що йдеться про майно, описане саме при накладенні на нього арешту³⁸. Інші науковці натомість вважають, що

³⁶ Див.: Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (реєстраційний № 5311 від 25 березня 2004 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-a>

³⁷ Преступления против правосудия / под ред. А.В. Галаховой. – М.: Норма, 2005. – С. 287; Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки РФ А.И. Коробеева. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – Т. V: Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. – С. 296; Оленьчев Ю.А. Некоторые проблемы объективной стороны состава преступления, предусмотренного частью 1 статьи 312 «Незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи и аресту либо подлежащего конфискации» УК РФ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.vestnik-mgou.ru/Articles/Doc/4336>

³⁸ Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 416 (автор главы – Л.В. Лобанова).

законодавець РФ має рацію, оскільки опис майна не завжди супроводжується (не завжди пов'язаний) його арештом і конфіскацією (наприклад, це має місце у випадку охорони нотаріусом спадкового майна)³⁹.

З'ясовуючи поставлене питання, ми встановили, що чинне законодавство України регламентує і такі процесуальні дії уповноважених суб'єктів, коли опис майна здійснюється поза процедурою його арешту.

Так, згідно з ч. 1 ст. 61 ЗУ «Про нотаріат» для охорони спадкового майна нотаріуси та посадові особи органів місцевого самоврядування провадять опис майна та передають його на зберігання спадкоємцям або іншим особам. При цьому такий опис, як свідчить регулятивне законодавство, не є складовою частиною арешту, а є самостійною юридично значущою дією нотаріуса (прирівняної до неї особи).

Детальна регламентація цієї процедури міститься у статтях 60–65 ЗУ «Про нотаріат», главі 9 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5, та Порядку вчинення нотаріальних дій посадовими особами органів місцевого самоврядування, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 11 листопада 2011 р. № 3306/5. Із названих нормативно-правових актів можна виокремити такі основні аспекти вказаної процедури: 1) опис спадкового майна (як засіб його охорони в інтересах спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів або держави) здійснюється нотаріусами або посадовими особами органів місцевого самоврядування на підставі повідомлень громадян, підприємств, установ, організацій або на підставі рішення суду про оголошення фізичної особи померлою чи за власною ініціативою; 2) такий опис здійснюється за участю зацікавлених осіб, якщо вони того бажають, і не менше як двох свідків (при цьому присутність виконавця заповіту при здійсненні опису спадкового майна є обов'язковою); 3) акт опису має відповідати вимогам, які викладено в Порядку вчинення

³⁹ Бриллиантов А.В., Косевич Н.Р. Настольная книга судьи: преступления против правосудия. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 423–424; Гулый А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 10, 16–18, 81–82.

нотаріальних дій нотаріусами України, та містити, зокрема, докладну характеристику (назва, розмір, номер, рік випуску, колір, сорт та інше) та оцінку кожного з перерахованих у ньому предметів та процент їх зносу; 4) оцінка описаних предметів (з урахуванням їх зносу) провадиться нотаріусом та особами, які брали участь в описі спадкового майна, а житлових будинків – виходячи з відновної чи страхової (у місцевостях, де інвентаризація не проведена) оцінки; 5) на кожній сторінці акта опису підводиться підсумок кількості речей (предметів) та їх вартості, а після закінчення опису – загальний підсумок кількості речей (предметів) і їх вартості. При цьому до акта опису включається все майно, яке є в будинку (квартирі) померлого; 6) у кінці акта опису зазначається прізвище, ім'я, по батькові, рік народження охоронця, якому передано на зберігання майно, найменування документа, який посвідчує його особу, номер, дата видачі, найменування установи, що видала документ, місце проживання цієї особи; 7) акт опису складається не менше ніж у трьох примірниках; усі примірники підписуються нотаріусом, зацікавленими особами, свідками та охоронцем, якому передано на зберігання спадкове майно; один примірник акта опису видається охоронцю спадкового майна; 8) нотаріус попереджає охоронця та інших осіб, яким передано на зберігання спадкове майно, про кримінальну відповідальність у разі розтрати або його приховування, а також про матеріальну відповідальність за заподіяну шкоду.

Опис майна поза процедурою його арешту може мати місце і у випадку передачі майна платника податків у податкову заставу. Так, за наявності підстав, зазначених у пунктах 1–2 ч. 1 ст. 89 ПК України, керівник відповідного державного органу має право прийняти рішення про передачу майна платника податків, яке перебуває в його власності, господарському віданні або оперативному управлінні, в податкову заставу та здійснення у зв'язку з цим його опису. Акт опису майна, на яке поширюється право податкової застави, складається податковим керуючим у порядку та за формою, що передбачені розділом II Порядку застосування податкової застави органами доходів і зборів, затвердженого наказом Міністерства доходів і зборів України від 10 жовтня

2013 р. № 572. Акти опису майна реєструються в журналі реєстрації актів опису майна. Акт опису майна, на яке поширюється право податкової застави, складається податковим керуючим. У разі відмови платника податків від підписання акта опису майна такий опис здійснюється у присутності не менш як двох понять. До акта опису насамперед включається ліквідне майно, яке можливо використати як джерело погашення податкового боргу. У разі якщо балансову вартість такого майна не визначено, його опис здійснюється за результатами оцінки, яка проводиться відповідно до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні».

Опис майна незалежно від процедури його арешту передбачено і частинами 5–6 ст. 78 ЗУ «Про виконавче провадження», які вимагають від державного виконавця під час здійснення виселення боржника здійснити опис його майна, яке за необхідності (а в разі відсутності боржника – обов'язково) передається для відповідального зберігання особі, визначеній державним виконавцем.

Крім зазначених вище випадків, опис майна поза процедурою його арешту може здійснюватися, зокрема, на підставі положень ст. 139 ЦПК України в межах вирішення питання про зберігання тих речових доказів, які не зберігаються у справі. Щоправда, остання процедура має вельми опосередковане відношення до ст. 388 КК України (а отже, до нашого дослідження), адже ст. 139 ЦПК України не вимагає (хоча й не заперечує такої можливості) від суду передачі такого майна на зберігання тій чи іншій особі. Повторимо, що в межах аналізу ст. 388 КК України нас цікавить лише те описане майно, яке було ввірене винному, тобто передане йому на зберігання.

Наведені вище положення щодо процедури арешту майна (яка, як вже було зазначено, включає в себе і опис майна) та процедури опису майна, що здійснюється поза процедурою його арешту, дозволяють зробити такі узагальнюючі висновки щодо розглядуваної правової категорії:

1. Опис майна за своєю суттю є процедурою внесення компетентними органами до акта опису майна переліку речей із зазначенням точної назви

кожної з них, їх кількості та індивідуально-визначених характеристик (вага, метраж, розмір, форма, колір, товарний знак, дата випуску, ступінь зносу тощо). В окремих випадках процедура опису майна може вимагати відображення і низки інших даних – додаткових характеристик цього майна, інформації про власника тощо.

2. Опис майна за своєю юридичною природою може виступати як: 1) перша стадія виконання рішення про накладення арешту на майно; 2) засіб охорони спадкового майна; 3) засіб виконання рішення про передачу майна платника податків у податкову заставу; 4) засіб обліку та охорони майна боржника, який виселяється; 5) засіб обліку та охорони речових доказів.

3. Правом здійснювати опис майна наділені: 1) державний виконавець (статті 57–60 ЗУ «Про виконавче провадження»); 2) суд, слідчий суддя (глава 17 КПК України); 3) працівник державного фіскального органу (ст. 94 ПК України); 4) нотаріуси та посадові особи органів місцевого самоврядування (статті 60–65 ЗУ «Про нотаріат», Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, Порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами органів місцевого самоврядування); 5) податковий керуючий (пункти 1–2 ч. 1 ст. 89 ПК України, розділ II Порядку застосування податкової застави органами доходів і зборів).

З огляду на сказане, обмежувально і загалом неточно тлумачить поняття описаного майна В.А. Головчук, який пише: «Описаним майном є майно, яке відповідно до Кримінально-процесуального кодексу України та Закону України «Про виконавче провадження» описано слідчим чи державним виконавцем з метою забезпечення фактичного виконання судового рішення та на яке накладено арешт відповідно до протоколу або акта опису і арешту майна»⁴⁰.

В літературі можна зустріти визначення поняття опису майна як процедури «фіксування майнового стану особи, що застосовується при арешті

⁴⁰ Головчук В.А. Кримінально-правова охорона порядку виконання судових рішень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 10.

Так само визначається описане майно в іншій праці згаданого автора (див.: Головчук В. Предмет та суб'єкт незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації, потребують розширення // Право України. – 2010. – № 1. – С. 194).

майна, а також для забезпечення збереження майна, не пов'язаного з його арештом або конфіскацією»⁴¹. Вважаємо більш точним і конкретним таке визначення: **опис майна** – це процедура, здійснювана уповноваженим суб'єктом (державним виконавцем, нотаріусом, посадовою особою органів місцевого самоврядування, податковим керуючим тощо) з метою виконання рішення про арешт майна, про охорону спадкового майна, про передачу майна платника податків у податкову заставу, про виселення боржника та про охорону речових доказів, яка полягає у внесенні до акта опису майна (протоколу) переліку речей із зазначенням точної назви кожної з них, їх кількості та індивідуально-визначених характеристик.

Встановлення змісту понять «арешт майна» та «опис майна» дозволяє перейти до характеристики такого поняття, як застава майна.

Проаналізувавши національне законодавство, покликане забезпечувати процедуру застави майна в Україні, ми встановили, що вона досить детально регламентована положеннями статей 572–593 ЦК України (параграф 6 «Застава» глави 49 «Забезпечення виконання зобов'язання» книги 5 «Зобов'язальне право» ЦК України), нормами ЗУ «Про заставу» та ЗУ «Про іпотеку», ст. 164 Кодексу торговельного мореплавства України.

Так, згідно з останнім із вказаних кодексів у певних випадках перевізник має право застави на вантаж, що перевозиться. Право застави припиняється у випадках: 1) видачі вантажу одержувачу; 2) задоволення забезпечених заставою вимог перевізника; 3) прийняття перевізником іншого належного забезпечення. Перевізник має право в порядку, передбаченому законодавством, продати вантаж, що є предметом застави, попередньо повідомивши про це відправника або фрахтувальника, а також одержувача.

Із змісту вказаних нормативно-правових актів випливає, що **застава майна** – це спосіб забезпечення зобов'язань (якщо інше не встановлено законом), в силу якого кредитор (заставодержатель) має право в разі невиконання боржником (заставодавцем) зобов'язання, забезпеченого

⁴¹ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 29.

заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника (право застави). Застава майна може виникати як на підставі договору, так і на підставі закону або рішення суду. Нею може бути забезпечена будь-яка дійсно існуюча або майбутня вимога, що не суперечить законодавству України, зокрема, така, що впливає з договору позики, кредиту, купівлі-продажу, оренди, перевезення вантажу тощо. При цьому застава завжди має похідний характер від забезпеченого нею зобов'язання.

Застава може проводитися шляхом: 1) фізичного переходу заставленого майна у володіння та користування заставодавця; 2) накладання певних знаків, які свідчать про заставу, на індивідуально визначену річ, що знаходиться в заставодавця, який зберігає контроль над такою річчю; 3) передачі заставленого рухомого майна заставодержателю, що не завжди означає фізичний перехід майна. Так, згідно зі ст. 44 ЗУ «Про заставу» за угодою заставодержателя із заставодавцем предмет закладу може бути залишений у заставодавця під замком і печаткою заставодержателя для зберігання.

Застава нерухомого майна, що залишається у володінні заставодавця або третьої особи, називається іпотекою, а застава рухомого майна, що передається у володіння заставодержателя або за його наказом – у володіння третій особі, називається закладом. Детальна регламентація іпотеки як одного з основних видів застави майна міститься в ЗУ «Про іпотеку».

Предметом застави може бути будь-яке майно (зокрема річ, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставодавцем і на яке може бути звернене стягнення (у т. ч. те майно, яке заставодавець набуде після виникнення застави). При цьому слід ураховувати, що згідно з ч. 4 ст. 576 ЦК України і ст. 4 ЗУ «Про заставу» предметом застави не можуть бути: а) культурні цінності, що є об'єктами права державної чи комунальної власності і занесені або підлягають занесенню до Державного реєстру національного культурного надбання; б) пам'ятки культурної спадщини, занесені до Переліку пам'яток культурної спадщини, що не підлягають приватизації; в) вимоги, які мають особистий

характер, а також інші вимоги, застава яких заборонена законом; г) об'єкти державної власності, приватизація яких заборонена законодавчими актами, а також майнові комплекси державних підприємств та їх структурних підрозділів, що знаходяться у процесі корпоратизації.

У випадках, коли предметом застави є нерухоме майно, космічні об'єкти, транспортні засоби, що підлягають державній реєстрації, договір застави повинен бути нотаріально посвідчений на підставі відповідних правовстановлюючих документів. Слід зазначити, що законодавством України можуть бути передбачені і інші випадки нотаріального посвідчення договору застави. Крім того, угодою сторін може бути передбачено нотаріальне посвідчення договору застави і в тих випадках, коли це не є обов'язковим відповідно до законодавства України, але на цьому наполягає одна зі сторін.

Договір застави повинен бути укладений виключно в письмовій формі. Недотримання вимог щодо форми договору застави та його нотаріального посвідчення тягне за собою недійсність договору з наслідками, передбаченими законодавством України. При цьому в зазначеному договорі визначаються суть, розмір та строк виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, опис предмета застави, а також інші умови, відносно яких за заявою однієї зі сторін повинна бути досягнута угода.

Заставодавець має право користуватися та розпоряджатися предметом застави лише за умов, що таке користування та розпорядження здійснюються з дотриманням вимог ст. 586 ЦК України та ст. 17 ЗУ «Про заставу» (наприклад, заставодавець може відчужувати заставлене майно тільки за згодою заставодержателя).

У разі невиконання зобов'язання, забезпеченого заставою, заставодержатель набуває право звернення стягнення на предмет застави (тобто задовольнити в повному обсязі свою вимогу, що визначена на момент фактичного задоволення, включаючи сплату процентів, неустойки, відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, необхідних витрат на утримання заставленого майна, а також витрат, понесених у зв'язку із

пред'явленням вимоги, якщо інше не встановлено договором, за рахунок предмета застави). Звернення стягнення на предмет застави здійснюється державним виконавцем на підставі рішення суду (якщо інше не встановлено договором або законом).

Слід звернути увагу на те, що особа, яка володіє предметом застави, зобов'язана (якщо інше не встановлено договором): 1) вживати заходів, необхідних для збереження предмета застави (включаючи своєчасне проведення поточного ремонту, відновлення незначних пошкоджень, раціональну експлуатацію та захист предмета іпотеки від незаконних посягань та вимог інших осіб); 2) утримувати предмет застави належним чином; 3) негайно повідомляти другу сторону договору застави про виникнення загрози знищення або пошкодження предмета застави (ст. 587 ЦК України, ст. 10 ЗУ «Про іпотеку»).

Заставодавець, який володіє предметом застави, у разі втрати, псування, пошкодження або знищення заставленого майна з його вини зобов'язаний замінити або відновити це майно, якщо інше не встановлено договором. Заставодержатель, який володіє предметом застави, у разі втрати, псування, пошкодження або знищення заставленого майна з його вини зобов'язаний відшкодувати заставодавцю завдані збитки.

Продовжуючи розгляд питання про заставу майна, слід зазначити, що надаючи дефініцію цій категорії, ми зазначили, що застава майна – це спосіб забезпечення зобов'язань, *якщо інше не встановлено законом*.

Таким законом, зокрема, є ПК України, згідно з п. 1 ст. 88 якого з метою забезпечення виконання платником податків своїх обов'язків, визначених ПК України, майно платника податків, який має податковий борг, передається у *податкову заставу*. Право податкової застави виникає у разі: а) несплати у строки, встановлені ПК України, суми грошового зобов'язання, самостійно визначеної платником податків у податковій декларації, – з дня, що настає за останнім днем зазначеного строку; б) несплати у строки, встановлені ПК України, суми грошового зобов'язання, самостійно визначеної

контролюючим органом, – з дня виникнення податкового боргу. Порядок передачі майна в податкову заставу регламентується положеннями статей 88–93 ПК України та приписами згаданого вище Порядку застосування податкової застави органами доходів і зборів. З аналізу цих нормативно-правових актів, а також актів цивільного законодавства випливає, що податкова застава має суттєві відмінності від застави як засобу забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань.

Головна відмінність полягає в тому, що застава майна як засіб забезпечення виконання зобов'язань є добровільним актом учасників цивільних і господарських відносин, який оформляється договором на підставі вільного волевиявлення його сторін, а передача майна в податкову заставу – це примусовий захід, який застосовується керівником відповідного державного органу до платника податків, який не виконав своїх обов'язків.

Із положень ст. 573 ЦК України випливає, що заставою як засобом забезпечення виконання зобов'язань може бути забезпечена вимога, яка *лише може виникнути в майбутньому*. Податкова ж застава, навпаки, може мати місце лише в тому разі, якщо платник податків *вже порушив* свій обов'язок щодо сплати обов'язкових платежів. Тобто якщо в першому випадку головним призначенням застави є недопущення порушення обов'язків учасника цивільних чи господарських відносин, то в другому – стимулювання виконання вже порушеного обов'язку. Крім того, якщо право застави як засобу забезпечення виконання зобов'язань виникає з моменту укладення письмового договору застави чи його нотаріального посвідчення, то право податкової застави виникає згідно з ПК України та не потребує письмового оформлення.

Між цими процедурами мають місце і інші змістовні та процедурні відмінності (наприклад, майно, що передається в податкову заставу, обов'язково має бути описане, а щодо заставленого майна як засобу забезпечення виконання зобов'язань такого обов'язку не встановлено; факт передачі майна в податкову заставу завжди реєструється у відповідному реєстрі, а факт передачі майна в «звичайну» заставу – лише в окремих випадках).

Таким чином, **податкова застава майна** – це специфічний спосіб забезпечення виконання податкового зобов'язання платника податків, не погашеного у строк, яке здійснюється податковим керуючим на підставі рішення керівника відповідного державного органу та полягає в описі такого майна, накладенні певних обмежень щодо вчинюваних операцій із ним, а також у реєстрації цього факту у відповідному реєстрі.

Підсумовуючи проведений аналіз категорії «застава майна», можна зробити висновок про те, що в чинному законодавстві України це поняття використовується у двох значеннях: 1) як вид забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань; 2) як специфічний спосіб забезпечення виконання податкового зобов'язання платника податків, не погашеного у встановлений строк.

При цьому слід мати на увазі, що згадування податкової застави у контексті аналізу ст. 388 КК, вочевидь, позбавлене сенсу, оскільки відповідно до положень ПК України і Порядку застосування податкової застави органами доходів і зборів такій заставі завжди передуює опис майна. Описане ж майно є (було і раніше) самостійним предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК.

Принагідно зауважимо, що відчуження майна, яке перебуває в податковій заставі, здійснене без попереднього узгодження з фіскальним органом, якщо воно було в цьому разі обов'язковим, не може розцінюватись як передбачене ст. 212 КК ухилення від сплати податків і зборів і (залежно від обставин) може кваліфікуватись, зокрема, за нормами КК про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності⁴². Варто розрізняти, з одного боку, ухилення від сплати податків і зборів як злочин, що визнається закінченим з наступного дня після настання строку, до якого мав бути сплачений податковий платіж, та, з іншого, невиконання обов'язку (ухилення) щодо погашення податкового боргу.

Якщо фіскальний орган протягом десяти днів з моменту отримання звернення не надав платнику податків відповіді щодо надання (ненадання)

⁴² Докладніше про це див.: Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: монографія. – К.: Істина, 2006. – С. 243–297; 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. 384–396.

згоди на відчуження майна, поведінка платника податків (його службової особи) в частині відчуження майна, яке перебуває в податковій заставі, вважається правомірною і не повинна тягнути за собою кримінальної відповідальності.

Якщо майно, на яке поширюється право податкової застави, було включено у складений податковим керуючим акт опису, в розглядуваній ситуації не виключається застосування ч. 1 ст. 388 КК України.

Так, саме за цією кримінально-правою нормою кваліфікував Недригайлівський районний суд Сумської області дії директора ТОВ «Рубанське», який без дозволу податкової служби продав належне підприємству майно (сільськогосподарську продукцію), описане податковим керуючим з метою погашення податкового боргу⁴³. Гроші від незаконного відчуження описаного майна керівник ТОВ витратив на виплату заробітної плати працівникам і на погашення договірних зобов'язань підприємства⁴⁴.

Знаючи про те, що майно очолюваного ним підприємства перебуває у податковій заставі, і податковим керуючим проведено опис цього майна, директор ТОВ-ВП «Віннспецпостач» в порушення вимог ст. 89 ПК без погодження з ДПІ у м. Вінниці за допомогою грошових чеків зняв із розрахункового рахунку підприємства, відкритого в «УкрСиббанку», грошові кошти на загальну суму 232 700 грн., які використав на особисті потреби, а не на погашення податкового боргу підприємства. Вінницький міський суд кваліфікував вказані дії службової особи за ч. 1 ст. 388 КК України як розтрату заставленого майна, вчинену особою, якій це майно ввірено⁴⁵.

Таку ж кримінально-правову оцінку дав Голосіївський районний суд м. Києва діям генерального директора ЗАТ ВКФ «Добрий друк», який без попередньої згоди органу державної податкової служби шляхом укладення договорів купівлі-продажу незаконно реалізував за грошові кошти майно ЗАТ

⁴³ На момент вчинення інкримінованих дій відповідний опис майна регламентувався положеннями ЗУ від 21 грудня 2000 р. «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами».

⁴⁴ Архів Недригайлівського районного суду Сумської області. Справа № 1-41 за 2007 р.

⁴⁵ Архів Вінницького міського суду Вінницької області. Справа № 206/5211/2012 за 2013 р.

ВКФ «Добрий Друк», що було описане податковим керуючим, – фальцмашину «HeidelbergStahlfolder KD 66 ProLine», упаковочну машину «Junior 2000», машину для висічки та тиснення «ТУМК 720», паперорізальну машину «Polar-78 ED», проволкошвейну машину «Exact», автомат для безшовного скріплення блоків термоклеєм «BB-3001», друкувальну машину «HeidelbergPrintmaster GTO 52-1»⁴⁶.

Звернемо увагу на те, що поняття застави відоме і чинному кримінальному процесуальному законодавству: ст. 176 КПК України серед інших запобіжних заходів називає заставу. У ст. 182 КПК зазначається, що застава полягає у внесенні коштів у грошовій одиниці України на спеціальний рахунок, визначений в порядку, встановленому КМУ⁴⁷, з метою забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього обов'язків, під умовою звернення внесених коштів у доход держави в разі невиконання цих обов'язків. Застава може бути внесена як самим підозрюваним, обвинуваченим, так і іншою фізичною або юридичною особою (заставадавцем). При застосуванні запобіжного заходу у вигляді застави підозрюваному, обвинуваченому роз'яснюються його обов'язки і наслідки їх невиконання, а заставадавцю – у вчиненні якого кримінального правопорушення підозрюється чи обвинувачується особа, передбачене законом покарання за його вчинення, обов'язки із забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого та його явки за викликом, а також наслідки невиконання цих обов'язків. Розмір застави повинен достатньою мірою гарантувати виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього обов'язків та не може бути завідомо непомірним для нього.

Розмір застави визначається у таких межах: 1) щодо особи, підозрюваної чи обвинуваченої у вчиненні злочину невеликої або середньої тяжкості, – від одного до двадцяти розмірів мінімальної заробітної плати; 2) щодо особи, підозрюваної чи обвинуваченої у вчиненні тяжкого злочину, – від двадцяти до

⁴⁶ Архів Голосіївського районного суду м. Києва. Справа № 752/14247/13-к за 2013 р.

⁴⁷ Порядок внесення коштів на спеціальний рахунок у разі застосування застави як запобіжного заходу затверджений постановою КМУ від 18 січня 2012 р. № 27.

вісімдесяти розмірів мінімальної заробітної плати; 3) щодо особи, підозрюваної чи обвинуваченої у вчиненні особливо тяжкого злочину, – від вісімдесяти до трьохсот розмірів мінімальної заробітної плати. У виключних випадках, якщо слідчий суддя, суд встановить, що застава у зазначених межах не здатна забезпечити виконання особою, що підозрюється, обвинувачується у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину, покладених на неї обов'язків, застава може бути призначена у розмірі, який перевищує вісімдесят чи триста розмірів мінімальної заробітної плати, відповідно.

У разі невиконання обов'язків заставодавцем, а також, якщо підозрюваний, обвинувачений, будучи належним чином повідомлений, не з'явився за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду без поважних причин чи не повідомив про причини своєї неявки, або якщо порушив інші покладені на нього при застосуванні запобіжного заходу обов'язки, застава звертається в дохід держави та зараховується до спеціального фонду Державного бюджету України і використовується у порядку, встановленому законом для використання коштів судового збору. Питання про звернення застави в дохід держави вирішується слідчим суддею, судом за клопотанням прокурора або за власною ініціативою суду в судовому засіданні за участю підозрюваного, обвинуваченого, заставодавця, в порядку, передбаченому для розгляду клопотань про обрання запобіжного заходу. Застава, що не була звернена в дохід держави, повертається підозрюваному, обвинуваченому, заставодавцю після припинення дії цього запобіжного заходу. При цьому застава, внесена підозрюваним, обвинуваченим, може бути повністю або частково звернена судом на виконання вироку в частині майнових стягнень. Застава, внесена заставодавцем, може бути звернена судом на виконання вироку в частині майнових стягнень тільки за його згодою.

Вчинення злочину, караного за ч. 1 ст. 388 КК України, щодо майна, заставленого в порядку, передбаченому КПК України, видається неможливим, адже йдеться про кошти, які внесено на відповідний рахунок (спеціальний депозитний рахунок суду, відкритий в органах Державного казначейства) та які

конкретній фізичній особі не ввіряються. При цьому диспозиція ч. 1 ст. 388 КК вимагає, щоб заставлене майно було ввірене винному. На користь висновку про те, що зазначені кошти не повинні вважатись заставленим майном як предметом аналізованого злочину, вказує також історія розроблення та ухвалення ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг». Тобто у цьому випадку має місце лише термінологічна тотожність, яка не повинна братись до уваги при застосуванні ст. 388 КК України.

Таким чином, не дивлячись на те, що в українському законодавстві передбачено кілька процедур застави майна, з точки зору кваліфікації за ст. 388 КК під заставленим слід розуміти майно, яке було заставлене в порядку, передбаченому цивільним законодавством України, для забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань.

Переходячи до розгляду поняття «конфіскація майна», слід зазначити, що згідно з ч. 6 ст. 41 Конституції України конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом.

Розвиток цих положень знаходимо у ст. 354 ЦК України, в якій визначено, що до особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. При цьому зазначається, що конфісковане майно переходить у власність держави безоплатно, а її обсяг і порядок встановлюються відповідним законодавством. Виходить, що конфіскація в загально-правовому сенсі характеризується такими ознаками: 1) безоплатність вилучення майна; 2) предмети, що конфіскуються, перебувають у власності суб'єкта на законних підставах; 3) результатом застосування конфіскації є перехід права власності на майно від того чи іншого суб'єкта до держави; 4) конфіскація призначається тільки за рішенням суду. Відповідно, всі інші випадки вилучення майна, звернення його у дохід держави чи інших суб'єктів, тощо конфіскацією йменуватись не повинні (нижче буде показано, що в Україні це не завжди так).

Дослідивши низку законів України, які регламентують цю процедуру, ми встановили, що згідно з вітчизняним законодавством існують такі види конфіскації майна:

- 1) конфіскація майна як вид стягнення за порушення митних правил;
- 2) конфіскація майна як вид адміністративного стягнення;
- 3) конфіскація майна як вид додаткового покарання;
- 4) спеціальна конфіскація.

Розглянемо ці види конфіскації більш докладно.

Конфіскація майна як вид стягнення за порушення митних правил. Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 461 МК України за порушення митних правил може бути накладена конфіскація товарів і транспортних засобів комерційного призначення – безпосередніх предметів порушення митних правил, товарів, транспортних засобів із спеціально виготовленими сховищами (тайниками), що використовувалися для приховування товарів – безпосередніх предметів порушення митних правил від митного контролю (крім транспортних засобів комерційного призначення, які використовуються виключно для перевезення пасажирів і товарів через митний кордон України за визначеними маршрутами та рейсами, що здійснюються відповідно до розкладу руху на підставі міжнародних договорів, укладених відповідно до закону), а також транспортних засобів, що використовувалися для переміщення товарів – безпосередніх предметів порушення митних правил через митний кордон України поза місцем розташування митного органу.

Відповідно до ст. 465 МК конфіскація як адміністративне стягнення за порушення митних правил полягає у примусовому вилученні товарів, транспортних засобів, зазначених у п. 3 ст. 461 МК, і безоплатній передачі їх у власність держави. При цьому моторні транспортні засоби та несамохідні транспортні засоби, що буксируються ними, розглядаються як самостійні об'єкти конфіскації. Конфіскація може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, що визначаються МК та іншими законами України. Конфіскація товарів, транспортних засобів, зазначених у п. 3 ст. 461

МК, застосовується незалежно від того, чи є ці товари, транспортні засоби власністю особи, яка вчинила правопорушення.

Відповідно до ст. 541 МК постанова суду (судді) про накладення адміністративного стягнення за порушення митних правил у частині конфіскації виконується державним виконавцем в установленому законом порядку. У разі неможливості конфіскації товарів, транспортних засобів, зазначених у п. 3 ст. 461 МК, з осіб, які вчинили порушення митних правил, державним виконавцем за рішенням суду в установленому законом порядку може стягуватися вартість цих товарів, транспортних засобів.

Конфіскація майна як вид адміністративного стягнення. Виходячи з положень п. 4 ч. 1 ст. 24 КпАП України, за вчинення адміністративних правопорушень може застосовуватись таке адміністративне стягнення, як конфіскація: а) предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення; б) грошей, одержаних унаслідок вчинення адміністративного правопорушення. При цьому конфіскація майна може застосовуватись і як основне, і як додаткове адміністративне стягнення.

Конфіскація предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення, полягає в примусовій безоплатній передачі цього предмета у власність держави за рішенням суду. Конфісковано може бути лише предмет, який перебуває в приватній власності порушника, якщо інше не передбачено законами України. Конфіскація вогнепальної зброї, інших знарядь полювання і бойових припасів не може застосовуватись до осіб, для яких полювання є основним джерелом існування.

Постанови про конфіскацію предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення, та грошей, одержаних внаслідок вчинення адміністративного правопорушення, виконуються державними виконавцями в порядку, встановленому законом (статті 313, 314 КпАП України). Виконання постанови про конфіскацію предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення, грошей, одержаних внаслідок вчинення

адміністративного правопорушення, здійснюється шляхом вилучення конфіскованого предмета і примусового безоплатного звернення цього предмета у власність держави.

Конфіскація майна як вид додаткового покарання. Відповідно до ст. 59 КК України конфіскація майна полягає в примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого, і встановлюється тільки за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини лише як додаткове покарання і тільки у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині КК України. Із цього можна робити висновок, що конфіскація майна як вид додаткового кримінального покарання може бути повною та частковою.

Слід зазначити, що конфіскація майна належить до числа найдавніших покарань, відомих кримінальному праву. Спочатку як реалізація приватної помсти, а згодом і як вид покарання вона була відома в Стародавній Греції і Стародавньому Римі. «Потік і розгарбування», які згадуються в «Руській Правді», окремі дослідники також розглядають як вид конфіскації⁴⁸. Широко застосовувалася ця міра і в середні віки. В епоху буржуазних революцій в Європі склалося різко критичне ставлення до цієї міри покарання як такої, що підриває «святість» та «недоторканність» права приватної власності. Зокрема, у Франції конфіскація була скасована в 1790 р., тобто відразу ж після перемоги першої буржуазної революції, при Наполеоні відновлена, а в 1814 р. знову скасована. У Пруссії конфіскація майна як міра кримінального покарання була скасована в 1850 р.⁴⁹ Щодо колишнього СРСР, то практика вилучення у винного в межах виконання кримінального покарання всього належного йому майна, а не лише предметів, зв'язок яких із вчинення злочинів був доказаний, сформувалася в 30-роки минулого

⁴⁸ Взаимодействие международного и сравнительного уголовного права: учеб. пособие / Науч. ред. проф. Н.Ф. Кузнецова; отв. ред. проф. В.С. Комиссаров. – М.: Издательский дом «Городец», 2009. – С. 109.

⁴⁹ Докладніше про розвиток такого виду покарання, як конфіскація майна, див., зокрема: Цимбал П., Гарбовський Л. Конфіскація майна в Україні: історико-правовий аспект // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 2. – С. 116–121; Марисюк К.Б. Кримінально-правова політика у сфері майнових покарань в Україні: монографія. – Львів: «Тріада плюс», 2013. – 404 с.

століття в руслі політики, яка проводилась у той час в країні⁵⁰.

Згідно з чинним кримінальним законодавством України конфіскації підлягає лише майно, яке є особистою власністю майна засудженого або часткою у спільній власності. У вирокі має бути зазначено, конфіскується все майно або його частина; причому потрібно уточнити, яка саме частина, або перелічити відповідні предмети (п. 19 постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінальних покарань»).

Із міркувань гуманізму не підлягають конфіскації предмети, необхідні засудженому, членам його сім'ї та особам, які перебувають на його утриманні. Перелік майна, яке не підлягає конфіскації, встановлюється законом України і становить на сьогодні додаток до КК України. Положення цього Переліку відзначаються зайвою деталізацією та архаїчністю, а тому конче потребують перегляду (осучаснення)⁵¹. Майно, вказане у згаданому Переліку, предметом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, визнатись не повинне.

До умов призначення покарання у виді конфіскації майна слід віднести наступне: 1) вказівка на можливість застосування такого виду покарання у санкції заборонної норми, яка описує вчинений винним злочин (у санкціях конфіскація майна може бути передбачена як обов'язкове або факультативне додаткове покарання); 2) вчинений злочин є тяжким або особливо тяжким; 3) вчинений злочин є корисливим; 4) винний є особою, яка досягла 18-річного віку; 5) майно, що підлягає конфіскації, є власністю винного.

Згідно з попередньою редакцією ч. 2 ст. 59 КК України конфіскація майна встановлювалась лише за ті тяжкі та особливо тяжкі злочини, які є корисливими. На підставі ЗУ від 7 жовтня 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини» ч. 2 ст. 59 КК України

⁵⁰ Михайлов В.И. Институт конфискации имущества в международном праве и некоторые тенденции его развития в законодательстве государств СНГ // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. – Вип. 15. – Х.: Вид-во «Кроссруд», 2008. – С. 282.

⁵¹ Назимко Є. Пропозиції щодо вдосконалення Переліку майна, яке не підлягає конфіскації за судовим вирокіом // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 1. – С. 108–110; Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву України: монографія. – Х.: Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 294–296.

викладено в новій редакції, і тепер конфіскація майна як вид покарання встановлюється не лише за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини, а і за злочини проти основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості.

Конфіскація майна «встановлюється не за всі із кола тяжких і особливо тяжких злочинів, а виключно корисливі з них...»⁵². Разом з тим у чинному КК України трапляються випадки, коли має місце неузгодженість (колізія) між статтею Загальної частини КК України, присвяченою конфіскації майна як додатковому покаранню, з одного боку, і санкціями конкретних статей Особливої частини КК, з іншого, а саме: конфіскація майна передбачається за злочини, які не завжди вчиняються з корисливих спонукань (з корисливою метою). Наприклад, у ч. 3 ст. 212 КК України конфіскація майна фігурує як обов'язкове додаткове покарання при тому, що мотиви ухилення від сплати податків і зборів можуть бути різними: це – не лише корисливі спонукання, а і, наприклад, бажання задовольнити виробничі потреби суб'єкта господарювання або виплатити заробітну плату працівникам, прагнення продемонструвати відданість засновникам господарського товариства, кар'єризм, помста, бажання скомпрометувати керівника або власника підприємства.

Незважаючи на визначальну роль санкції у призначенні покаранні, вона не завжди дає повне (вичерпне) уявлення про покарання, яке може бути призначене винуватій особі. Законодавчо визначені межі призначення покарання і санкція норми Особливої частини КК – це, як відомо, поняття, що не збігаються.

На думку В.О. Навроцького, з якою ми погоджуємося, колізії між нормами Загальної та Особливої частин КК України мають вирішуватися шляхом надання пріоритету тим положенням, які закріплено в Загальній частині КК України⁵³. Це обумовлено тим, що норми Загальної частини КК України містять основоположні (загальні для всіх норм Особливої частини

⁵² Собко Г.М. Конфіскація за кримінальним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 120.

⁵³ Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 409.

КК України) положення (правила), які і існують для того, щоб всі норми Особливої частини КК України конструювалися та застосовувалися однаково.

Таким чином, якщо злочин було вчинено за відсутності корисливого мотиву, суд згідно з ч. 2 ст. 59 КК України не вправі призначити винуватому конфіскацію майна, навіть якщо це покарання передбачено санкцією статті Особливої частини КК, за якою засуджується особа⁵⁴. У тому разі, коли відповідно до тієї чи іншої санкції застосування конфіскації є обов'язковим, однак злочин вчинено особою не з корисливих мотивів, призначення їй конфіскації майна буде безпідставним, а вирок – незаконним⁵⁵. Такої ж позиції дотримується наразі ВСУ⁵⁶.

Помилкою є непризначення покарання у виді конфіскації майна з тієї причини, що майно не було нажите злочинним шляхом⁵⁷. Полемізуючи з Т.В. Непомнящою, котра стверджує, що конфіскації підлягає саме те майно, яке здобуто злочинним шляхом, а не в процесі трудової діяльності⁵⁸, Н.О. Лопашенко цілком слушно заважує, що конфіскація як вид покарання застосовується щодо всього майна засудженого. Вчинення ним тяжкого або особливо тяжкого корисливого злочину зовсім не виключає того, що до цього засуджений вів законослухняний спосіб життя⁵⁹.

Ю.А. Пономаренко також наголошує на тому, що при застосуванні конфіскації майна особа, яка вчинила злочин, обмежується у праві власності на певне майно, яке вона придбала на законних підставах. Вимога про законність походження майна пояснюється тим, що лише на таке майно може виникнути право власності, яке і вражається конфіскацією. Не погоджуючись з точкою зору, згідно з якою конфіскацію як покарання необхідно застосовувати не тільки щодо майна, яке є власністю засудженого, а і майна, переданого у власність інших

⁵⁴ Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: монография. – Х.: Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 303.

⁵⁵ Музика А.А., Горох О.П. Покарання за незаконний обіг наркотичних засобів: монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2010. – С. 103.

⁵⁶ Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 8. – С. 9–11.

⁵⁷ Гальперин И.М., Мельникова Ю.Б. Дополнительные наказания. – М.: Юрид. лит., 1981. – С. 56.

⁵⁸ Непомнящая Т.В. Назначение уголовного наказания: теория, практика, перспективы. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – С. 652.

⁵⁹ Лопашенко Н.А. Уголовная политика. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – С. 175.

фізичних або юридичних осіб (О.П. Горох), Ю.А. Пономаренко слушно зазначив, що конфіскація майна як вид покарання підлягає застосуванню лише щодо майна, яке належить на праві власності злочинцю. Разом з тим правочини, на підставі яких майно передавалось засудженим іншим особам, можуть бути визнані фіктивними, наслідком чого стає повернення майна у власність засудженого, і тільки після цього воно може бути конфісковане⁶⁰.

Говорячи про виконання розглядуваного виду покарання, слід зазначити, що згідно зі ст. 48 КВК України суд, який постановив вирок, що передбачає як додаткове покарання конфіскацію майна, після набрання ним законної сили надсилає виконавчий лист, копію опису майна і копію вироку для виконання Державній виконавчій службі, про що сповіщає відповідну фінансову установу. У разі відсутності у справі опису майна засудженого надсилається довідка про те, що опису майна не проводилося. Виконання покарання у виді конфіскації майна здійснюється ДВС за місцезнаходженням майна відповідно до ЗУ «Про виконавче провадження». Конфіскація майна в разі її неможливості не може бути замінена іншими покарання.

У ст. 49 КВК України зазначається, що конфіскації підлягає майно, що є власністю засудженого, в т. ч. його частка у спільній власності, статутному фонді суб'єктів господарської діяльності, гроші, цінні папери та інші цінності, включаючи ті, що знаходяться на рахунках і на вкладах чи на зберіганні у фінансових установах, а також майно, передане засудженим у довірче управління. Не підлягає конфіскації майно, що належить засудженому на правах приватної власності чи є його часткою у спільній власності, необхідне для засудженого та осіб, які перебувають на його утриманні.

Конфіскацію майна як вид покарання в теорії кримінального права інколи називають загальною (тотальною) конфіскацією, і саме на адресу цього покарання багато нарікань висловлюється в кримінально-правовій літературі. Вивчивши низку праць, присвячених аналізу цього виду покарання, ми

⁶⁰ Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: монография. – Х.: Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 289–292.

встановили, що чимало сучасних науковців⁶¹ зробили висновок про потребу виключення загальної конфіскації майна із системи покарань, передбачених кримінальним законом. На користь цього рішення наводяться такі переконливі, на нашу думку, аргументи:

1) загальна конфіскація не відповідає положенням ст. 24 Конституції України (щодо рівності всіх громадян перед законом), адже при конфіскації майна ступінь карального впливу визначається не судом і не самим покаранням, а майновим станом засудженого, що суперечить принципу рівності всіх громадян перед законом;

2) загальна конфіскація не відповідає положенням статей 13 і 41 Конституції України, які визначають, що право приватної власності є непорушним, а всі суб'єкти права власності рівні перед законом. Ця невідповідність полягає в тому, що, закріплюючи вилучення у власність держави всього або частини майна засудженого, придбаного ним на законних підставах, кримінальне законодавство забезпечує примусовий перерозподіл власності між суб'єктами на користь держави;

3) загальна конфіскація не відповідає положенням ст. 62 Конституції України, адже принцип вини вимагає призначити справедливе і домірне покарання, а це означає, що для будь-якого покарання законодавець повинен визначити межі. Конфіскація майна таких меж не знає.

⁶¹ Гуторова Н. Конфіскація майна як вид кримінального покарання: проблеми захисту прав людини // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали ІХ регіональної науково-практичної конференції 13–14 лютого 2003 року. – Львів: Львівській національний університет, 2003. – С. 391–393; Гуторова Н., Шаповалова О. Конфіскація майна за кримінальним правом України: проблеми та перспективи // Право України. – 2010. – № 9. – С. 56–65; Денисова Т.А., Філей Ю.В. Кримінально-правові санкції та їх застосування за злочини проти власності: монографія. – К.: Центр учбової літератури, 2008. – 176 с.; Игнатов А.Н. Некоторые аспекты реформирования уголовного законодательства // Журнал российского права. – 2003. – № 9. – С. 25–31; Лопашенко Н.А. Уголовная политика. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – С. 170–181; Панов М.І., Гуторова Н.О. Проблеми оптимізації санкцій за фінансові злочини // Право України. – 2000. – № 9. – С. 56–58; Собко Г.М. Конфіскація за кримінальним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 7, 11, 13, 16; Хавронюк М.І. Нові види покарання: чи потрібно їх передбачати у Кримінальному кодексі України? // Альманах кримінального права: збірник статей / відп. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. – 2009. – Вип 1. – С. 401–414; Омельяненко М.І. Конфіскація майна: поняття і перспективи законодавчої регламентації // Проблеми вдосконалення законодавства про протидію відмиванню злочинних доходів і корупції (Донбаські правові читання): Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – Луганськ, 2010. – Спеціальний випуск № 8: у. 3 ч. – Ч. 2. – С. 105–117; Лукашов А.И. Конфискация: нужна ли реформа? // Организованная преступность и коррупция: результаты криминологическо-социологических исследований / под ред. Н.А. Лопашенко. – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2011. – Вып. 6. – С. 79–83.

Таким чином, загальна конфіскація майна як вид покарання не відповідає принципу конституційно-правової адекватності, оскільки суперечить вимогам статей 13, 24, 41 і 62 Конституції України.

До числа вагомих аргументів, які зумовлюють потребу виключення загальної конфіскації майна із системи покарань, передбачених кримінальним законом, слід віднести і те, що: конфіскація майна істотно ускладнює (а якщо бути відвертими, то робить майже неможливою) соціальну адаптацію винних, майно яких було конфісковане, після їх звільнення з місць позбавлення волі; конфіскація майна штовхає людей на продовження злочинної діяльності; конфіскація майна, яке з'явилося в особі внаслідок вчинення нею злочинів, цілком успішно може здійснюватись у межах спеціальної конфіскації; призначення покарання у виді конфіскації позбавляє потерпілого можливості отримати відшкодування за заподіяну йому шкоду.

Слід погодитися із міркуваннями М.І. Бажанова та інших криміналістів, які їх цілковито підтримали, про те, що: 1) це покарання властиве лише феодалському праву та праву тоталітарних держав; цивілізоване ж кримінальне право такого виду покарання не знає; 2) конфіскація майна має суто фіскальний характер; 3) вона безпідставно вражає право власності та суттєво зачіпає майнові та особисті права членів сім'ї засудженого, які безвинно страждають у такому випадку⁶².

Наведені вище аргументи видаються переконливими і приводять нас до висновку про потребу приведення КК України у відповідність до міжнародних документів із прав людини та положень Конституції України шляхом усунення з КК України такого виду покарання, як конфіскація майна засудженого, що, крім усього іншого, обумовлено і зміною економічного, політичного і соціального ладу нашої держави. Саме таким шляхом рухаються законодавці більшості країн світу, в яких визнається допустимість існування лише так званої спеціальної конфіскації майна, тобто вилучення лише того майна, яке було знятим учинення злочину, або яке було одержане в результаті

⁶² Бажанов М. І. Наказание в проекте УК Украины // Проблемы законности: Республиканський міжвідомчий науковий збірник. – Х., 1999. – Вип. 38. – С. 167–179.

протиправної діяльності.

Так, загальна конфіскація майна, яка ще до недавнього минулого застосовувалася повсюдно, на сьогодні виключена з кримінального законодавства більшості держав світу. У багатьох країнах вона прямо заборонена конституцією (Азербайджан, Аргентина, Барбадос, Бахрейн, Бельгія, Греція, Кіпр, Колумбія, Коста-Ріка, Ліван, Малайзія, Мальдівська республіка, Мексика, Нікарагуа, ОАЕ, Парагвай, Румунія, Сирія, Туреччина, Чилі тощо)⁶³. В Азербайджані й Грузії цей вид покарання був визнаний неконституційним. В наш час загальна конфіскація майна зберігається в законодавстві відносно невеликої кількості країн. Серед них – Білорусь, Болгарія, В'єтнам, Данія, Казахстан, КНР, КНДР, Конго, Кот д'Івуар, Куба, Лаос, Латвія, Мавританія, Мадагаскар, Монголія, Судан, США, Таджикистан, Того, Україна, Франція, Ефіопія⁶⁴.

У Киргизії й Узбекистані вона була скасована як вид покарання в 2001 р., а в РФ – в 2003 р. Щоправда, у 2006 р. конфіскація знову з'явилась у КК РФ – але вже не як покарання, а як спеціальна конфіскація – інший захід кримінально-правового характеру. Фактично російський законодавець

⁶³ Капинус О.С. Современное уголовное право в России и за рубежом: некоторые проблемы ответственности: сборник статей. – М.: Издательский дом «Буквоед», 2008. – С. 278.

⁶⁴ У деяких країнах, в яких загальна конфіскація ще зберігається, вона носить винятковий характер або може застосовуватися відносно досить вузького кола злочинних діянь. Так, у Білорусі і Таджикистані вона встановлюється виключно за тяжкі та особливо тяжкі злочини, вчинені з корисливих спонукань, і може бути призначена судом тільки у випадках, передбачених відповідними статтями Особливої частини кримінального закону. Тільки за корисливі злочини це покарання призначається і в Казахстані.

Досить складно представлена конфіскація майна у кримінальному законодавстві Франції. Конфіскація може бути загальною (тільки за злочини проти людства, а також за незаконні виробництво, ввіз і вивіз наркотиків) або спеціальною. Спеціальна конфіскація (про неї йдеться у ст. 131-6 КК Франції) передбачається відносно транспортного засобу, зброї, речі, яка сприяла скоєнню злочину або була отримана злочинним шляхом (див.: Уголовный кодекс Франции / Науч. ред. Л.В. Головки, Н.Е. Крыловой; пер. с фр. и предисл. Н.Е. Крыловой. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 650 с.) Згідно з французьким правом конфіскація може бути призначена за скоєння злочину як додаткове покарання. За вчинення проступку спеціальна конфіскація може бути призначена як основне покарання або як додаткове поряд зі штрафом, якщо проступок підлягає покаранню у виді тюремного ув'язнення. Якщо проступок карається тільки штрафом, штраф і конфіскація майна разом не можуть бути призначені. За вчинення порушення спеціальна конфіскація також може бути призначена як основне або додаткове покарання поряд з іншими покараннями, що позбавляють певних прав або їх обмежують (див.: Уголовное право зарубежных государств. Общая часть: учеб. пособие / Под ред. И.Д. Козочкина. – М.: Омега-Л, Институт международного права и экономики им. А.С. Грибоедова, 2003. – С. 348).

В Японії конфіскація майна – це додаткове покарання, яке може бути призначене тільки разом з основним покаранням. Відповідно до ст. 19 КК Японії спеціальна конфіскація поширюється на предмет, що був знаряддям скоєння злочину, або предмет і засоби, отримані в результаті скоєння злочину. Вилучення цих предметів може здійснюватися і в третіх осіб за умови їхньої поінформованості про характер походження таких предметів (див.: Уголовный кодекс Японии / Науч. ред. и предисл. д-ра юрид. наук, проф. А.И. Коробеева. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 226 с.).

запровадив відому більшості європейських країн «двоколійну» систему кримінально-правових санкцій. Якщо при застосуванні конфіскації як виду покарання вилучалося майно, яке законно нажите засудженим або яке не використовується для вчинення злочину, то при застосуванні «нової» конфіскації відбувається відчуження майна, яке здобуто злочинним шляхом або яке використовується для порушення кримінально-правової заборони⁶⁵.

Загалом законодавство країн СНД рухається шляхом заміни конфіскації як виду покарання конфіскацією як іншим заходом кримінально-правового характеру (заходом безпеки тощо), що застосовується тільки щодо майна, отриманого злочинним шляхом, доходів від цього майна і майна, що використовується як засіб вчинення злочину. На момент підготовки монографії до друку з країн СНД лише в кримінальному законодавстві України, Білорусі і Казахстану продовжують співіснувати положення, присвячені як традиційній конфіскації (виду покарання), так і спеціальній конфіскації⁶⁶.

Отже, провівши аналіз поняття «конфіскація майна», яке вживається в кримінальному та кримінальному процесуальному законодавстві України, дослідивши кримінальні закони низки зарубіжних країн, а також обміркувавши аргументи вітчизняних і зарубіжних криміналістів щодо перспективи використання конфіскації майна в кримінальному провадженні, ми робимо висновок про те, що заслуговує на підтримку позиція тих криміналістів, які в своїх працях обґрунтовують необхідність скасування так званої загальної конфіскації майна (через її невідповідність нормам Конституції України, порушення принципів вітчизняного та міжнародного законодавства, негативний вплив на членів сім'ї засудженого, неможливість соціальної

⁶⁵ Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть. Монография. Под общ. и науч. ред. д. ю. н., проф., заслужен. деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2009. – С. 319; Михайлов В.И. Законодательное закрепление конфискации имущества: позитивный анализ // Уголовное право. – 2008. – № 2. – С. 55.

⁶⁶ Михайлов В.И. Институт конфискации имущества в международном праве и некоторые тенденции его развития в законодательстве государств СНГ // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. – Вип. 15. – Х.: Вид-во «Кроссруд», 2008. – С. 290; Горбунов М.М. Місце спеціальної конфіскації у законодавстві країн СНД // Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 7 лютого 2014 року / відп. ред. юрид. наук, академік С.В. Ківалов; ред. кол.: проф. В.Д. Берназ, проф. С.Л. Стрельцов, доц. Н.А. Орловська. – Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2014. – С. 84.

адаптації осіб, до яких було застосоване такий вид покарання, тощо) і доводять потребу віднесення спеціальної конфіскації майна до інших заходів кримінально-правового характеру, які мають врегульовуватись нормами Загальної частини КК України.

У ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод закріплено принцип безперешкодного користування власністю, встановлено, що позбавлення майна повинно бути обумовлене низкою умов, а також визнано, що держави-учасниці мають право, серед іншого, контролювати використання власності у відповідності з інтересами суспільства, приймаючи такі закони, які вони вважають необхідними для цієї мети. Останнє правило засвідчує, що конфіскація встановлюється з метою здійснення контролю за використанням майна, а не для кари, яка виражається у позбавленні особи такого майна, як це закріплено у КК України (ч. 2 ст. 50). У переважній більшості справ Європейський суд з прав людини розглядає конфіскацію у контексті майна, одержаного в результаті вчинення злочину або такого, що мало безпосередній зв'язок зі злочином (такий підхід відповідає розумінню спеціальної конфіскації в Україні, про що йтиметься далі).

На підтримку зазначеної вище позиції слід зазначити і те, що загальна (тотальна) конфіскація майна вже не відповідає сучасним засадам кримінально-правової політики щодо гуманізації покарання та подальшої диференціації кримінальної відповідальності шляхом надання їй більшої попереджувальної спрямованості. Законодавча регламентація конфіскації майна повинна здійснюватись тільки в площині вирішення завдань кримінального законодавства і в жодному разі не може розглядатися як засіб перерозподілу власності, адже це підриває сформовані в Україні ринкові відносини.

Задля справедливості відзначимо, що окремі українські дослідники продовжують наполягати на тому, що розглядуваний вид додаткового покарання є цілком адекватним заходом реагування держави на окремі види суспільно небезпечної поведінки, не відрізняється від будь-якого іншого виду покарання, що також обмежує права і свободи того, хто вчинив злочин,

а отже, має право на існування в КК України⁶⁷.

Завершуючи аналіз процедури конфіскації майна, слід зазначити, що незалежно від її виду вона завжди здійснюється ДВС України на підставі та у порядку, передбаченому ст. 64 ЗУ «Про виконавче провадження» та Інструкцією з організації примусового виконання рішень. Виконання рішення про конфіскацію майна, якщо таке майно підлягає реалізації, здійснюється державним виконавцем. Майно, що підлягає конфіскації, вилучається державним виконавцем у боржника. У разі якщо майно вилучено іншим уповноваженим органом, воно вилучається державним виконавцем у цього органу в тому випадку, якщо таке майно може бути реалізовано згідно з вимогами закону. Вилучена іншим уповноваженим органом готівка за дорученням державного виконавця перераховується цим органом до державного бюджету на вказані державним виконавцем рахунки. Повідомлення про перерахування коштів є підставою для закінчення виконавчого провадження (п. 4.6 розділу IV Інструкції з організації примусового виконання рішень).

У ст. 64 ЗУ «Про виконавче провадження» зазначається, що майно, що підлягає конфіскації, вилучається та реалізується. При виконанні конфіскації майна засудженого за вироком суду державний виконавець виносить постанову про відкриття виконавчого провадження, якщо виконавчий лист відповідає вимогам ст. 19 ЗУ «Про виконавче провадження», з додаванням до нього копії вироку суду, протоколу накладення арешту на майно і опису майна або протоколу про відсутність майна, яке підлягає опису, або довідки суду про їх відсутність у кримінальній справі, а при потребі й копії постанови про

⁶⁷ Див., наприклад: Горох О.П. Проблеми застосування покарання у виді конфіскації майна // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: Щорічний бюлетень Київського інституту внутрішніх справ. – К.: КІВС, 2004. – № 9. – С. 148–154; Музика А.А., Горох О.П. Покарання за незаконний обіг наркотичних засобів: монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2010. – С. 100–102; Музика А.А., Горох О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення: монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2012. – С. 107–108; Козирева В. Конфіскація майна: теорія і практика застосування // Право України. – 2006. – № 1. – С. 98–102; Кириць Б.О. Конфіскація майна: аргументи за збереження і за скасування цього виду покарання // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2006. – Вип. 1. – С. 233–243; Бережний С.Д. Актуальні питання конфіскації майна як додаткового виду покарання // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2012. – № 2. – С. 121; Марисюк К.Б. Кримінально-правова політика у сфері майнових покарань в Україні: монографія. – Львів: «Тріада плюс», 2013. – С. 329–330, 338; Бесчастна В.В. Відновлення порушених прав потерпілого шляхом застосування інституту конфіскації майна // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2014. – № 6. – С. 213–219.

накладення арешту на майно.

У процесі виконання державний виконавець виявляє, описує і накладає арешт не тільки на майно, яке було включене раніше в протокол опису і арешту майна, складений органами слідства, а й інше виявлене майно, що підлягає опису, про що складається акт опису і арешту майна з указівкою попередньої оцінки майна. При цьому слід пам'ятати, що не підлягає конфіскації і не включається до акта опису й арешту майно, на яке за законом не може бути звернено стягнення.

Частка майна засудженого в спільній власності з іншими особами, яка підлягає конфіскації, визначається судом.

Узагальнюючи проведений аналіз поняття «конфіскація майна», слід зробити висновок, що **конфіскація майна** – це процедура, здійснювана державним виконавцем на підставі судового акта (постанови, вироку), яка полягає у примусовому вилученні та безоплатній передачі у власність держави: а) майна правопорушника; б) предметів, які були засобами вчинення правопорушення; в) предметів, отриманих правопорушником у результаті вчинення правопорушення.

Спеціальна конфіскація. До моменту ухвалення ЗУ від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» спеціальна конфіскація як правовий засіб вирішення питання про речові докази в кримінальному провадженні регламентувалась приписами КПК України при тому, що в низці санкцій норм Особливої частини КК України передбачався (передбачається і зараз) обов'язок здійснити конфіскацію певних предметів – знарядь вчинення злочину, предметів, здобутих злочинним шляхом, тощо (наприклад, статті 176, 177, 201, 203-1, 203-2, 204, 209, 240, 246, 248, 249, 305 КК України). Санкції понад 50-ти статей (частин статей) Особливої частини чинного КК України передбачають конфіскацію окремих видів майна.

Через таку неоднозначну законодавчу позицію в теорії кримінального права тривала досить жвава дискусія щодо правової природи і процесуального значення спеціальної конфіскації. Цілком слушні питання формулював з цього приводу В.І. Тютюгін: чи є спеціальна конфіскація видом покарання, особливим заходом кримінально-правового впливу чи процесуального примусу? Якщо це вид покарання чи інший кримінально-правовий захід, то чому в такому разі підстави та порядок його призначення не врегульовані Загальною частиною КК України?⁶⁸

Одна група дослідників⁶⁹ вказувала на необхідність відмежування конфіскації майна як виду покарання від спеціальної конфіскації, яка полягає в примусовому безоплатному вилученні в дохід держави знярядь, засобів або предметів злочину, а також грошей, цінностей, інших речей, нажитих

⁶⁸ Тютюгін В.І. Применение наказания по УК Украины 2001 г. (противоречия, несоответствия и неточности законодательного регулирования) // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення / матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Львів, 7–8 квітня 2006 р. – Львів, 2006. – Ч. 1. – С. 286.

⁶⁹ Азаров Д.С. «Спеціальна» конфіскація: співвідношення кримінально-правових та кримінально-процесуальних норм // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення / матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Львів, 7–8 квітня 2006 р. – Львів, 2006. – Ч. 1. – С. 144; Бердиченко І.О. Конфіскація товарів, промаркованих підробленими марками чи голографічними захисними елементами, як вид додаткового покарання за злочин, передбачений ст. 216 КК України // Митна справа. – 2001. – № 3 (ч. 2). – С. 126–131; Горбачова І.М. Дотримання прав людини при застосуванні до винної особи спеціальної конфіскації за чинним КК України // Боротьба зі злочинністю та права людини: 36. наук. статей / За ред. М.П. Орзіха, В.М. Дьоміна. – Б-ка журн. «Юридичний вісник». – О.: Фенікс, 2006. – С. 112; Горбачова І.М. Розмежування конфіскації і спеціальної конфіскації [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.apdr.in.ua/v32/39.pdf>; Горох О.П. Шляхи вдосконалення законодавства про спеціальну конфіскацію // Актуальні проблеми розкриття та розслідування злочинів у сучасних умовах: Всеукраїнська науково-практична конференція, 30 жовтня 2009 року, Запоріжжя: матеріали у 2 ч. – Запоріжжя: Юридичний інститут ДДУВС, 2009. – Ч. II. – С. 152–155; Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво: монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 350; Корабель М. Специальная конфискация в законодательстве об уголовной ответственности Украины [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legeasiviata.in.ua/archive/2014/1-2/39.pdf>; Мельнікова-Крикун В.М. Спеціальна конфіскація // Право і безпека. – 2005. – Вип. 44. – С. 89–92; Назимко Є.С. Щодо статусу спеціальної конфіскації // Адвокат. – 2009. – № 6. – С. 22–24; Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: монографія. – Харьков: Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 290–292; Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-е вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 340; 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. 157; Соболева О.О. Конфіскація майна за чинним кримінальним та кримінально-процесуальним законодавством України // Право і суспільство. – 2010. – № 6. – С. 212–215; Палій М., Назимко Є. Питання існування кримінально-процесуальних норм у санкціях Кримінального кодексу України потребує свого вирішення // Підприємство, господарство і право. – 2008. – № 6. – С. 125–127; Палій М.В., Назимко Є.С. Деякі питання кримінально-правового статусу спеціальної конфіскації майна // 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. 377–383; Старук Ю.О. Кримінально-правова характеристика санкції статті 306 Кримінального кодексу України // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. – 2006. – Вип. 4. – С. 140–144; Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студентів вищих навчальних закладів. – К.: Атіка, 2004. – С. 307.

(здобутих) злочинним шляхом, навіть у тих випадках, коли таке вилучення передбачене в санкціях статей КК⁷⁰. Увага зверталась, зокрема, на те, що: оскільки спеціальна конфіскація не є покаранням, на неї не поширюються умови призначення конфіскації майна як виду покарання, закріплені в ч. 2 ст. 59 КК; спеціальна конфіскація повинна застосовуватись незалежно від вказівки на це законодавця у санкціях кримінально-правових норм; спеціальна конфіскація, змістом якої є остаточне позбавлення права власності на відповідне майно, має регламентуватись як кримінально-правовий захід, а не в кримінально-процесуальному законодавстві, яке може передбачати лише тимчасові обмеження прав та свобод людини, обумовлені необхідністю розслідування та судового вирішення кримінальної справи; на майно, здобуте злочинним шляхом, у того, хто вчинив злочин, право власності не виникає, а отже, вилучення цього майна як таке, що не здатне обмежувати право засудженого, не є карою і немає достатніх підстав називати покаранням – конфіскацією.

У розвиток останнього положення хотіли б зазначити, що спеціальній конфіскації може підлягати майно, яке на законних підставах належить засудженому та яке визнається, наприклад, предметом злочину або знаряддям чи засобом його вчинення. Та обставина, що певне майно використовувалось особою як засіб або знаряддя вчинення злочину чи виступало як його предмет, не позбавляє особу права власності на це майно. На наш погляд, точка зору, згідно з якою вилучення в особи майна, що використовується нею для заподіяння шкоди об'єкту кримінально-правової охорони, не може розглядатись як обмеження прав і свобод особи, тобто як покарання⁷¹, не впливає із законодавчого визначення поняття покарання (ч. 1 ст. 50 КК України). З іншого боку, складно погодитись із твердженням про те, що спеціальна конфіскація як примусовий захід кримінально-правового впливу,

⁷⁰ Така точка зору була пануючою і в радянській кримінально-правовій доктрині (див., наприклад: Гальперин И.М., Мельникова Ю.Б. Дополнительные наказания. – М.: Юрид. лит., 1981. – С. 56–58).

⁷¹ Михайлов В.И. Институт конфискации имущества в международном праве и некоторые тенденции его развития в законодательстве государств СНГ // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. – Вип. 15. – Х.: Вид-во «Кроссрод», 2008. – С. 279.

відмінний від покарання, не має і не повинна носити в майбутньому характер правообмеження.

Варто зазначити, що думки фахівців, які обстоювали положення про невизнання спеціальної конфіскації покаранням, не відзначались одностайністю.

Так, В.М. Бурдін, виходячи з того, що спеціальна конфіскація носить характер процесуального примусу і достатньо чітко регламентується у ст. 78 і ст. 81 КПК України⁷², пропонував виключити вказівку на неї із санкцій кримінально-правових норм⁷³. Подібним чином розмірковував В.О. Навроцький, зазначаючи, що інститут спеціальної конфіскації краще регламентувати в кримінально-процесуальному законодавстві тоді, як у КК передбачити тільки загальну конфіскацію – вид покарання⁷⁴. Називаючи регламентовану КПК спеціальну конфіскацію «кримінально-процесуальною», О.К. Марін визначав її співвідношення із передбаченою ст. 59 КК України «кримінально-правовою» конфіскацією як колізію, що має вирішуватись законодавчим шляхом⁷⁵.

Не визнаючи спеціальну конфіскацію покаранням, А.А. Музика та О.П. Горох вказували, що цей захід не закріплений у ст. 51 КК України, і при його застосуванні не беруться до уваги ні ступінь тяжкості вчиненого злочину, ні особа винного, ні обставини, що пом'якшують чи обтяжують покарання, як це відбувається при призначенні покарання. На цій підставі науковці називали погляди авторів, які вважали спеціальну конфіскацію майна покаранням, некоректними. А.А. Музика та О.П. Горох висловлювалися за доповнення КК України статтею, яка б визначала спеціальну конфіскацію та підстави її застосування. При цьому положення, які передбачають спеціальну конфіскацію,

⁷² У цих нормах КПК України 1961 р. йшлося про те, що гроші, цінності та інші предмети, нажиті чи здобуті злочинним шляхом, передаються в дохід держави, а знаряддя чи засоби вчинення злочину, які належать винному, конфіскуються чи підлягають знищенню.

⁷³ Бурдін В.М. Санкції окремих статей Особливої частини КК України потребують змін // Життя і право. – 2004. – № 4. – С. 46.

⁷⁴ Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 411.

⁷⁵ Марін О.К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм: монографія. – К.: Атіка, 2003. – С. 95–97.

із санкцій статей Особливої частини КК України пропонувалось виключити⁷⁶.

М.І. Хавронюк писав, що в деяких випадках спеціальна конфіскація (а саме конфіскація (вилучення) та знищення певних предметів, знарядь, сировини і матеріалів для їх виробництва) належить до передбачених ч. 3 ст. 3 КК України інших кримінально-правових наслідків вчинення злочину, до яких слід відносити будь-які примусові заходи кримінально-правового характеру, здатні поліпшити чи погіршити становище особи. Спеціальна конфіскація характеризувалась як типовий захід безпеки, що не носить явно репресивного характеру, має на меті насамперед спеціальну превенцію і може бути застосований поза кримінальною відповідальністю⁷⁷. Виділяючи у системі кримінально-правових заходів протидії злочинності в т. ч. заходи безпеки, І.М. Горбачова пропонувала віднести до них (поряд із примусовими заходами виховного і медичного характеру, примусовим лікуванням, опублікуванням вироку, позбавленням права на керування транспортним засобом тощо) спеціальну конфіскацію⁷⁸. За віднесення спеціальної конфіскації майна до заходів безпеки, що передусім мають регулюватись нормами матеріального кримінального права, – до відмінних від покарання заходів кримінально-правового характеру висловлювались і висловлюються й інші вітчизняні автори⁷⁹.

Вимушені, однак, зауважити, що серед фахівців зустрічається і інша точка зору. Так, проти розуміння спеціальної конфіскації як заходу безпеки виступили парламентські експерти. У висновку Головного науко-експертного

⁷⁶ Музика А.А., Горох О.П. Покарання за незаконний обіг наркотичних засобів: монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2010. – С. 109–113; Музика А.А., Горох О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення: монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2012. – С. 115–120.

⁷⁷ Хавронюк М.І. Нові види покарання: чи потрібно їх передбачати у Кримінальному кодексі України? // Альманах кримінального права: збірник статей / відп. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. – 2009. – Вип 1. – С. 408–409; Научно-практический комментарий Уголовного кодекса Украины / под ред. Н.И. Мельника, Н.И. Хавронюка. – 8-ме изд., перераб. и доп. – Х.: Фактор, 2011. – С. 22.

⁷⁸ Горбачова І.М. Заходи безпеки в кримінальному праві (порівняльно-правовий аналіз): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2008. – С. 14, 16.

⁷⁹ Гуторова Н., Шаповалова О. Конфіскація майна за кримінальним правом України: проблеми та перспективи // Право України. – 2010. – № 9. – С. 59–65; Шпіляревич В.В. Актуальні проблеми дослідження правової природи спеціальної конфіскації як різновиду заходів безпеки // Матеріали Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю». – Івано-Франківськ, 2014. – С. 189–192.

управління Апарату ВРУ на законопроект «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України (стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України)» (реєстраційний № 2803 від 15 березня 2013 р.; законопроект згодом був ухвалений як ЗУ від 18 квітня 2013 р.) зазначається, що важко зрозуміти, яким чином може запобігти вчиненню нових злочинів конфіскація предметів злочину або майна, одержаного внаслідок злочину, або доходів від такого майна, вилучення «перетвореного майна», або вартості «перетвореного майна» та доходів від нього, конфіскація вартості проданого чи спожитого майна, одержаного внаслідок злочину. Навіть конфіскація засобів і знарядь вчинення злочину не завжди буде виконувати ту функцію, яку мають забезпечувати заходи безпеки. З огляду на це, навіть у тому випадку, коли буде визнане за доцільне запровадити у КК спеціальну конфіскацію як захід безпеки, положення законопроекту пропонувалось доопрацювати з метою вилучення згадування про ті випадки спеціальної конфіскації, які не можуть розглядатись як заходи безпеки. Крім цього, інтерпретація спеціальної конфіскації як заходу безпеки не узгоджується з тією обставиною, що цей захід у законопроекті пропонувалось здійснювати поряд з покаранням винної особи, а не замість нього. Вочевидь, мають рацію ті дослідники (зокрема, Н.А. Орловська⁸⁰), які констатують різноманітність (неоднорідність) цілей спеціальної конфіскації, визнаючи останню заходом і безпеки, і компенсації, і реституції.

О.Я. Кондра вказує, що спеціальна конфіскація не може виконувати завдання кримінально-правової охорони, оскільки вона настає лише постфактум і лише за спеціальних умов наявності певних речей матеріального світу, якими завдається шкода об'єкту. Сам же об'єкт кримінально-правової охорони спеціальна конфіскація охороняти не може та слугує для виконання двох основних завдань: 1) не дати збагатитися за рахунок незаконно здобутого майна, яким було завдано шкоди об'єкту (наприклад, конфіскація незаконно впольованих тварин); 2) вилучити з володіння майно, яке взагалі не може

⁸⁰ Орловська Н.А. Спеціальна конфіскація як «інший» захід кримінально-правового характеру [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://center.law.univ.kiev.ua/index.php/tezy-konferentsii>

перебувати у володінні на загальних підставах (конфіскація наркотичних засобів, їх аналогів чи прекурсорів тощо). Стверджувалось, що, якби спеціальна конфіскація мала кримінально-правову природу, вона була б неможливою у випадку винесення виправдувального вироку, оскільки якщо немає злочину, то, відповідно, немає і кримінально-правових відносин. Натомість чинне законодавство і практика його застосування свідчили про можливість спеціальної конфіскації навіть при винесенні виправдувального вироку (наприклад, у зв'язку відсутністю складу злочину). Тобто для спеціальної конфіскації наявність кримінально-правових відносин не мала значення, для неї буває достатнім здійснення процедури кримінального переслідування⁸¹.

Наведені аргументи, покликані спростувати тезу про кримінально-правову природу спеціальної конфіскації, викликають інтерес, проте не переконують і змушують згадати те, які саме відносини становлять предмет кримінального права. Нам імпонує підхід, у межах якого кримінально-правові відносини поділяються на: 1) загально-регулятивні (пов'язані із криміналізацією та пеналізацією діянь, небезпечних для суспільства, і виникають за наявності двох основних умов – набрання кримінальним законом чинності і досягнення особою певного віку); 2) охоронні (виникають внаслідок вчинення злочину і «розриву» загально-регулятивних відносин); 3) конкретно-регулятивні (впливають із діянь, що не є злочинами, але із зовнішнього боку нагадують їх, та із посткримінальної поведінки особи)⁸². Уточнимо, що охоронні кримінально-правові відносини варто пов'язувати не тільки із вчиненням злочину, а і з суспільно небезпечними діяннями неосудної особи та особи, яка не досягла віку кримінальної відповідальності. Ми не сприймаємо теоретичної позиції, згідно з якою норми, які регулюють відповідні суспільні відносини, не є кримінально-правовими нормами. Таким чином, немає достатніх підстав для твердження про те, що застосування спеціальної конфіскації відбувається поза кримінально-правовими відносинами.

⁸¹ Кондра О. Проблеми правової природи «спеціальної конфіскації» у кримінально-правових санкціях // Вісник Львівського ун-ту. Серія юридична. – 2010. – Вип. 50. – С. 276–286.

⁸² Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф. А.И. Коробеева. Т. I: Преступление и наказание. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 516–522.

Інша група науковців⁸³ вказувала на те, що спеціальна конфіскація встановлена у санкціях статей, передбачена після слова «карається» і має ознаки покарання, а тому законодавець помилково не включив її до системи покарань. Цю «помилку» пропонувалось виправити шляхом законодавчого закріплення статусу спеціальної конфіскації як виду покарання, яке мало б замінити собою існуючу в КК України конфіскацію майна.

Так, на думку М.М. Панова, правові підстави, за яких застосовується спеціальна конфіскація, можуть бути поділені на два види: 1) кримінально-правові (випадки, коли спеціальну конфіскацію безпосередньо передбачено в санкціях статті Особливої частини КК України); 2) кримінально-процесуальні (випадки, коли вирішується питання про речові докази на підставі статей 78 і 81 КПК України). Однак у будь-якому разі спеціальна конфіскація виконує функції додаткового покарання, оскільки: 1) вона є заходом примусу, який застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винуватою у вчиненні злочину, і полягає в обмеженні прав і свобод засудженого; 2) спеціальна конфіскація підвищує репресивний ефект основного покарання, адже винна особа позбавляється певного майна (часто це достатньо цінне майно), що належить їй на праві власності⁸⁴; 3) у всіх випадках спеціальна конфіскація виконує важливу превентивну функцію, бо вона спрямована на запобігання новим злочинам, особливо тим, що вчиняються з використанням певних засобів чи знарядь, а це повністю збігається із завданням кримінального закону (ст. 1 КК України), а також з метою покарання (ч. 2 ст. 50 КК України)⁸⁵.

⁸³ Панов М.М. Щодо спеціальної конфіскації як виду покарання за кримінальним правом України // Конституція України – основа побудови правової держави і громадянського суспільства: Тези доповідей та наукових повідомлень учасників Всеукраїнської науково-практичної конференції молодих учених та здобувачів (26–27 червня 2006 р.) / За заг. ред. М.І. Панова. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2006. – С. 257–262; Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 33–34; Собко Г.М. Конфіскація за кримінальним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 13; Галкин Р.П. Уголовная ответственность за нарушение правил охраны недр: некоторые проблемы совершенствования санкции статьи 240 УК Украины // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. Спеціальний випуск № 7. – 2008. – С. 22–25.

⁸⁴ Насправді спеціальній конфіскації може підлягати майно, на яке в особи право власності не виникає, і про це вже говорилось вище.

⁸⁵ 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. 142–145.

Виступаючи за закріплення спеціальної конфіскації у КК України не як заходу безпеки, а як додаткового покарання, К.П. Задоя писав, що спеціальна конфіскація має застосовуватись судом залежно від обставин конкретної справи на підставі положень Загальної частини КК, що узгоджувалось б із відповідними нормами Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини та практикою Європейського Суду з прав людини⁸⁶

Загалом конфіскація засобів (знарядь) вчинення злочину і предметів, здобутих злочинним шляхом, видається такою, що відповідає приписам міжнародного законодавства. Поява норм, присвячених спеціальній конфіскації, у вітчизняному кримінальному законодавстві значною мірою стала результатом ратифікації Україною низки міжнародних конвенцій, в яких зазначена конфіскація розглядається як важливий матеріально-правовий елемент протидії злочинності – наркоторгівлі, корупції, відмиванню брудних доходів тощо.

Так, ст. 5 Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин 1988 р., ратифікованої 25 квітня 1991 р., передбачає конфіскацію: доходів, отриманих в результаті вчинення відповідних правопорушень або власності, вартість якої відповідає таким доходам; наркотичних засобів і психотропних речовин, матеріалів та обладнання чи інших засобів, що використовувалися або призначалися для використання яким-небудь чином при вчиненні цих правопорушень; власності, а не доходів, – коли доходи були перетворені або змінені на іншу власність; надходжень або іншого прибутку, отриманих від доходів, власності, на яку були перетворені або змінені доходи, власності, до якої були залучені доходи. Згідно з ч. 1 ст. 2 Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, від 8 листопада 1990 р., ратифікованої 17 грудня 1997 р., кожна держава-учасниця Конвенції повинна вживати таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення її спроможності конфіскувати засоби і доходи, одержані злочинним шляхом або власність, вартість якої відповідає таким доходам. У Конвенції РЄ про

⁸⁶ Задоя К.П. Нормативне (законодавче) вирішення питання про юридичну природу спеціальної конфіскації майна *de lege ferenda* // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. – № 2. – С. 78–81.

відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму від 16 травня 2005 р. вказується, що кожна Сторона забезпечує свою спроможність здійснювати пошук, відстежувати, визначати, заблоковувати, заарештовувати і конфісковувати майно, законного або незаконного походження, використане або призначене для використання будь-яким чином цілком або частково для фінансування тероризму, або доходи, одержані в результаті цього злочину, та забезпечити із цією метою співробітництво в якомога більшому обсязі. Цікаво, що в останній із згаданих конвенцій конфіскація розуміється як покарання або захід, призначені судом після розгляду справи стосовно злочину чи злочинів, результатом якого є остаточне позбавлення майна.

Таким чином, питання визначення правового статусу заходу, який ми характеризуємо як спеціальну конфіскацію, є прерогативою національного законодавця. Як слушно зазначається в літературі, в міжнародно-правових документах закріплено обов'язок держав урегулювати у своєму національному законодавстві вилучення майна, отриманого злочинним шляхом, доходів від такого майна, засобів вчинення злочину, у т.ч. у випадках, коли майно, що підлягає вилученню, перетворене в інше майно або приєднане до іншого майна. Конкретне нормативне втілення міжнародних зобов'язань щодо такої конфіскації здійснюється кожною державою самостійно⁸⁷. Складно не погодитись із Т.Г. Понятовською в тому, що за умови достатньої розробки та якісного юридичного оформлення конфіскація майна може ефективно функціонувати у будь-якій якості – і як покарання, і як захід безпеки (інший захід кримінально-правового характеру)⁸⁸.

Тому і не дивно, що правова природа аналізованого заходу за законодавством різних країнах відзначається багатоманітністю – це і вид покарання, і додатковий наслідок покарання, і захід безпеки, і інший захід

⁸⁷ Михайлов В.И. Институт конфискации имущества в международном праве и некоторые тенденции его развития в законодательстве государств СНГ // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. – Вип. 15. – Х.: Вид-во «Кроссрод», 2008. – С. 277.

⁸⁸ Понятовская Т.Г. Уголовно-правовая сущность конфискации имущества [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2013/6755/pdf/sdrs03_s67_70.pdf

кримінально-правового впливу⁸⁹, і кримінально-процесуальний інститут⁹⁰. Так, до недавнього часу у більшості країн СНД спеціальна конфіскація визнавалася інститутом не кримінального, а кримінального процесуального права. Однак протягом кількох останніх років ситуація змінилась: норми, присвячені спеціальній конфіскації, з'явилися у кримінальних кодексах більшості цих країн. Лише у Вірменії, Грузії та Узбекистані спеціальна конфіскація згадується в кримінально-процесуальних нормах і, як правило, в контексті вирішення питань про долю речових доказів⁹¹.

У 2013 р. український законодавець сприйняв аргументи тих вітчизняних дослідників, які вважали, що спеціальна конфіскація має стати різновидом кримінально-правового реагування – заходом кримінально-правового характеру, який потребує свого врегулювання в межах Загальної частини КК України. Був зроблений черговий законодавчий крок (наскільки вдалий – це вже інше питання) на шляху реалізації ідеї «двоколіїності» правових наслідків кримінально караного діяння, яка полягає в поєднанні (співіснуванні, виокремленні) покарань і відмінних від них⁹² примусових заходів кримінально-правового характеру. На підставі згаданого вище ЗУ «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» назву Розділу XIV Загальної частини КК України було

⁸⁹ Наприклад, КК Литви, який передбачає тільки основні покарання і не знає додаткових, виділяє «заходи карального впливу», види яких визначені у спеціальній главі (IX) Загальної частини. Одним із таких заходів є конфіскація майна, яке було знятим, засобом чи результатом кримінального правопорушення. При цьому майно, передане іншим особам, підлягає конфіскації незалежно від їх притягнення до кримінальної відповідальності, якщо: 1) воно було надано в їх власність для вчинення злочинного діяння; 2) при набутті майна вони знали або повинні були і могли знати, що це майно отримане в результаті злочинного діяння. Якщо майно, що підлягає конфіскації, відсутнє, суд стягує з винного, його спільників та інших осіб відповідну грошову суму. Згідно з КК Литви спеціальна конфіскація може бути застосована поряд із покаранням.

⁹⁰ Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть. Монография. Под общ. и науч. ред. д. ю. н., проф., заслужен. деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2009. – С. 319.

⁹¹ Горбунов М.М. Місце спеціальної конфіскації у законодавстві країн СНД // Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 7 лютого 2014 року / відп. ред. юрид. наук, академік С.В. Ківалов; ред. кол.: проф. В.Д. Берназ, проф. Є.Л. Стрельцов, доц. Н.А. Орловська. – Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2014. – С. 83.

⁹² Спеціальна конфіскація є «іншим» заходом переважно щодо покарань, а також тих заходів, які не поєднані з нею у відповідному розділі Загальної частини КК України (див.: Орловська Н.А. Актуальні питання системи покарань у контексті побудови санкцій норм Особливої частини КК України // Право і суспільство. – 2013. – № 6-2. – С. 308). До таких заходів можуть бути віднесені, зокрема, примусові заходи виховного характеру та звільнення від кримінальної відповідальності.

викладено в такій редакції: «Інші заходи кримінально-правового характеру», Кодекс доповнено ст. 96-1 «Спеціальна конфіскація» і ст. 96-2 «Випадки застосування спеціальної конфіскації» і, крім цього, у санкціях частини статей Розділу XVIII Особливої частини КК України з'явилося згадування про спеціальну конфіскацію. Остання первісно визначалась як примусове безоплатне вилучення за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна за умови вчинення злочину у випадках, передбачених в Особливій частині КК.

Таке законодавче визначення дозволяло стверджувати, що підставою застосування спеціальної конфіскації є фактичне закріплення спеціальної конфіскації у санкції статті (її частини) Особливої частини КК України як заходу кримінально-правового характеру разом із встановленим покаранням, а умовою її застосування – вчинення особою злочину, ознаки якого описані в диспозиції тієї норми Особливої частини КК України, санкцією якої передбачено цей захід кримінально-правового характеру⁹³. Тому неточним слід визнати висловлювання Д.О. Балобанової про те, що первинна редакція ст. 96-1 КК України передбачала застосування спеціальної конфіскації без обмежень за вчиненні злочини⁹⁴.

Аналізуючи положення ЗУ від 18 квітня 2013 р., А.О. Данилевський з приводу фрагментарного доповнення санкцій норм КК про відповідальність за службові та прирівняні до них злочини словосполученням «спеціальна конфіскація» ставив цілком слушне запитання: чи належать до спеціальної конфіскації інші види конфіскації, зазначені у статтях Особливої частини КК України (наприклад, конфіскація предметів контрабанди; наркотичних засобів; психотропних речовин, коштів, отриманих злочинним шляхом)? За суттю –

⁹³ Ященко А. М. Застосування заходів кримінально-правового характеру: монографія. – Х.: ХНУВС, 2014. – С. 265–266, 268.

⁹⁴ Балобанова Д.О. Запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб у контексті дослідження динаміки кримінального права // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2014. – С. 211.

так⁹⁵, але чому тоді вони називаються по-іншому? Як один із варіантів розв'язання цієї проблеми пропонувалось виключити зі ст. 96-1 КК вказівку на передбачення спеціальної конфіскації в Особливій частині КК України та на будь-які види спеціальної конфіскації у санкціях статей Особливої частини КК України⁹⁶.

З цього приводу у висновку Комітету ВРУ з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності на законопроект «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України (стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України)» (реєстраційний № 2803 від 15 березня 2013 р.; законопроект згодом був ухвалений як ЗУ від 18 квітня 2013 р.), підписаному народним депутатом України А.А. Кожем'якіним, зазначалось, що цим законопроектом пропонується запровадити спеціальну конфіскацію стосовно корупційних злочинів, вчинюваних із корисливих мотивів. При цьому спеціальна конфіскація за інші злочини, передбачена окремими нормами Особливої частини КК України, залишається. Змістовно це застереження сприймається, однак навряд чи воно є задовільним з погляду дотримання правил законодавчої техніки.

Якщо норми кримінального закону, викладені в редакції ЗУ від 18 квітня 2013 р. і присвячені спеціальній конфіскації, «прив'язувались» до випадків, передбачених Особливою частиною КК, то норми КПК України щодо спеціальної конфіскації (вони наводяться нами нижче) за умови їх буквального тлумачення підлягали застосуванню у випадку вчинення будь-якого злочину. В.С. Батиргарєєва справедливо зауважує, що в цьому разі йдеться про вилучення, здійснюване в порядку формування доказової бази, передбаченому нормами КПК,

⁹⁵ Н.А. Орловська також звернула увагу на відсутність у цьому разі уніфікованої термінології. У зв'язку з використанням в інших нормах КК – тих, що передбачають «спеціальну конфіскацію старого формату», словосполучення «з конфіскацією та знищенням» (а не «спеціальною конфіскацією») авторка ставила слушне питання, чи не є спеціальна конфіскація іншим заходом кримінально-правового характеру лише для певної групи злочинів? (див.: Орловська Н.А. Актуальні питання системи покарань у контексті побудови санкцій норм Особливої частини КК України // Право і суспільство. – 2013. – № 6-2. – С. 308).

⁹⁶ Данилевський А. Заходи кримінально-правового впливу // Протидія злочинності: теорія та практика: матеріали V Міжвузівської науково-практичної конференції студентів, курсантів, аспірантів та молодих учених (Київ, 18 жовтня 2013 р.). – К.: Національна академія прокуратури України, 2013. – С. 50–51.

тобто про значно ширше коло випадків, які прямо не можна віднести до ситуацій, в яких підлягають застосуванню положення ст. 96-1 КК України. Тобто між приписами КК і КПК вбачалась колізія, долати яку варто було в законодавчому порядку. Яким же чином вчинив український законодавець?

На підставі ЗУ від 13 травня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» ст. 96-1 КК викладається у новій редакції, і наразі вона має такий вигляд: «Спеціальна конфіскація полягає у примусовому безоплатному вилученні за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна у випадках, визначених цим Кодексом, за умови вчинення злочину, передбаченого статтею 354 та статтями 364, 364-1, 365-2, 368 – 369-2 розділу XVII Особливої частини цього Кодексу, або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого зазначеними статтями»⁹⁷.

Створюється враження, що сферу застосування правового заходу, який законодавцем називається спеціальною конфіскацією, суттєво скорочено: наразі вона (сфера) обмежується випадками кримінально-правового реагування на вчинення окремих корупційних злочинів. До речі, таку ж думку висловлюють і інші автори, аналізуючи ЗУ від 13 травня 2014 р.: «Спеціальна конфіскація майна (в тому числі грошових коштів) застосовується судом у випадках вчинення корупційних злочинів та діянь, що містять ознаки корупційних злочинів... З прийняттям Закону спеціальна конфіскація може застосовуватися судом винятково за умови вчинення злочинів у сфері боротьби з корупцією...»⁹⁸. При цьому Д.О. Балобанова називає необґрунтованим обмеження можливості застосування спеціальної конфіскації тільки за злочини,

⁹⁷ З огляду на сказане, щонайменше здивування викликає таке висловлювання: «Аналіз норм чинного законодавства дає підстави стверджувати, що поняття «спеціальна конфіскація» не містить жодний нормативно-правовий акт» (Яра О. Нормативно-правове регулювання конфіскації за злочини, що посягають на окремі об'єкти інтелектуальної власності // Підприємництво, господарство і право. – 2014. – № 7. – С. 86).

⁹⁸ Підписано новий антикорупційний закон [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://marchenkodanevych.com/uk/press-centre/publications/52-corporate-m-and-a/895-anticorruptionlaw>

передбачені статтями 354, 364, 364-1, 365-2, 368 – 369-2 КК України⁹⁹.

Таким чином, замість того, щоб усувати позначену вище колізію між приписами КК і КПК України в частині регламентації спеціальної конфіскації, законодавець створив принаймні матеріально-правове підґрунтя для уникнення від спеціальної конфіскації в інших випадках (зрозуміло, крім випадків, безпосередньо передбачених санкціями норм Особливої частини КК), а з питання про правову природу спеціальної конфіскації, що знаходить відображення в нормах Особливої частини КК (крім її Розділу XVIII), фактично повернувся до стану речей, існуючого до ухвалення ЗУ від 18 квітня 2013 р.

Ми, однак, не виключаємо і іншого тлумачення позбавленої чіткості ст. 96-1 КК України, а саме: спеціальною конфіскацією має визнаватись правовий захід, що полягає у вилученні майна і вказаний як в Особливій частині КК взагалі, так і в статтях 354, 364, 364-1, 365-2, 368 – 369-2 КК зокрема.

Ст. 96-2 КК України встановлює випадки застосування спеціальної конфіскації, вказуючи на те, що спеціальна конфіскація застосовується у разі, якщо гроші, цінності та інше майно: 1) одержані внаслідок вчинення злочину та/або є доходами від такого майна; 2) призначалися (використовувалися) для схиляння особи до вчинення злочину, фінансування та/або матеріального забезпечення злочину або винагороди за його вчинення; 3) були предметом злочину¹⁰⁰, крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), а у

⁹⁹ Балобанова Д.О. Запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб у контексті дослідження динаміки кримінального права // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2014. – С. 211.

¹⁰⁰ Стосовно речей, знаходження яких у правомірному обігу заборонено, більш прийнятним є поняття не конфіскації, а вилучення і передачі у дохід держави (див.: Шаблинская Д.В. Специальная конфискация в уголовном праве // Юридический журнал. – 2007. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://elibrary.miu.by/journals!/item.uj/issue.10/article.8.html>).

Видається, що це застереження буде прийнятним і стосовно майна, одержаного внаслідок вчинення злочину, адже права власності на це майно в злочинця виникнути не може. Так само міркує А.А. Гулий, на думку якого вилучення предметів, заборонених для обігу, як і майна, здобутого злочинним шляхом, не є конфіскацією, адже у цьому разі не відбувається притаманне конфіскації позбавлення права власності особи на майно (див.: Гулый А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 30–31).

разі, коли його не встановлено, – переходять у власність держави¹⁰¹; 4) були підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення злочину, крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), який не знав і не міг знати про їх незаконне використання¹⁰².

Якщо гроші, цінності та інше майно було повністю або частково перетворене в інше майно, спеціальній конфіскації підлягає перетворене майно. Якщо конфіскація майна на момент прийняття судом рішення про спеціальну конфіскацію неможлива внаслідок його використання або неможливості виділення з набутого законним шляхом майна, або відчуження, або з інших

¹⁰¹ На думку В.О. Гацелюка, який виокремлює субінститут «перехід у власність держави», зміна правової природи вилучення майна (з конфіскації на перехід у власність держави) має своїм наслідком залишення власнику (законному володільцю) юридичної можливості вимагати повернення цього майна в цивільно-правовому порядку (див.: Гацелюк В.О. Про міждисциплінарний характер дослідження впливу інституту спеціальної конфіскації на теорію криміналізації суспільно небезпечних діянь // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2014. – С. 181–182).

Встановити межу між випадками спеціальної конфіскації майна, описаними у пунктах 1 і 3, інколи буває непросто. Наприклад, майно, здобуте злочинцем унаслідок вчинення корисливого злочину проти власності, може одночасно розцінюватись і як таке, що одержане внаслідок вчинення злочину, і як предмет злочину. Пріоритет, вочевидь, має надаватись другому тлумаченню, адже воно допускає можливість повернення майна власнику або законному володільцю. На користь пропонованого варіанту тлумачення кримінального закону вказує ситуація, описана в літературі. Так, застосування передбаченої ст. 209 КК України конфіскації майна, одержаного злочинним шляхом, в дохід держави у випадку, коли є особи, які мають законні права на це майно, призводить до порушень прав законних володільців цього майна, передбачених міжнародними актами та Конституцією України (див.: Чернов Д.Г. Юридична колізія між ст. 209 КК та Конституцією України // Матеріали Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю». – Івано-Франківськ, 2014. – С. 186–188).

¹⁰² Це положення допускає припинення права власності на майно особи, яка знала, свідомо припускала або не знала, але могла і повинна була знати, що воно використовувалось як знаряддя або засіб вчинення злочину. Очевидно, що подібне психічне ставлення (навіть знання про використання майна як знаряддя чи засобу вчинення злочину) саме по собі не є показником того, що власник вчинив певне правопорушення. Отже, це законодавче положення допускає застосування конфіскації майна щодо особи, яка не вчиняла злочину чи будь-якого іншого правопорушення і, відповідно, суперечить ч. 1 ст. 354 ЦК України, з якої випливає, що конфіскація майна є реакцією держави на вчинене суб'єктом правопорушення (див.: Задоя К.П. Окремі зауваження щодо проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедури здійснення конфіскації» // Право і громадянське суспільство. – 2012. – № 1. – С. 30–31).

Про те, що спеціальна конфіскація може поширюватись на майно третіх осіб, тобто тих, хто не засуджений за вчинення злочину, пишуть і інші автори (див.: Стьопін О., Мілашевський М. Спеціальна конфіскація [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sm-lawyers.com.ua/index.php/uk/ifo-ua/104-kriminalni-spravi>; Спеціальна конфіскація – крок в майбутнє чи два в минуле [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://advocatesanswers.in.ua/index.php/2012-03-11-14-51-21/1290-2012-01-14-15-00-56>; Підписано новий антикорупційний закон [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://marchenkodanevych.com/uk/press-centre/publications/52-corporate-m-and-a/895-anticorruptionlaw>).

Взагалі спеціальна конфіскація тяжіє до конфіскації *in rem* (відносно речі), на відміну від конфіскації майна фізичної або юридичної особи – конфіскації *in personam* (відносно особи). При конфіскації *in rem* об'єктом її застосування є «винне» майно незалежно від того, хто є його власником на момент конфіскації; остання є засобом захисту суспільства, не переслідує цілі покарання і має на меті вилучення з обігу майна, пов'язаного зі злочиним (див.: Гацелюк В.О. Про міждисциплінарний характер дослідження впливу інституту спеціальної конфіскації на теорію криміналізації суспільно небезпечних діянь // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2014. – С. 181).

причин, суд виносить рішення про конфіскацію грошової суми, що відповідає вартості такого майна.

Видається, що коректніше в цьому разі говорити про стягнення вартості майна, яке б підлягало конфіскації за його наявності. Натомість В.О. Гацелюк веде мову про субінститут так званої еквівалентної конфіскації, розуміючи під перетворенням майна як фізичну зміну форми існування певної речі, так і різні форми участі майна в цивільному або господарському обігу¹⁰³.

Очевидно, що викладені вище законодавчі формулювання, які носять універсальний характер, не повною мірою узгоджуються із легальним визначенням поняття спеціальної конфіскації, розрахованим (треба так розуміти) лише на окремі корупційні злочини. Можна сказати, що в чинному вітчизняному кримінальному законодавстві паралельно існують два види спеціальної конфіскації: 1) конфіскація певних предметів, передбачена санкціями норм Особливої частини КК (крім її Розділу XVIII; щоправда, такий правовий захід *de lege lata* не повинен називатись спеціальною конфіскацією¹⁰⁴); 2) конфіскація майна як додатковий захід кримінально-правового впливу, що застосовується до осіб, які вчинили окремі корупційні злочини¹⁰⁵ (спеціальна конфіскація у вузькому значенні цього поняття).

Цікаво, що в розробленому КМУ законопроекті «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (реєстраційний № 4556 від 25 березня

¹⁰³ Гацелюк В.О. Про міждисциплінарний характер дослідження впливу інституту спеціальної конфіскації на теорію криміналізації суспільно небезпечних діянь // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2014. – С. 182.

¹⁰⁴ За логікою законодавця інші кримінально-правові наслідки вчинення злочинів, не пов'язаних із неправомірною вигодою (яких понад 50 встановлено в санкціях за злочини в різних розділах Особливої частини КК та в яких деталізовано предмет конфіскації), не є конфіскацією в значенні статей 96-1, 96-2 КК. Законом обмежено можливість застосування спеціальної конфіскації вичерпним переліком злочинів та необгрунтовано відокремлено її від інших (схожих за змістом), передбачених у санкціях статей КК наслідків, пов'язаних із конфіскацією конкретизованих предметів (див.: Пироженко О.С. Спеціальна конфіскація у кримінальному та кримінально процесуальному праві України: нові положення, нові виклики // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2014. – С. 407, 409).

¹⁰⁵ Цей захід ми називаємо додатковим, позаяк він має допоміжне значення для розв'язання кримінально-правового конфлікту.

2014 р.), згодом ухваленому як ЗУ від 13 травня 2014 р., зазначалось, що спеціальна конфіскація застосовується у випадках, визначених Кримінальним кодексом України, за умови вчинення злочину або суспільно небезпечного діяння, що містить ознаки злочину, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу. Таке визначення сфери застосування спеціальної конфіскації як заходу кримінально-правового характеру, не будучи «прив'язаним» до корупційних злочинів, видавалось більш прийнятним порівняно з чинною редакцією ст. 96-1 КК.

Згаданий законопроект у частині вирішення питань, пов'язаних із спеціальною конфіскацією, робив ще один крок уперед: цим документом, крім усього іншого, пропонувалось виключити згадування про конфіскацію та знищення певних різновидів майна із конкретних норм Особливої частини КК України (відповідних частин статей 176, 177, 201, 203-1, 204, 209, 216, 229, 239-1, 239-2, 240, 244, 246, 248, 249, 300, 301, 305, 321-1, 332, 334, 361-1, 362, 363-1), а так само згадування про спеціальну конфіскацію із санкцій кримінально-правових норм про окремі корупційні злочини¹⁰⁶. У випадку сприйняття такої пропозиції законодавцем була б реалізована конструктивна і підтримувана багатьма вітчизняними дослідниками ідея надання спеціальній конфіскації статусу заходу кримінально-правового характеру, врегульованого не Особливою, а Загальною частиною КК України. «Оптимальним виходом була б можливість застосування судом спеціальної конфіскації незалежно від виду вчиненого злочину»¹⁰⁷.

Дещо іншої точки зору дотримується Н.А. Орловська. На її думку, перелік предметів, які підлягають спеціальній конфіскації, не обов'язково має бути узагальненим, адже на ці предмети вказується в нормах Особливої частини КК України. Спеціальна конфіскація має бути універсальним заходом

¹⁰⁶ Варто нагадати, що законопроект «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедур здійснення конфіскації» (реєстраційний № 9208 від 22 вересня 2011 р.) також передбачав виключення вказівок на прояви спеціальної конфіскації з норм Особливої частини КК України.

¹⁰⁷ Задоя К.П. Вирішення питання про долю речових доказів та документів за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року як правовий захід, відмінний від спеціальної конфіскації // Право і громадянське суспільство. – 2013. – № 4. – С. 104.

у тому плані, що вона (її різновиди) має включатися у всі санкції норм Особливої частини КК України, які цього потребують, на єдиних підставах та за однакових умов¹⁰⁸.

На наш погляд, різновиди майна, що підлягають спеціальній конфіскації, хоч і в загальному вигляді, проте вичерпно перераховані в ст. 96-2 КК, а тому зберігати вказівки на конкретні різновиди майна, яке підлягає вилученню і передачі у власність державі, в нормах Особливої частини КК України (і, тим більше, збільшувати кількість таких вказівок, посилюючи тим самим казуїстичність кримінального закону) навряд чи доцільно.

На користь пропозиції про виключення вказівки на спеціальну конфіскацію з норм Особливої частини КК України хотіли б зазначити і те, що санкції цих норм мають визначати розмір і вид покарань, як про це йдеться в ч. 4 ст. 52, ст. 65 КК), і не включати відмінні від них заходи кримінально-правового характеру, в т. ч. спеціальну конфіскацію.

Чинним КК передбачено, що спеціальна конфіскація застосовується також у разі, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудністю, або звільняється від кримінальної відповідальності чи покарання (крім звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності). Наведене законодавче положення, яке допускає конфіскацію не у зв'язку з обвинувальним вироком суду¹⁰⁹ та яке зайвий раз засвідчує відмінність правової природи спеціальної конфіскації від правової природи покарання, з'явилося у КК України на підставі ЗУ від 13 травня 2014 р.: до набрання ним чинності спеціальна конфіскація не могла бути застосована, якщо

¹⁰⁸ Орловська Н.А. Актуальні питання системи покарань у контексті побудови санкцій норм Особливої частини КК України // Право і суспільство. – 2013. – № 6-2. – С. 309

¹⁰⁹ Питання про застосування спеціальної конфіскації може вирішуватись, наприклад, ухвалою суду про закриття кримінального провадження та звільнення особи від кримінальної відповідальності (ч. 3 ст. 288 КПК), ухвалою про застосування примусових заходів медичного характеру та закриття кримінального провадження (ч. 2 ст. 500 КПК), ухвалою про застосування примусових заходів виховного характеру та закриття кримінального провадження (ч. 2 ст. 513 КПК), або ухвалою суду, постановленою на підставі клопотання слідчого чи прокурора (ч. 9 ст. 100 КПК) (див.: Казанець О.І. Правове регулювання спеціальної конфіскації в контексті прийняття проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням плану дій щодо лібералізації Європейським союзом візового режиму для України» № 4556 від 25.03.2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://molodyvcheny.in.ua/files/conf/law/05may2014/09.pdf>).

суспільно небезпечне діяння не визнавалось злочином (наприклад, винна особа не була суб'єктом злочину).

Цікаво, що у висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ на законопроект, згодом прийнятий як ЗУ від 13 травня 2014 р., розглядувана новела зазнала серйозної критики. У своїх міркуваннях парламентські експерти виходили з того, що єдиною підставою кримінальної відповідальності, а отже, застосування заходів кримінально-правового характеру є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК (ч. 1 ст. 2 КК). Таку ж точку зору висловлює Д.О. Балобанова¹¹⁰. Не поділяючи такий підхід, зауважимо, що кримінальна відповідальність є типовим (проте не єдиним) елементом у системі заходів кримінально-правового впливу, відомих чинному КК України.

Вище ми вже зазначали, що факт застосування спеціальної конфіскації до осіб, які вчинили не злочин, а інше суспільно небезпечне діяння, не може свідчити про відсутність кримінально-правової природи аналізованого заходу. Крім того (і в цьому вбачається подібність між спеціальною конфіскацією, з одного боку, та примусовими заходами виховного і медичного характеру, з іншого), застосування спеціальної конфіскації може як мати, так і не мати відношення до реалізації кримінальної відповідальності. У випадках застосування спеціальної конфіскації до неосудного, особи, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або того, хто звільняється від кримінальної відповідальності, спеціальна конфіскація виступає як альтернативний кримінальній відповідальності захід кримінально-правового впливу. Як слушно зазначається в літературі, за аналогією застосування примусових заходів виховного або медичного характеру, які (як і спеціальна конфіскація) за своєю природою є заходами кримінально-правового впливу, здійснюється без «прив'язки» до кримінальної відповідальності стосовно осіб, які не є суб'єктами злочину і такій відповідальності апріорі не

¹¹⁰ Балобанова Д.О. Запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб у контексті дослідження динаміки кримінального права // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2014. – С. 211.

підлягають¹¹¹. Через те, що спеціальна конфіскація має дуалістичну кримінально-правову природу, вона може застосовуватися як додаток до однієї з форм кримінальної відповідальності або як самостійний кримінально-правовий захід, альтернативний кримінальній відповідальності¹¹².

До речі, оскільки до осіб, які вчинили злочини, можуть застосовуватись не лише покарання, а і, наприклад, примусові заходи виховного або медичного характеру, а також спеціальна конфіскація, бажано, щоб удосконалена ч. 2 ст. 1 КК України містила вказівку як на покарання, так і на відмінні від нього заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються до порушників кримінально-правових заборон.

По-іншому критикує положення про можливість застосування спеціальної конфіскації до того, хто не є суб'єктом злочину, К.П. Задоя. На його думку, суспільно небезпечні діяння осіб, які не досягли віку кримінальної відповідальності, та суспільно небезпечна активність (пасивність) неосудних осіб не є правопорушеннями. Відповідно, положення про застосування спеціальної конфіскації щодо таких осіб не узгоджується з ч. 1 ст. 354 ЦК України, згідно з якою конфіскація застосовується в разі вчинення особою правопорушення¹¹³. На наш погляд, діяння неосудних та осіб, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, охоплюються поняттям правопорушення як суспільно небезпечного або шкідливого діяння, яке порушує норму права¹¹⁴.

¹¹¹ Казанець О.І. Правове регулювання спеціальної конфіскації в контексті прийняття проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням плану дій щодо лібералізації Європейським союзом візового режиму для України» № 4556 від 25.03.2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://molodyvcheny.in.ua/files/conf/law/05may2014/09.pdf>

¹¹² Єрмак О.В. Місце спеціальної конфіскації в механізмі протидії злочинності [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/lkonf/6.pdf>

¹¹³ Задоя К.П. Окремі зауваження щодо проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедури здійснення конфіскації» // Право і громадянське суспільство. – 2012. – № 1. – С. 31; Задоя К.П. Нормативне (законодавче) вирішення питання про юридичну природу спеціальної конфіскації майна *de lege ferenda* // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. – № 2. – С. 84.

¹¹⁴ Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1998 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cycolop.com.ua/content/view/1259/58/1/23/#41491>

Цікаво, В.М. Куц висловлюється за визнання ексцесів неосудних та малолітніх кримінальними правопорушеннями (див.: Куц В.М. Від дихотомії «злочин-покарання» до кримінального правопорушення та кримінально-правових засобів реагування // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Нові завдання та напрямки розвитку юридичної науки у XXI столітті», 15–16 листопада 2013 р., Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив». – Львів, 2013. – С. 54).

Згідно з ч. 4 ст. 96-2 КК України гроші, цінності та інше майно, зазначені в цій статті, передані особою, яка вчинила злочин або суспільно небезпечне діяння, що містить ознаки злочину, передбаченого КК, іншій фізичній або юридичній особі, підлягають спеціальній конфіскації, якщо особа, яка прийняла майно, знала або повинна була знати, що таке майно одержано внаслідок вчинення злочину, передбаченого статтею 354, статтями 364, 364-1, 365-2, 368–369-2 КК, або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого зазначеними статтями. Встановлено, що спеціальна конфіскація не застосовується до грошей, цінностей та іншого майна, зазначених у ст. 96-2 КК, які згідно із законом підлягають поверненню власнику (законному володільцю) або призначені для відшкодування шкоди, завданої злочином.

Викладене законодавче положення дозволяє поставити під сумнів тезу В.С. Батиргарєєвої про те, що однією з цілей спеціальної конфіскації є відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди, спричинених власнику (законному володільцю)¹¹⁵. Разом з тим дослідниця має рацію, коли до цілей спеціальної конфіскації відносить попередження продовження тією чи іншою особою злочинної діяльності і відновлення соціальної справедливості, зокрема, шляхом вилучення в особи, винної у вчиненні злочину, майна, що було предметом кримінального правопорушення або яке перетворене на інше майно.

Положення, закріплені в ч. 4 ст. 96-2 КК, із змістовної точки загалом видаються слухними; незрозумілим, щоправда, залишається те, чому вони мають стосуватись лише спеціальної конфіскації як заходу кримінально-правового характеру відносно осіб, які вчинили окремі корупційні злочини.

¹¹⁵ Батиргарєєва В.С. Цілі спеціальної конфіскації у системі запобігання злочинності // Матеріали Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю». – Івано-Франківськ, 2014. – С. 9–12.

Так само міркує Н.О. Орловська, яка пише, що вважати спеціальну конфіскацію заходом, призначеним для компенсації шкоди або збитків потерпілій особі, не видається можливим; компенсація стосується лише держави (див.: Орловская Н.А. Актуальные проблемы уголовно-правовой регламентации специальной конфискации // Відповідальність за кримінальні правопорушення у сучасному вимірі: Матер. Інтернет-конф., присвяченої пам'яті Л.В. Багрій-Шахматова, 27 грудня 2013 року, м. Одеса. – С.111–114 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://onua.edu.ua/downloads/crime_pravo/internet-conf-27122013.doc).

Водночас ми усвідомлюємо ту обставину, що В.С. Батиргарєєва послідовно обстоює широке (кримінологічне) розуміння спеціальної конфіскації, стверджуючи, що для аналізу запобіжних можливостей того чи іншого заходу впливу на злочинність важливим є не розв'язання питання щодо правової природи цього заходу, а факт усунення перш за все матеріальної основи для продовження злочинної діяльності за допомогою вилучення у злочинців певного майна.

Крім двох видів спеціальної конфіскації, відомих КК України, які є передбаченими матеріальним законом негативними наслідками для того, хто вчинив злочин (інше суспільно небезпечне діяння), є підстави (звичайно, з певною часткою умовності¹¹⁶) вести мову про спеціальну конфіскацію, урегульовану, як і раніше, КПК України. Маємо на увазі розраховані на будь-які злочини положення про речові докази. Показово, що кримінально-процесуальна конфіскація інколи визначається в літературі як інструмент розпорядження речовими доказами¹¹⁷. Останніми визнаються матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в т. ч. предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 98 КПК)¹¹⁸.

Дозволимо собі не погодитись із Б.В. Волженкіним, який, аналізуючи законодавство РФ про конфіскацію як захід кримінально-правового характеру, називає неправильним тлумачення майна, що підлягає конфіскації, як речових доказів, оскільки таке майно нібито нічого не доказує¹¹⁹. Законодавець (як український, так і російський) традиційно визнає відповідні різновиди майна речовими доказами. Нам імпонує висловлювання про те, що майно, отримане

¹¹⁶ Річ у тім, що у КПК законодавець розмежує спеціальну конфіскацію та вирішення питання про долю речових доказів, виходячи з того, що кожен із цих правових заходів має свій зміст. К.П. Задоя аргументує виправданість такого розмежування; спеціальна конфіскація становить собою інший захід кримінально-правового характеру (визначальними у цьому разі є положення ст.ст. 96-1, 96-2КК), а вирішення питання про долю речових доказів є специфічним заходом кримінально-процесуального характеру. Прийнявши ЗУ від 18 квітня 2013 р., законодавець унеможливив ототожнення спеціальної конфіскації та вирішення питання про долю речових доказів, натомість сконструювавши два різних за своїм характером правових заходи, один з яких є матеріально-правовим, а інший – процесуально-правовим (див.: Задоя К.П. Вирішення питання про долю речових доказів та документів за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року як правовий захід, відмінний від спеціальної конфіскації // Право і громадянське суспільство. – 2013. – № 4. – С. 101–103).

¹¹⁷ Карпов К. Н. Иные меры уголовно-правового характера как средство противодействия совершению преступлений: дис. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2010. – С. 186–187.

¹¹⁸ Про пов'язані з речовими доказами проблеми правозастосування див. узагальнення судової практики: Судова практика щодо вирішення питання про речові докази, передачу в дохід держави грошей, валюти, цінностей, іншого нажитого злочинним шляхом майна або такого, що було об'єктом злочинних дій // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 6. – С. 26–34.

¹¹⁹ Волженкин Б.В. Избранные труды по уголовному праву и криминологии (1963 – 2007 гг.). – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 704.

злочинним шляхом, засоби вчинення злочину та майно, обіг якого заборонено чи обмежено, «злите» з доказами¹²⁰.

А.М. Яценко, прагнучи відмежувати спеціальну конфіскацію як захід кримінально-правового характеру від передбаченої КПК конфіскації, пише, що спеціальній конфіскації підлягають лише ті гроші, цінності та інше майно, які не є речовими доказами, і тільки у випадку, якщо вона передбачена у відповідній санкції статті Особливої частині КК України¹²¹. Чинне законодавство України не дозволяє погодитись з першою з відмітних ознак, виділених науковцем. Насправді має місце перетинання конфіскацій у різних правових галузях¹²², що може розглядатись як прояв дифузії галузей права. Щодо другої ознаки, то, як вже зазначалось, унаслідок ухвалення ЗУ від 13 травня 2014 р. буквальне тлумачення закону не дозволяє називати спеціальною конфіскацією вилучення майна у випадках, передбачених Особливою частиною КК України (за винятком її Розділу XVIII).

Чітко не визначивши співвідношення між вилученням майна, здійснюваним на підставі кримінального і кримінального процесуального законодавця, і, можливо, допустивши невинуватене дублювання правових норм¹²³, законодавець водночас уніфікував процесуальний порядок такого вилучення. Відповідно до ч. 9 ст. 100 КПК України питання про спеціальну конфіскацію і долю речових доказів вирішується судом під час ухвалення судового рішення, яким закінчується кримінальне провадження. У разі закриття кримінального провадження слідчим або прокурором питання про спеціальну конфіскацію і долю речових доказів вирішується ухвалою суду на підставі

¹²⁰ Михайлов В.И. Институт конфискации имущества в международном праве и некоторые тенденции его развития в законодательстве государств СНГ // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. – Вип. 15. – Х.: Вид-во «Кроссрод», 2008. – С. 282.

¹²¹ Яценко А.М. Застосування заходів кримінально-правового характеру: монографія. – Х.: ХНУВС, 2014. – С. 265–266, 268.

¹²² Лопашенко Н. Уголовно-правовая и уголовно-процессуальная конфискация (анализ соотношения на основе судебной практики) // Уголовное право. – 2011. – № 5. – С. 123.

¹²³ З приводу цього дублювання О.П. Горпинюк пише, що введення до КК України положень про спеціальну конфіскацію ускладнило як процедуру здійснення конфіскації, так і встановлення співвідношення конфіскації, визначеної у ст. 100 КПК України, та конфіскації предметів, передбаченої нормами Особливої частини КК України (див.: Горпинюк О.П. Порушення правил юридичної техніки між положеннями КПК та КК України // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2014. – С. 389).

відповідного клопотання. При цьому:

1) гроші, цінності та інше майно, які підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення та/або зберегли на собі його сліди, конфіскуються, крім випадків, коли власник (законний володілець) не знав і не міг знати про їх незаконне використання¹²⁴. У такому разі зазначені гроші, цінності та інше майно повертаються власнику (законному володільцю);

2) гроші, цінності та інше майно, які призначалися (використовувалися) для схиляння особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення або винагороди за його вчинення, конфіскуються;

3) майно, що було предметом кримінального правопорушення, пов'язаного з незаконним обігом, та/або вилучене з обігу, передається відповідним установам або знищується;

4) майно, яке не має ніякої цінності і не може бути використане, знищується, а у разі необхідності передається до криміналістичних колекцій експертних установ або заінтересованим особам на їх прохання;

5) гроші, цінності та інше майно, що були предметом кримінального правопорушення або іншого суспільно небезпечного діяння, конфіскуються, крім тих, які повертаються власнику (законному володільцю), а якщо його не встановлено – переходять у власність держави в установленому КМУ порядку;

б) гроші, цінності та інше майно, що одержані фізичною або юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від нього, а також майно, в яке їх було повністю або частково перетворено, конфіскуються.

Застосування спеціальної конфіскації здійснюється тільки після доведення в судовому порядку стороною обвинувачення, що власник (законний володілець)

¹²⁴ Формула «не знав і не міг знати про їх незаконне використання» (є фрагментом законодавчої характеристики злочинної недбалості – ч. 2 ст. 25 КК) фактично не є універсальною, оскільки непридатна для вирішення ситуацій, коли власником чи законним володільцем майна є юридична особа (див.: Задоя К.П. Окремі зауваження щодо проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедури здійснення конфіскації» // Право і громадянське суспільство. – 2012. – № 1. – С. 32–33).

грошей, цінностей та іншого майна знав про їх незаконне походження та/або використання. До речі, як відзначає Л.М. Лобойко, у випадку зі спеціальною конфіскацією особа, щодо якої вирішується це питання і яка не є обвинуваченим, не має процесуальних механізмів для відстоювання власної позиції щодо того, чи знала вона про злочинне походження грошей, цінностей та іншого майна. У разі відсутності у винної особи майна, на яке може бути звернене стягнення, крім майна, яке підлягає спеціальній конфіскації, збитки, завдані потерпілому, цивільному позивачу, відшкодовуються за рахунок коштів від реалізації конфіскованого майна, а частина, що залишилася, переходить у власність держави. У разі якщо власник (законний володілець) грошей, цінностей та іншого майна був встановлений після застосування спеціальної конфіскації та не знав і не міг знати про їх незаконне використання, він має право вимагати повернення належного йому майна або коштів з державного бюджету, отриманих від реалізації такого майна (ч. 11 ст. 100 КПК). На переконання Л.М. Лобойка, наведена норма є такою, що суперечить принципу правової визначеності: 1) після того, як застосовано спеціальну конфіскацію, обов'язок встановлювати власника (законного володільця) конфіскованих грошей, цінностей та іншого майна ні на кого не покладений; 2) право власника (володільця) вимагати повернення належного майна або коштів з державного бюджету має декларативний характер, бо не регламентована процедура його реалізації і не визначені суб'єкти, зобов'язані це робити; 3) процесуальний статус особи, щодо якої вирішується питання про спеціальну конфіскацію (окрім обвинуваченого), в законі не визначений. Для відстоювання свого права власності особу, щодо якої вирішується питання про застосування спеціальної конфіскації, доцільно наділити правами цивільного позивача¹²⁵.

Удосконалена ч. 9 ст. 100 КПК має повністю кореспондувати з ч. 1 ст. 96-2 КК, яка визначає коло предметів, до яких може бути застосована спеціальна конфіскація; на сьогодні ця норма навряд чи виправдано містить матеріально-

¹²⁵ Лобойко Л.М. Проблемні питання реалізації норм КПК, що регламентують процедуру забезпечення спеціальної конфіскації [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://center.law.univ.kiev.ua/index.php/tezy-konferentsii>

правові положення, які до того ж дублюють положення КК України. Разом з тим беззастережна та остаточна відмова від процедури «вирішення питання про долю речових доказів», вважає К.П. Задоя, виглядає невиправданою. Однак на рівні КПК така процедура має фіксуватись в окремій частині ст. 100 КПК¹²⁶.

Таким чином, на сьогодні безоплатне вилучення і передача у дохід держави знарядь, засобів або предметів злочину, грошей, цінностей, інших речей, нажитих (здобутих) злочинним шляхом, деяких інших різновидів майна, пов'язаних із вчиненням кримінально караних діянь, здійснюється на підставі норм як КК, так і КПК України. Співвідношення цих норм є доволі заплутаним. Незважаючи на те, що у 2013 р. в Україні був зроблений серйозний і загалом прогресивний крок на шляху утвердження матеріально-правової природи спеціальної конфіскації та її законодавчого закріплення як одного із кримінально-правових заходів, альтернативних покаранню, сьогоднішня законодавча регламентація спеціальної конфіскації не позбавлена вад. До них передусім варто віднести те, що законодавче визначення поняття спеціальної конфіскації (ст. 96-1 КК України), чомусь розраховане лише на окремі корупційні злочини, не узгоджується з іншими положеннями кримінального закону – а саме статтею 96-2 КК, яка закріплює випадки застосування спеціальної конфіскації і формулювання якої носять універсальний характер, а також із санкціями норм Особливої частини КК України (крім її Розділу XVIII), які передбачають вилучення і знищення певних різновидів майна, що вкотре породжує невизначеність правової природи цього заходу. Вважаємо, що вдосконалена ст. 96-1 КК України повинна в узагальненому вигляді вказувати на те, що спеціальна конфіскація застосовується у випадках, визначених цим Кодексом, за умови вчинення злочину або суспільно небезпечного діяння, що містить ознаки злочину. Крім цього, пропонуємо виключити згадування про конкретні прояви спеціальної конфіскації із санкцій норм Особливої частини КК України. Також формулювання кримінального закону, присвячені спеціальній

¹²⁶ Задоя К.П. Вирішення питання про долю речових доказів та документів за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року як правовий захід, відмінний від спеціальної конфіскації // Право і громадянське суспільство. – 2013. – № 4. – С. 104.

конфіскації, мають бути максимально узгоджені з нормами КПК України, які визначають правову долю речових доказів, і нормами цивільного законодавства.

Завершуючи розгляд питання про спеціальну конфіскацію, відзначимо, що в Україні відсутнє законодавство, яке дає змогу конфісковувати майно, набуте внаслідок злочинної діяльності, якщо підозрюваний (обвинувачений) ухиляється від слідства чи суду (про це говориться в Засадах державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційній стратегії) на 2014–2017 роки, затверджених ЗУ від 14 жовтня 2014 р.). Крім цього, застосування спеціальної конфіскації в правовій системі України поза кримінальним провадженням неможливе, хоча певні конфіскаційні наслідки порушення публічно-правових норм у регулятивному (зокрема, цивільному та господарському) законодавстві України передбачено. У зв'язку з цим вельми злободенною є проблема імплементації положень Конвенції ООН проти корупції 2003 р. про конфіскацію майна, здійснювану поза кримінальним провадженням. Так, відповідно до п. 8 ст. 31 згаданої Конвенції держави – її учасниці можуть запровадити вимогу, щоб особа, яка вчинила злочин, доводила законне походження доходів, ймовірно отриманих внаслідок злочину, або іншого майна, що підлягає конфіскації, – тією мірою, якою ця вимога відповідає, зокрема, основоположним принципам внутрішнього законодавства країни. Багато сучасних держав, узгоджуючи національне законодавство з міжнародно-правовими стандартами, сприйняли ідею презумпції злочинного походження майна, належного особі, засудженій за вчинення певних злочинів (пов'язаних з наркотиками, організованою злочинністю, відмиванням «брудних» доходів тощо). Тягар доказування законності походження майна в цьому разі покладається на засудженого після того, як обвинувачення встановить, що у володінні особи знаходиться майно, вартість якого непропорційна її законним доходам. Вважається, що законодавче запровадження положення про незаконне збагачення як про оспорювану і, врешті-решт, нелегітимну власність означатиме розумне посилення публічних засад у цивільному праві. Тим більше, що практика Європейського суду з прав

людини, а також держав, які протягом тривалого часу застосовують цивільну конфіскацію, підтверджує неспроможність доводів про те, що конфіскація в цивільно-правовому порядку порушує право на справедливий судовий розгляд і право власності. Адже володілець майна, як ніхто інший, обізнаний про джерела походження свого майна і може легко продемонструвати їх законність¹²⁷.

На цьому аналіз таких понять, як арешт майна, опис майна, застава майна та конфіскація майна, вважаємо завершеним, що дає можливість перейти до розгляду питань, пов'язаних із **соціальною обумовленістю криміналізації незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації**.

Прийняття будь-якої правової норми (казане стосується і ст. 388 КК України) передують певні підготовчі етапи, сукупність яких можна назвати процесом формування права. Як зазначає С.С. Алексєєв, такий процес складається з двох основних стадій: стадії виникнення об'єктивної суспільної потреби в існуванні юридичного регулювання відносин та стадії правотворчості – державної діяльності, в результаті якої визначені положення, отримуючи формальне закріплення, отримують статус юридичних норм, виступають у вигляді норм писаного права¹²⁸. Кримінальна правотворчість складається з таких етапів: 1) виявлення негативних явищ, які потребують боротьби з ними кримінально-правовими заходами; 2) оцінка природи цих явищ, їх економічної, соціальної, психологічної і кримінологічної обумовленості; 3) прогнозування результатів дії закону; 4) ухвалення рішення про необхідність певного закону; 5) формулювання тексту кримінального закону; 6) прийняття кримінального закону¹²⁹. Цей процес інакше можна назвати криміналізацією суспільно небезпечних діянь.

За загально визнаною у кримінально-правовій літературі думкою,

¹²⁷ Ильина Л.Г. Международно-правовое регулирование сотрудничества государств в решении вопросов, связанных с конфискацией доходов, полученных преступным путем: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2010. – С. 9.

¹²⁸ Алексєєв С.С. Теория права. – Харьков: БЕК, 1994. – С. 108–109.

¹²⁹ Комиссаров В.С. Борьба с преступностью мерами уголовного права (понятие, сущность, содержание): уч. пособ. – М.: Изд-во МГУ, 1989. – С. 53.

криміналізація – це віднесення законодавцем того чи іншого діяння до числа злочинів, інакше кажучи, встановлення кримінальної відповідальності за його вчинення¹³⁰. Діяльність законодавця, що полягає у встановленні кримінально-правових заборон, не може бути довільною і повинна (в ідеалі) підлягати певним правилам, виробленим юридичною наукою. Ці правила у кримінально-правовій літературі називаються та групуються по-різному¹³¹. Досліджуючи та формулюючи такі правила, одні науковці пропонують розглядати їх як набір *питань*, що підлягають обов'язковому з'ясуванню в процесі вирішення проблеми встановлення кримінальної відповідальності¹³²; інші пропонують розглядати їх як сукупність об'єктивних і суб'єктивних *умов* криміналізації¹³³; треті вважають за доцільне вести мову про три групи *підстав* криміналізації (юридико-кримінологічні, соціально-економічні та соціально-психологічні підстави)¹³⁴; четверті ведуть мову про *критерії* криміналізації, поділяючи їх на соціальні, економічні та інші¹³⁵; п'яті групують вимоги щодо криміналізації діянь на *приводи*, *підстави* та *умови* криміналізації¹³⁶. Існують і інші підходи щодо систематизації правил криміналізації діянь та форми їх описання.

Так, класичним підходом стосовно чинників криміналізації вважається вчення, у межах якого підставою криміналізації визнається зумовлена змінами соціальної, економічної або політичної обстановки справжня потреба в тій чи

¹³⁰ Злобин Г.А., Келина С.Г. Некоторые теоретические вопросы криминализации общественно опасных деяний // Проблемы правосудия и уголовного права. – М., 1978. – С. 104; Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация / В.Н. Кудрявцев, П.С. Дагель, Г.А. Злобин и др.; под ред. В.Н. Кудрявцева, А.М. Яковлева. – М.: Наука, 1982. – С. 17; Антонов А.Д. Теоретические основы криминализации // «Черные дыры» в российском законодательстве. – 2002. – № 2. – С. 91; Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 7.

¹³¹ Див., наприклад: Антонов А.Д. Принципы криминализации общественно опасных деяний в уголовно-правовой науке // Вестник Московского университета. – Серия 11. Право. – 2000. – № 4. – С. 79–90; Антонов А.Д. Классификация оснований и принципов криминализации деяний в уголовно-правовой науке // Российский следователь. – 2001. – № 4. – С. 33–35; Готін О. Підстави криміналізації діянь // Право України. – 2005. – № 2. – С. 95–98; Кузнецова Н.Ф., Злобин Г.А. Социальная обусловленность уголовного законодательства и научное обеспечение нормотворчества // Советское государство и право. – 1976. – № 8. – С. 76–83; Плаксина Т.А. Основания уголовно-правовых норм, уголовно-правового запрета, криминализации: понятие и соотношение // Государство и право. – 2005. – № 6. – С. 41–47.

¹³² Фефелов П.А. Критерии установления уголовной наказуемости деяний // Советское государство и право. – 1970. – № 11. – С. 105.

¹³³ Дагель П.С. Условия установления уголовной наказуемости // Правоведение. – 1975. – № 4. – С. 67–74.

¹³⁴ Коробеев А.И. Советская уголовно-правовая политика: проблема криминализации и пенализации. – Владивосток: Изд-во Дальневосточного университета, 1987. – С. 69.

¹³⁵ Курляндский В.И. Уголовная политика, дифференциация и индивидуализация уголовной ответственности // Основные направления борьбы с преступностью. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 77–95.

¹³⁶ Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 7–9.

іншій кримінально-правовій новелі, а принципи криміналізації поділяються на дві основні групи – соціальні і соціально-психологічні та системно-правові (загально-правові і кримінально-правові). При цьому, крім підстави і принципів криміналізації, виокремлюються і приводи встановлення кримінально-правової заборони. Першу групу принципів криміналізації складають принципи суспільної небезпеки, відносної поширеності діяння, пропорційності позитивних і негативних наслідків криміналізації та кримінально-політичної адекватності. До загально-правових принципів криміналізації віднесені принципи конституційної адекватності, системно-правової несуперечливості, міжнародно-правової необхідності і допустимості, процесуальної здійсненості переслідування, а до кримінально-правових – принципи відсутності прогалин у законі, визначеності та єдності термінології, повноти складу злочину, ненадмірності та економії репресії¹³⁷.

Провівши комплексний аналіз відповідної кримінально-правової літератури, ми встановили, що попри істотно різні підходи до систематизації правил (вимог), які висуваються до криміналізації діянь, за змістом вони значною мірою збігаються. Інакше кажучи, дискусія між науковцями носить скоріш термінологічний, а не змістовний характер, точиться не стільки щодо суті правил (обов'язкових вимог) криміналізації, скільки щодо їх систематизації (групування) та узагальнюючої назви таких вимог. У зв'язку з цим вважаємо таку дискусію значною мірою теоретичною і такою, що не має вирішального значення для нашого монографічного дослідження. Значно важливішим для нас є системний аналіз положень ст. 388 КК України під кутом конкретних правил (вимог) криміналізації діянь.

Для здійснення пропонованого аналізу ми користуватимемося концепцією, розробленою М.І. Хавронюком, яка, з нашої точки зору, вдало

¹³⁷ Основания уголовного-правового запрета. Криминализация и декриминализация / В.Н. Кудрявцев, П.С. Дагель, Г.А. Злобин и др.; под ред. В.Н. Кудрявцева, А.М. Яковлева. – М.: Наука, 1982. – С. 204–240.

Нерідко у наукових роботах з кримінального права їх автори використовують зворот «принципи криміналізації ...» (далі вказується злочин певного виду, передбачений конкретною статтею КК України). З огляду на те, що принципи криміналізації є розробленими доктриною універсальними правилами, яким має підкорятись діяльність законодавця із встановлення будь-яких кримінально-правових заборон, правильніше вести мову про врахування принципів криміналізації при запровадженні кримінальної відповідальності за той чи інший злочин.

поєднує в собі вимоги щодо процесу криміналізації діянь. Видається, що запропонована цим дослідником концепція є переосмисленим і доопрацьованим варіантом концепції Г.А. Злобіна, який у своїх працях пропонував подіяти всі вимоги до процесу криміналізації на підстави, приводи та принципи криміналізації. Зокрема, М.І. Хавронюк правильно звернув увагу на те, що ті явища, які Г.А. Злобін відносить до підстав криміналізації, з філологічної точки зору точніше називати приводами криміналізації.

Передусім зауважимо, що врахування тієї обставини, що в межах ст. 388 КК України передбачено не один, а два основних склади злочину, і того, що диспозицією ч. 1 ст. 388 КК України охоплюється кілька діянь, які істотно відрізняються як за змістом, так і рівнем соціальної шкідливості, привело нас до висновку про доцільність аналізу соціальної обумовленості криміналізації діянь, описаних ст. 388 КК, окремо щодо: 1) незаконних дій з арештованим чи описаним майном; 2) незаконних дій з конфіскованим майном; 3) незаконних дій із заставленим майном.

Переходячи до безпосереднього розгляду соціальної обумовленості криміналізації незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, слід зазначити, що для такого рішення мають бути відповідні приводи.

Такими приводами можуть бути: 1) необхідність виконання зобов'язань за міжнародними договорами, ратифікованими ВРУ; 2) необхідність створення правових механізмів утвердження і забезпечення прав і свобод людини як головного обов'язку держави (ст. 3 Конституції України); 3) необхідність забезпечення реалізації певних положень Конституції та інших законів України; 4) результати кримінологічних досліджень щодо динаміки та поширеності певного діяння, які обґрунтовують необхідність його кримінально-правової заборони. При цьому, як правило, не криміналізується діяння, яке не є поширеним або, навпаки, – поширеним настільки, що боротьба з ним кримінально-правовими засобами буде вкрай неефективною;

5) громадська думка¹³⁸.

Говорячи про приводи криміналізації незаконних дій з арештованим чи описаним майном, слід зазначити, що вони своїм корінням сягають давньої історії становлення та розвитку нашої держави, адже перші норми, покликані забезпечувати належний порядок із таким майном, було закладено ще в XVII–XIX століттях у приписах Військового статуту Петра I, який частково діяв і на території сьогодношньої України, а також у положеннях Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. Подальше кримінальне законодавство, що діяло на території сучасної України, вже ніколи не відмовлялося від кримінально-правової заборони незаконних дій з описаним чи арештованим майном (детальніше про це йтиметься згодом).

Інша річ, що обсяг криміналізації незаконних дій з арештованим чи описаним майном неодноразово змінювався. Так, у період чинності ст. 182 КК УРСР 1960 р. (з 1 квітня 1961 р. по 1 вересня 2001 р.) кримінально караними були як утаювання, так і розтрата майна, на яке накладено арешт або яке описано, вчинені особою, якій це майно ввірено. У період чинності ст. 388 КК України в первинній редакції (з 1 вересня 2001 р. по 31 березня 2005 р.) кримінально караним було виключно приховування майна, що підлягає конфіскації або на яке накладено арешт чи яке описано. З 31 березня 2005 р.¹³⁹ ст. 388 КК України передбачає відповідальність за будь-які незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, або яке описано чи підлягає конфіскації.

Таким чином, 31 березня 2005 р. відбулася криміналізація всіх незаконних дій з арештованим чи описаним майном, за винятком його приховування. Автори проекту ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо відповідальності громадян та посадових осіб у виконавчому провадженні)» (реєстраційний № 5311 від 25 березня 2004 р.), обґрунтовуючи таку пропозицію (а отже, і привід до криміналізації) зазначали наступне: «Проектом пропонується статтю 388 Кримінального кодексу України

¹³⁸ Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 7.

¹³⁹ День набрання чинності ЗУ від 3 березня 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України».

викласти у новій редакції за наступних причин. Чинна редакція даної статті передбачає кримінальну відповідальність лише за приховування майна, що підлягає конфіскації або на яке накладено арешт чи яке описано. Однак, на практиці має місце ще й розтрата, відчуження, підміна, пошкодження, знищення майна вказаної категорії, а також порушення обмеження права користування таким майном, однак кримінальна відповідальність особи за такі незаконні дії відсутня. Крім того, пропонується встановити кримінальну відповідальність представника банківської або іншої фінансової установи за здійснення банківських операцій з грошовими коштами (вкладами), на які накладено арешт»¹⁴⁰. Із цього можна зробити висновок, що приводом до криміналізації всіх незаконних дій з арештованим чи описаним майном стали результати відповідних досліджень щодо змісту, динаміки та поширеності таких діянь.

Аналогічним був привід і до криміналізації всіх незаконних дій з конфіскованим майном (розглянуті вище процеси щодо кримінально-правової заборони незаконних дій з арештованим і описаним майном відбувалися і з кримінально-правовою заборонаю незаконних дій з конфіскованим майном).

Для того, щоб з'ясувати приводи криміналізації незаконних дій із заставленим майном, ми звернулися до пояснювальних записок (їх було дві) авторів ЗУ від 22 вересня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг»¹⁴¹, яким уперше в історії українського законодавства було криміналізоване діяння «незаконні дії із заставленим майном». Уважно вивчивши ці документи та не знайшовши жодних положень, які б стосувалися криміналізації зазначеного діяння, ми зробили висновок про те, що привід до

¹⁴⁰ Пояснювальна записка до проекту закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 24 березня 2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=17613

¹⁴¹ Пояснювальна записка до проекту закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав кредиторів та споживачів фінансових послуг» від 10 листопада 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=38992; Пояснювальна записка до проекту закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав кредиторів та споживачів фінансових послуг» від 6 квітня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=38992

криміналізації незаконних дій із заставленим майном як на момент розроблення відповідного законопроекту, так і на момент прийняття ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» не було.

Із змісту норм самого ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг», а також пояснювальних записок до його проектів (щодо загальних цілей цього закону, завдань тощо) випливає, що така пропозиція була обумовлена бажанням його розробників знизити рівень ризиків фінансової системи та знизити частку проблемних активів у портфелі банківських установ будь-яким чином, у т. ч. шляхом криміналізації незаконних дій із заставленим майном. Мета начебто і не погана, однак запропоновані способи її досягнення, як свідчить аналіз цього Закону, м'яко кажучи, не зовсім узгоджуються з приписами Основного Закону України¹⁴².

Продовжуючи розгляд соціальної обумовленості криміналізації незаконних дій з арештованим, описаним, заставленим і конфіскованим майном, слід зазначити, що ми підтримуємо М.І. Хавронюка в тому, що єдиною підставою криміналізації діянь (за наявності приводів криміналізації) є відповідний ступінь і характер їх суспільної небезпеки, який характеризується їхньою здатністю заподіювати об'єктам кримінально-правової охорони (а не будь-яким іншим об'єктам) істотну (а не будь-яку іншу) шкоду¹⁴³. Такий висновок цілком узгоджується і з приписами ст. 11 КК України, яка визначає суспільну небезпеку головною ознакою будь-якого злочину. Відсутність суспільної небезпеки (незалежно від протиправності, винності тощо) свідчить і про відсутність злочину як такого¹⁴⁴.

¹⁴² Див. про це: Кравець Р. Передумови для української «Волл-стрит»? // Дзеркало тижня. – 28 жовтня – 4 листопада 2011 р. – № 39.

¹⁴³ Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 7.

¹⁴⁴ Слід зазначити, що значна частина науковців, які підтримують концепцію Г.А. Злобіна, обов'язковість суспільної небезпеки діяння відносять не до підстави (підстав) криміналізації, а до першого та визначального принципу криміналізації (див.: Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация / В.Н. Кудрявцев, П.С. Дагель, Г.А. Злобин и др.; под ред. В.Н. Кудрявцева, А.М. Яковлева. – М.: Наука, 1982. – С. 216).

Ще Чезаре Беккарія писав, що єдиним виміром шкідливості злочину може бути спричинена ним суспільна небезпека¹⁴⁵. Аналогічні погляди ми зустрічаємо і в сучасних науковців. Так, на думку П.Л. Фріса, для віднесення законодавцем тих чи інших діянь до числа злочинних вирішальним фактором є їх суспільна небезпека¹⁴⁶. Деякі дослідники вважають, що суспільна небезпека взагалі є єдиним принципом (або підставою) криміналізації¹⁴⁷. Як резонно підкреслює М.О. Беляєв, якщо немає суспільної небезпеки діяння – немає злочину, немає підстав кримінальної відповідальності¹⁴⁸. Отже, безсумнівним є твердження, що саме суспільна небезпека є головним принципом криміналізації будь-якого суспільно небезпечного діяння¹⁴⁹.

Спробуємо з'ясувати, чи здатні діяння, описані ст. 388 КК України, заподіювати об'єктам кримінально-правової охорони істотну шкоду. Тим більше, що свого часу парламентські експерти поставили під сумнів правильність криміналізації незаконних дій з арештованим та описаним майном (на відміну від діяння, караного за ч. 2 ст. 388 КК України), виходячи з того, що ці незаконні дії нібито не здатні заподіяти істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі і тому повинні визнаватись не злочином, а адміністративним проступком¹⁵⁰.

Починаючи з незаконних дій з арештованим чи описаним майном, зазначимо, що вони посягають на авторитет органів державної влади, наділених повноваженнями щодо накладення арешту на майно, його опису та встановлення обмеження права користуватися таким майном (про це більш детально йтиметься далі). Цей безпосередній об'єкт є складовою частиною такого об'єкта

¹⁴⁵ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. – М.: Юриздат, 1995. – С. 231.

¹⁴⁶ Фріс П.Л. Кримінально-правова політика України: дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2005. – С. 299.

¹⁴⁷ Лопашенко Н.А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 285.

¹⁴⁸ Уголовное право на современном этапе: проблемы преступления и наказания / Беляєв Н.А., Глистин В.К., Орехов В.В. и др.; под ред. Н.А. Беяева, В.К. Глистина, В.В. Орехова. – СПб.: Изд-во С.-Петербургского ун-та, 1992. – С. 201.

¹⁴⁹ Водночас слід погодитись з дослідниками, котрі вказують на спірність положення про суспільну небезпеку як єдиний принцип криміналізації (див.: Готін О. Підстави криміналізації діянь // Право України. – 2005. – № 2. – С. 95).

¹⁵⁰ Див.: Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (реєстраційний № 5311 від 25 березня 2004 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-a>

кримінально-правової охорони, як авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян, що охороняється в першу чергу нормами Розділу XV Особливої частини КК України.

Вирішуючи питання, чи здатні такі дії спричинити згаданому об'єкту кримінально-правової охорони саме істотну шкоду, слід виходити з того, що такі дії, як правило, унеможливають або зводять нанівець виконання компетентними органами покладених на них функцій. Наприклад, незаконні дії щодо майна, на яке було накладено арешт в процесі розгляду судом цивільної чи господарської справи, можуть призвести до порушення законних прав фізичних чи юридичних осіб, до неможливості отримання необхідних доказів для повного та об'єктивного вирішення справи, до неможливості виконання рішення суду тощо; незаконні дії з описаним спадковим майном можуть призвести до порушення законних майнових прав спадкоємців на відповідне майно; незаконні дії щодо майна, на яке було накладено арешт в процесі звернення стягнення на майно боржника, здійснюване державним виконавцем, може призвести до неможливості здійснення цієї процедури, а отже, до неможливості виконання рішення суду майнового характеру. Враховуючи зміст і значення таких наслідків, вважаємо, що незаконні дії з арештованим чи описаним майном завдають або створюють реальну можливість завдання істотної шкоди авторитету органів державної влади, наділених повноваженнями щодо накладення арешту на майно, його опису та встановлення обмеження права користуватися таким майном.

Цікавою, хоч і не безспірною є точка зору російської дослідниці Л.В. Лобанової, яка підкреслює, що при збереженні кримінальної відповідальності за незаконні дії стосовно описаного або арештованого майна законодавцем належною мірою не прийняті до уваги ті міркування, які повинні лежати в основі криміналізації. Авторка зазначає, що не можна, зокрема, забувати про стимулюючу роль кримінального закону, що полягає в наданні кримінально-правового значення такій поведінці винного, як добровільне відшкодування майнового збитку та моральної шкоди, а так само іншим діям,

спрямованим на відшкодування завданої шкоди. Продовжуючи свою думку, Л.В. Лобанова підкреслює, що використання превентивної ролі кримінального закону у вигляді ст. 312 КК РФ, як правило, зайве. Практичні працівники, накладаючи арешт на майно винного або боржника з передачею його на зберігання, попередньо не з'ясовують намір самого суб'єкта щодо самостійного відшкодування ним завданої шкоди¹⁵¹.

Оцінюючи викладену позицію, А.А. Гулий пише про безпідставність уявлення про те, що боржник або винувата особа в усіх без винятку випадках намагаються відшкодувати заподіяну шкоду або понести заслужене покарання швидше, ніж це вимагає зробити від них закон. Вказується на необхідність існування кримінально-правових норм про відповідальність за незаконні дії щодо арештованого, описаного і конфіскованого майна, оскільки якщо покладатись лише на совість відповідних суб'єктів, це поставить під загрозу майнові інтереси потерпілого або позивача, право власності яких гарантується Конституцією. Існування вказаних норм цілком виправдане і з погляду дотримання однієї з вимог до криміналізації – неможливості попередження певного діяння іншими правовими засобами¹⁵². Суспільна небезпека аналізованих дій полягає не в тому, що злочинець добровільно відмовляється відшкодувати шкоду, і його до цього спонукає кримінальний закон, а в тому, що держава в особі її правозастосовних органів чи суду не може забезпечити виконання рішення, прийнятого від її імені¹⁵³.

Переходячи до криміналізації незаконних дій з конфіскованим майном, слід зазначити, що вони посягають на встановлений порядок виконання рішень судів у частині конфіскації майна та право власності держави на це майно (див. розділ 2 монографії). Отже, такі діяння завдають істотну шкоду не лише нормальній діяльності органів (осіб), покликаних забезпечувати

¹⁵¹ Лобанова Л.В. Преступления против правосудия (Проблемы классификации посягательств, регламентации и дифференциации ответственности): дис. ... д-ра юрид. наук. – Казань, 2000. – С. 182.

¹⁵² Гулий А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 11, 76–77.

¹⁵³ Кулешов Ю.И. Пути и способы усовершенствования уголовно-правовых норм, обеспечивающих исполнение уголовно-правовых актов // Вестник Российской правовой академии. – 2005. – № 3. – С. 60–61.

функціонування судової влади та сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя, а і праву власності держави на конфісковане майно (майно, яке за рішенням суду, що набрало законної сили, вже належить державі). Тобто незаконні дії з конфіскованим майном посягають одразу на два об'єкти кримінально-правової охорони (на правосуддя, охоронюване заборонними нормами Розділу XVIII Особливої частини КК України, і на право власності, охоронюване приписами Розділу VI Особливої частини КК України), спричиняючи їм істотну шкоду.

Попри те, що підстав для криміналізації незаконних дій із заставленим майном не було (а це означає, що про підстави такої криміналізації можна і не вести мову), все ж спробуємо з'ясувати, чи є такі дії суспільно небезпечними, тобто такими, які завдають або можуть завдати істотну (а не будь-яку іншу) шкоду об'єктам кримінально-правової охорони (а не будь-яким іншим об'єктам). Забігаючи трохи наперед, зазначимо, що єдине, що порушується незаконними діями із заставленим майном, є встановлений законодавством порядок забезпечення цивільно-правових і майново-господарських зобов'язань заставою в частині виконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків (розділ 2 монографії).

Дослідивши Особливу частину КК України, ми робимо висновок про те, що такий порядок не належить до жодного з об'єктів кримінально-правової охорони. Інакше кажучи, незаконні дії із заставленим майном взагалі не спричиняють будь-якої шкоди жодному з об'єктів кримінально-правової охорони. І в цьому, мабуть, немає нічого дивного, адже, як показав аналіз регулятивного законодавства в сфері регулювання відносин застави майна, невиконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків є нічим іншим, як цивільно-правовим деліктом.

Отже, розширення сфери застосування заборони, закріпленої в ст. 388 КК, відбулося без урахування здобутків кримінально-правової доктрини. Звичайно, можна було б, як завжди, «списати» чергову «неуважність» парламентаріїв на поспіх, на заклопотаність, врешті-решт на те, що основне

завдання ЗУ від 22 вересня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» лежить загалом у площині, відмінній від кримінально-правової матерії.

Однак ще 6 липня 2011 р. на підставі комплексного аналізу відповідного законопроекту фахівці Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ висловили низку слушних зауважень щодо його положень, у т. ч. щодо змін до ст. 388 КК. Зокрема, зверталась увага на те, що такі дії із заставленим майном, як розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення тощо, і без прийняття оцінюваного законопроекту як закону визнавалися кримінально караними, якщо у встановленому порядку на вказане майно було накладено арешт, воно було описане чи визнано таким, що підлягає конфіскації відповідно до рішення суду, що набрало законної сили. Стверджувалось, що незаконні дії із заставленим майном не можуть визнаватися злочином взагалі і, тим більше, – злочином проти правосуддя, позаяк ці дії є нічим іншим, як порушенням зобов'язань, що впливають із договору застави, і повинні тягти за собою санкції, передбачені таким договором. Вказували парламентські експерти і на те, що пропоновані зміни до ст. 388 КК не відповідають положенням Основного Закону України в контексті гарантій, передбачених ч. 2 ст. 58 Конституції України¹⁵⁴.

Із наведеними зауваженнями ми погоджуємось. Вважаємо, що мали б з ними погодитись і народні обранці, однак... Аналізовані зміни до ст. 388 КК були прийняті в тому ж вигляді, в якому їх було викладено в первинному та доопрацьованому проектах ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг», тобто без жодного врахування рекомендацій фахівців. У черговий раз переконуємось у тому, що реалії законотворення у нашій державі, як правило, дуже далекі від напрацювань правової науки.

¹⁵⁴ Зауваження до проекту ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» від 6 липня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=38992

Таким чином, для криміналізації незаконних дій із заставленим майном не лише не було належних приводів, а і підстави.

Окремі юристи-практики, відтворивши викладені вище міркування парламентських експертів, пішли ще далі і стверджують, що, якщо стосовного заставленого майна не було здійснено таких процесуальних дій, як арешт, опис або конфіскація, дії із заставленим майном не можуть визнаватися злочином і тягнутимуть за собою лише відповідні санкції, передбачені договором застави¹⁵⁵. Погодитись із таким висновком з точки зору чинного КК України, звичайно, не можна: криміналізація незаконних дій із заставленим майном відбулася (*dura lex, sed lex*) незалежно від того, подобається це нам чи ні.

Рухаючись далі головними аспектами, пов'язаними з криміналізацією діянь, описаних ст. 388 КК України, слід зазначити, що вирішення питання про законодавче визнання діяння злочином обов'язково потребує дотримання певних умов або принципів криміналізації. Знову ж, не заглиблюючись у теоретичну дискусію щодо цього питання, зазначимо, що для досягнення цілей нашого дослідження достатньо користуватися однією з названих концепцій. Узнявши на озброєння підхід, запропонований М.І. Хавронюком, зазначимо, що цей вчений виділяє такі умови криміналізації діянь: 1) соціально-психологічного характеру; 2) кримінологічного характеру; 3) загально-правового характеру; 4) кримінально-правового характеру; 5) кримінально-процесуального характеру; 6) техніко-юридичного характеру¹⁵⁶.

Відповідно до умов соціально-психологічного характеру діяння може бути криміналізоване, якщо це обумовлено його явною або відносною аморальністю чи правосвідомістю населення, представників законодавчого і правозастосовних органів. На нашу думку, незаконні дії із арештованим, описаним чи конфіскованим майном характеризуються досить високим рівнем аморальності, адже особи, які їх вчиняють, чітко усвідомлюють, що своїми діями спричиняють істотну шкоду авторитету органів державної влади,

¹⁵⁵ Москаленко А., Кондрацька Ю., Мельник Н., Анцут Е. Антикредит: способи позбавитись або зменшити тягар проблемного боргу. – К., 2011. – С. 29.

¹⁵⁶ Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 8–9.

наділених повноваженнями щодо накладення арешту на майно, його опису та встановлення обмеження права користуватися таким майном, а також встановленому порядку виконання рішень судів у частині конфіскації майна та праву власності держави на це майно. Попри те, що в процесі опису, арешту або конфіскації такого майна цих осіб було попереджено про кримінальну відповідальність за незаконні дії із ним, вони все ж вчиняють такі дії. У цьому випадку винні особи нехтують думкою суспільства, зневажають волю законодавця і свідомо порушують нормальний процес виконання компетентними органами своїх функцій.

Сказати аналогічне про незаконні дії із заставленим майном навряд чи можна. Звичайно, порушення володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків щодо збереження заставленого майна характеризується певною аморальністю, однак її рівень настільки низький, що говорити про неї як умову криміналізації діяння не доводиться.

З моменту набрання чинності ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» кожна фізична особа, яка, наприклад, отримала в банку кредит під заставу своєї ж квартири і зробила в ній ремонт (реконструкцію), є злочинцем. Злочинцем є і той, хто вчинив будь-які інші незаконні дії з предметом застави, наприклад, збільшив віконний отвір у власному будинку (зادля покращення освітленості приміщення), переданому в іпотеку за договором кредиту. При цьому не має жодного значення, чи виконує така особа свої зобов'язання за договором, який забезпечується заставою.

Тобто на практиці не виключаються ситуації, коли особа в повному обсязі виконуватиме свої зобов'язання за основним договором (наприклад, за договором кредиту позичальник вчасно повертатиме суму кредиту і відсотки за ним), однак буде притягнута до кримінальної відповідальності на підставі ст. 388 КК лише за те, що порушила умови правочину застави, який, як вже зазначалось, покликаний забезпечити виконання зобов'язання за основним договором. Очевидно, що розгляданим незаконним діям із заставленим майном не притаманна суспільна

небезпека як визначальна характеристика будь-якого злочину. Більше того: за нашим переконанням, рівень небезпеки (шкідливості) таких дій є недостатнім і для визнання їх адміністративним проступком.

Згідно з умовами кримінологічного характеру діяння може бути криміналізоване лише у разі, якщо боротьба з ним кримінально-правовими засобами може стати ефективною, і прогнозовані побічні соціальні наслідки криміналізації не є негативними. Якщо використати іншу концепцію чинників криміналізації, то в її межах принцип економії кримінально-правової репресії передбачає звернення до криміналізації тієї чи іншої поведінки лише тоді, коли бракує інших (крім кримінального закону) правових важелів впливу на неї.

Науковці фактично одностайні в тому, що криміналізація певного діяння має бути виключно крайнім кроком з боку держави та буде виправданою лише в тому випадку, коли всі інші заходи у боротьбі з конкретним видом протиправної поведінки довели свою неефективність. П.С. Дагель з цього приводу зазначає, що необґрунтоване розширення кола злочинного призводить до невиправданого притягнення громадян до кримінальної відповідальності або до того, що норми кримінального права фактично перестають застосовуватися на практиці, і принцип невідворотності кримінальної відповідальності відносно цих діянь зазнає краху¹⁵⁷. Не можна не погодитися і з О.М. Пасенюком, який зазначає, що кримінально-правова заборона навряд чи вирішить соціальну або економічну проблему, якщо вона не буде доповненням до економічних, фінансових та інших подібних заходів. А при ефективності таких заходів навряд чи буде потрібна і сама кримінально-правова заборона. Кримінальне право – не панацея від соціальних і економічних хвороб суспільства; воно може застосовуватися лише як додатковий засіб¹⁵⁸.

Необхідність боротьби із незаконними діями щодо арештованого, описаного та конфіскованого майна саме кримінальним законом була доведена багаторічним існуванням заборони таких дій приписами кримінального

¹⁵⁷ Дагель П.С. Условия установления уголовной наказуемости // Правоведение. – 1975. – № 4. – С. 67.

¹⁵⁸ Пасенюк О.М. Деякі проблемні питання нового Кримінального кодексу України // Новий Кримінальний кодекс України. Питання застосування і вивчення: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Харків, 25–26 жовтня 2001 року). – К.–Х. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 19.

законодавства, яке діяло та діє на території України, починаючи з XVII століття (див. § 2 розділу 1 книги). За допомогою кримінального закону бореться з цим суспільно небезпечним явищем і переважна більшість зарубіжних країн (див. § 3 розділу 1 монографії).

Зовсім інша ситуація спостерігається щодо незаконних дій із заставленим майном. Для боротьби з цими діями існує розгалужена система цивільно-правових заходів. Зокрема, із змісту частин 2 і 3 ст. 587 ЦК України випливає, що: а) заставодавець, який володіє предметом застави, у разі втрати, псування, пошкодження або знищення заставленого майна з його вини зобов'язаний замінити або відновити це майно, якщо інше не встановлено договором; б) заставодержатель, який володіє предметом застави, у разі втрати, псування, пошкодження або знищення заставленого майна з його вини зобов'язаний відшкодувати заставодавцю завдані збитки.

Таким чином, не лише заставодавець, а і самі учасники цивільних і господарських відносин у межах договору застави можуть встановлювати вид і розмір цивільно-правової відповідальності володільця предмета застави в разі невиконання покладених на нього обов'язків. Тобто рівень негативних наслідків, а отже, ефективності того чи іншого цивільно-правового заходу, спрямованого на забезпечення належного виконання обов'язків, покладених на володільця предмета застави, може визначати сам заставодержатель (у договорі застави). Необґрунтоване втручання кримінального закону в регулювання цих суто цивільно-правових (майново-господарських) відносин може призвести або до того, що розглядуваний вид забезпечення виконання зобов'язань перестане використовуватися на практиці (якщо всіх «недобросовісних» володільців предмета застави почнуть притягувати до кримінальної відповідальності), або до того, що ст. 388 КК України в цій частині застосовуватиметься вибірково, що і має місце наразі та, як результат, призводить до порушення принципу невідворотності кримінальної відповідальності.

Вважаємо за доречне акцентувати увагу і на тому, що, виходячи зі специфіки банківської діяльності, всі банківські установи в Україні (незалежно

від того називаються вони комерційними чи державними) здійснюють підприємницьку (комерційну) діяльність. Однією з визначальних ознак такої діяльності є те, що вона здійснюється на власний ризик (ст. 42 Господарського кодексу України). Тобто законодавець із самого початку попереджає тих суб'єктів, які планують займатися господарською діяльністю, спрямованою на отримання прибутку, про те, що всі ризики, пов'язані з такою діяльністю, вони нестимуть особисто. Не викликає сумнівів, що тут маються на увазі і ризики, пов'язані з невиконанням чи неналежним виконанням своїх зобов'язань контрагентами таких суб'єктів. Із цього випливає, що для зменшення ризиків, пов'язаних із кредитуванням фізичних і юридичних осіб, банк повинен виконати кропітку роботу щодо з'ясування «портрету» тієї особи, яка звертається з проханням про надання кредиту (якщо це фізична особа, то її розгорнуту соціально-демографічну характеристику, відносини з іншими фінансово-кредитними установами тощо, а якщо юридична – специфіку господарської діяльності, відносини з контрагентами в процесі здійснення господарської діяльності, темпи росту виробництва, час існування такого суб'єкта, його попередні відносини з іншими банківськими установами тощо). Від якості проведеного аналізу «портрету» потенційного позичальника та принциповості банку в прийнятті рішення про надання кредиту та його умови і залежатиме рівень ризиків, пов'язаних із виконанням зобов'язань за кредитним договором.

Крім цього, для зменшення рівня таких ризиків чинне законодавство передбачає низку механізмів, покликаних забезпечити належне виконання зобов'язань. Йдеться про те, що банк може застосувати один або кілька способів виконання зобов'язань за кредитним договором. Так, виконання зобов'язань позичальника може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією (в т. ч. банківською гарантією), заставою, притриманням, завдатком, а також будь-яким іншим видом забезпечення виконання зобов'язання, який не суперечить законодавству (статті 546–597 ЦК України, 199–201 ГК України).

Отже, банк, як і будь-який інший суб'єкт господарювання, має можливість використати розгалужену систему правових механізмів зниження

рівня ризику невиконання зобов'язань за кредитним договором, однак бажає, як правило, користуватися лише одним із них – заставою. При цьому марно сподіватись на те, що цей спосіб стовідсотково дозволить йому в разі невиконання боржником свого зобов'язання одержати задоволення за рахунок заставленого майна. Практика показує, що заставлене майно нерідко втрачається, псується, пошкоджується знищується тощо. Цивільне законодавство встановлює, що в такому разі має місце порушення володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків і в разі, якщо це сталося з його вини, володільець предмета застави зобов'язаний замінити або відновити це майно, якщо інше не встановлено договором (ст. 587 ЦК). Таким чином, ризик невиконання основного зобов'язання, забезпеченого заставою, та ризик невиконання умов правочину застави в частині невиконання обов'язків щодо збереження заставленого майна є невід'ємними складовими підприємницької діяльності. Ці ризики залежно від конкретних обставин можуть бути більшими або меншими, але в будь-якому разі усі вони є усвідомленими та прийнятними для кожної із сторін.

Переходячи до умов загально-правового характеру, слід зазначити, що під ними розуміється відповідність нової кримінально-правової заборони: 1) Конституції України; 2) міжнародним договорам, ратифікованим ВРУ; 3) КпАП України та іншим законам України.

Говорячи про криміналізацію незаконних дій з арештованим, описаним та конфіскованим майном, слід зазначити, що положення ст. 388 КК України в цій частині відповідають українському та міжнародному законодавству. Більше того: боротьба з розглядуваними антисоціальними явищами засобами кримінального закону сприяє та сприятиме й надалі реалізації низки вихідних положень Конституції України (статті 13, 41, 124, 129 тощо). Криміналізація ж незаконних дій із заставленим майном, як правильно було зазначено фахівцями Головного юридичного управління Апарату ВРУ, не відповідає положенням Конституції України, зокрема, в контексті гарантій, передбачених ч. 2 ст. 58

Конституції України¹⁵⁹.

Відповідно до умов кримінально-правового характеру не підлягає криміналізації діяння: 1) яке не відповідає визначеним у кримінальному законі ознакам злочину, зокрема, не є власне діянням, не може бути винним і вчинюватися суб'єктом злочину; 2) яке вже визнане злочином; в) криміналізація якого спричинить небажану конкуренцію норм КК України або іншим чином може суттєво ускладнити процес кваліфікації злочинів та сприяти помилкам у кваліфікації. Розглянувши зміст діянь, описаних ст. 388 КК України, можемо констатувати, що їх зміст і форма описання загалом відповідає згаданим умовам кримінально-правового характеру.

До умов кримінально-процесуального характеру належить можливість доказування факту вчинення цього діяння кримінально-процесуальними засобами. Розглядаючи цю вимогу під кутом положень ст. 388 КК України, хотілося б зазначити, що матеріали досліджених нами кримінальних справ (проваджень) засвідчують ту обставину, що доказування факту вчинення незаконних дій з арештованим, описаним та конфіскованим майном не викликає суттєвих проблем у практиці застосування відповідних положень кримінального закону.

Щодо притягнення винних до відповідальності за незаконні дії із заставленим майном практиці, то вважаємо, що певні складнощі в цьому процесі виникають. Це пов'язано з тим, що виконання процедури «ввірення» (яка, на нашу думку, має включати в себе офіційне передавання майна, інформування зберігача про відповідний правовий режим такого майна, обов'язки щодо його зберігання, про встановлені обмеження щодо поводження із ним, а також оформлення відповідної документації) предмета застави його володільцю чинне цивільне законодавство не вимагає і навіть не передбачає (докладніше про це йтиметься нижче).

Згідно з умовами техніко-юридичного характеру будь-яке діяння слід

¹⁵⁹ Зауваження до проекту ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» від 6 липня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=38992

криміналізувати, дотримуючись певних термінологічних вимог, вимог логіки тощо. Інакше кажучи, діяння, що криміналізується, має бути визначено в законі з точністю, необхідною для права. Хоч ці умови і є техніко-юридичними, їх невиконання може не лише ускладнити розуміння чи застосування норм кримінального закону, а і унеможливити їх застосування.

Правова ідея – першооснова законотворчості, але для того, щоб вона не була перекрученою і правильно зрозумілою адресатами, вимагається її адекватне текстуальне викладення, відповідна цій ідеї форма. Законотворчість, як справедливо зазначається в літературі, лише у тому випадку досягає успіху, якщо ґрунтується на науковому знанні, правовій культурі і законодавчій техніці¹⁶⁰. У зв'язку з необхідністю забезпечення гармонійної єдності змісту закону та його форми і кримінально-правовій науці усе більше уваги звертається на проблематику законодавчої техніки. Це і не дивно, адже від того, наскільки вдало викладена кримінально-правова норма, наскільки чітко та ясно законодавець об'єктивував свою волю, значною мірою залежить застосування цієї норми на практиці, а дефекти законодавчої техніки спроможні зробити кримінально-правову норму «мертвою» або принаймні серйозно ускладнити її дію.

У досліджуваній нами статті КК деякі порушення вимог законодавчої техніки зустрічаються, хоча вони не є критичними. Так, у ч. 1 ст. 388 КК України альтернативно передбачаються такі діяння, як «відчуження» та «розтрата». І це при тому, що відчуження майна є одним із різновидів його розтрати. Викликає зауваження і конструкція «здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт» (ч. 1 ст. 388 КК України), оскільки, з одного боку, здійснення представником банку або іншої фінансової установи прибуткових банківських операцій з коштами, на які накладено арешт, може бути цілком правомірним, а, з іншого, кримінальна відповідальність за такі дії має наставати і в тому разі, коли винний учинить лише одну видаткову банківську операцію щодо певного майна. Викликає зауваження і передбачення факультативного додаткового покарання у виді

¹⁶⁰ Общая теория государства и права. Академический курс: В 2 т. / Под. ред. М.Н. Марченко. – Т. 2. Теория права. – М., 1998. – С. 174.

позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, адже в цій частині санкції ст. 388 КК фактично дублюють положення Загальної частини КК України (ч. 2 ст. 55 КК України) та жодного самостійного значення для призначення покарання за вчинюваний злочин не мають.

Наведені вище явища (докладніше вони висвітлюються у наступних розділах монографії) є, за термінологією Г.А. Злобіна, свідченням порушення принципу визначеності та єдності термінології. Згаданий дослідник серед кримінально-правових системних принципів криміналізації окремо виділяє і такий принцип криміналізації, як принцип співмірності санкції та економії репресії. При цьому, як слушно зазначає С.Г. Келіна, суворість покарання має відповідати ступеню вини, а призначення будь-якого покарання має бути лише в тих рамках, яких вимагає суспільна необхідність. Стосовно ж санкції, то справедливою може бути визнана така санкція, яка: 1) відповідає ступеню тяжкості описаного в законі діяння; 2) погоджена з санкціями за вчинення інших злочинів; в) дає можливість суду індивідуалізувати покарання¹⁶¹.

Санкції ст. 388 КК України загалом побудовано з урахуванням цього принципу, однак слід звернути увагу на те, що вони: 1) не зовсім узгоджені з санкціями норм, описаних у статтях 191, 194 і 197 КК України (адже такі дії можуть бути вчинені і щодо чужого для винного майна); 2) не повною мірою узгоджені з положеннями Загальної частини КК України щодо застосування покарання окремим категоріям винних.

Роблячи загальні висновки з розгляду основних питань, пов'язаних із соціальною обумовленістю криміналізації незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, слід зазначити таке.

По-перше, хоч криміналізація незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, майна, яке описано чи підлягає конфіскації відбулася з певними порушеннями деяких умов (принципів) криміналізації (принцип визначеності та єдності термінології, принцип співмірності санкції і економії

¹⁶¹ Келіна С.Г. Значение принципа справедливости для уголовной юстиции // Криминология и уголовная политика. – М., 1985. – С. 43.

репресії тощо), така криміналізація загалом є обґрунтованим кроком українського законодавця. У випадку сприйняття законодавцем ідеї, закладеної в КПК України 2012 р., щодо поділу всіх кримінальних правопорушень на кримінальні проступки та злочини, критерієм поділу незаконних дій з арештованим, описаним і конфіскованим майном на злочини і кримінальні проступки могла б, на нашу думку, стати вартість відповідного майна.

По-друге, криміналізація незаконних дій із заставленим майном відбулася за відсутності приводів і підстав, а також з порушенням існуючих умов (принципів) криміналізації суспільно небезпечних діянь, стала необґрунтованим втручанням у сферу цивільно-правових і майново-господарських відносин, спробою на законодавчому рівні перекласти ризик невиконання умов правочину застави з пліч заставодержателя на плечі заставодавця (як правило, споживача фінансових послуг). Більше того: за своєю юридичною природою незаконні дії із заставленим майном є нічим іншим, як цивільно-правовим деліктом, відповідальність за який передбачається нормами цивільного законодавства України та (або) положеннями договору застави. При цьому кримінальний закон – не панацея від усіх хвороб суспільства. Його головне призначення як *ultimo ratio* – крайнього засобу (останнього аргументу) полягає не у вирішенні проблем банків чи інших суб'єктів господарювання та не в зниженні ризиків діяльності цих суб'єктів, а в боротьбі з тими діяннями, які насправді характеризуються суспільною небезпекою та становлять реальну загрозу для людини, суспільства або держави¹⁶².

З огляду на сказане вище, пропонуємо виключити з назви та диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України слова «заставленого майна» та «із заставленим майном», відповідно. Погоджується з такою пропозицією О.О. Соболева та О.М. Лагнюк, переконаний у тому, що питання про відповідальність за незаконні дії із заставленим майном має вирішуватись на користь не кримінально-правового, а цивільно-правового регулювання. На підтвердження своєї позиції та у розвиток

¹⁶² Дудоров О., Калмиков Д. Криміналізація незаконних дій із заставленим майном: що мав на увазі законодавець? // Юридичний вісник України. – 24 – 30 березня 2012 р. – № 12; 31 березня – 6 квітня 2012 р. – № 13; 7 – 13 квітня 2012 р. – № 14.

наведених нами аргументів дослідник вказує на те, що: в багатьох випадках заставлене майно є застрахованим, і в разі настання страхового випадку заставодержатель отримує право вимоги до страховика; держава має однаковою мірою захищати всі види відносин, тому є нелогічним надавати кримінально-правову охорону зобов'язанням, забезпеченим заставою, і не надавати її зобов'язанням, які забезпечуються іншими видами забезпечення виконання зобов'язань (наприклад, неустойкою); незаконні дії із заставленим майном здатні порушити нормальне здійснення правосуддя лише в тих випадках, коли право стягнення на таке майно було отримане згідно з рішенням суду¹⁶³.

Стверджувати при цьому, що реалізація ініційованої нами пропозиції означатиме саме декриміналізацію незаконних дій із заставленим майном буде, мабуть, не зовсім точно. Адже такі дії (наприклад, приховування заставленого майна, його відчуження) з урахуванням конкретних обставин можуть розцінюватись як готування до шахрайства, бути пов'язаними з підробленням документів тощо. Як слушно зазначив В.О. Навроцький у відгуку на автореферат кандидатської дисертації М.І. Омеляненко, щодо незаконних дій із заставленим майном можна говорити лише про неправильність встановлення відповідальності за їх вчинення у статті Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за посягання на правосуддя, про недоцільність виділення відповідної спеціальної кримінально-правової норми, але не про те, що такі дії артіогі є незлочинними.

2. Генеза кримінального законодавства України щодо встановленого порядку поводження з майном, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації

У період розбудови незалежної, демократичної, правової української держави та формування громадянського суспільства історичне минуле, правова

¹⁶³ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 81–82, 85–86; Лагнюк О.М. Особливості кваліфікації незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації // Європейські перспективи. – 2014. – № 1. – С. 88–92.

спадщина українського народу відіграє важливу роль. Вирішення актуальних проблем, пов'язаних з реформуванням та вдосконаленням правової системи сучасної України, значною мірою залежить і від дослідження та засвоєння історичного досвіду, знання тих правотворчих процесів, які мали місце на території сучасної України раніше. Правий О.І. Бойко, на погляд якого корисність історичних екскурсів полягає в тому, що з їх допомогою можна уникнути однобічності і квапливості в ухваленні рішень та формулюванні висновків¹⁶⁴. Мова, звичайно, не йде про механічне копіювання історичного досвіду, його пряме перенесення у сучасність – бажаним є критичне осмислення цього досвіду, вибіркоче і творче запозичення окремих елементів правової спадщини українського народу, з'ясування тенденцій, закономірностей та особливостей генезису вітчизняного законодавства. Має рацію О.Н. Ярмиш, який пише: «Висновки, результати історико-правового дослідження повинні слугувати первинним матеріалом для наступних узагальнень фахівцями з окремих галузей, котрі наберуть потім виразу в створенні нових та зміні діючих нормативно-правових актів»¹⁶⁵. На сьогодні аксіоматичним є положення про те, що адекватне розуміння сучасного стану розвитку законодавства в будь-якій галузі неможливе без ґрунтовного осмислення історії його розвитку.

Повною мірою викладене стосується і кримінального законодавства, зокрема, в частині відповідальності за незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, заставленим майном або майном, яке описано чи підлягає конфіскації. Нехтування історичним досвідом, його здобутками і прорахунками, сильними та слабкими місцями правових норм інших епох призводить до однобічності при розробленні та систематизації сучасного законодавства, повторення старих помилок або повторного «відкриття» вже відомих положень.

Як слушно зазначав ще у XIX столітті О.Ф. Кістяківський, здійснюючи аналіз розвитку і змін кримінального права, легко помітити, що воно

¹⁶⁴ Бойко А.И. Римское и современное уголовное право. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 12.

¹⁶⁵ Ярмиш О.Н. Актуальні проблеми історико-правових досліджень в Україні // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2-3. – С. 170.

найбільшою мірою є справою людини цієї епохи, несе на собі відбиток характеру та якості цієї людини та суспільного середовища, в якому вона існує¹⁶⁶. Наведена думка, як видається, застерігає наступні покоління правотворців і науковців від спроб «модернізувати» відповідну законодавчу матерію, коли зміст кримінально-правових норм минулих епох оцінюється виключно з позиції їх відповідності положенням сучасного законодавства та науки з ігноруванням при цьому специфіки правової культури і законодавчої техніки відповідного періоду.

Слід зазначити, що в науці не існує єдиного загальноприйнятого підходу до періодизації історії розвитку як українського законодавства загалом, так і кримінального зокрема. Видається, що найбільш обґрунтованою (або принаймні прийнятною для потреб нашого дослідження) є періодизація законодавства, що діяло на території сучасної України, яка враховує специфіку відповідних історичних періодів у розвитку української держави: 1) період Київської Русі (X–XIII століття); 2) період польсько-литовського панування та козацької доби (XIV–XVII століття); 3) період знаходження України в складі Росії та Польщі (XVII–XVIII століття); 4) період знаходження України в складі Російської імперії та Австро-Угорщини (XIX століття – 1917 р.); 5) радянський період (1917–1991 рр.); 6) сучасний період (з 1991 р.). Кожен із цих періодів характеризується історичною специфікою та особливостями відповідних правових пам'яток, зокрема, тих, що містили кримінально-правові норми.

Аналіз джерел періоду Київської Русі наочно показує, що кримінально-правова охорона діяльності органів правосуддя здійснювалася шляхом криміналізації посягань на осіб, які виконують функції представників влади в сфері правосуддя. Тобто для «Руської Правди» і княжих наказів ще не було характерним встановлення кола зловживань правами представників судових органів; у цих нормативних актах відсутні положення, направлені на захист правосуддя «зсередини». Це пояснюється, зокрема, тим, що в той час судовий

¹⁶⁶ Кистяковский А.Ф. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением начал русского уголовного законодательства. Часть общая. – 3-е изд., печ. без перемен со 2-го. – Киев: Ф.А. Иогансон, 1891. – С. 130.

процес носив публічний характер. У ньому брали участь сторони: представники влади, які здійснюють правосуддя, інші особи, участь яких була викликана необхідністю встановлення істини у справі, виконання винесених судових рішень. Відносно ж злочинів, які ми визначаємо як такі, що посягають на нормальну діяльність суду, органів досудового розслідування, а також органів, що виконують покарання, в частині вчинення ними опису, арешту і конфіскації майна, можна констатувати, що законодавство періоду Київської Русі не було «багате» на відповідні норми.

У XIV–XVII століттях на землях України, які входили до складу Литви та Польщі, а із 1569 р. – Речі Посполитої, діяли Литовські Статути (1529, 1566 та 1588 р.), Магдебурзьке право (зокрема, Саксонське Зерцало), а також багато українських звичаєвих норм, в яких, однак, не містилося норм, які хоча б побічно стосувалися кримінально-правової охорони порядку поведження з майном, на яке накладено арешт, або яке описано чи підлягає конфіскації.

Із приєднанням України до Росії у 1654 р. на її сучасній території почали діяти російські законодавчі акти, одним з найбільших та систематизованих яких було Соборне уложення 1649 р. У ньому містилася окрема глава X «Про суд», в якій простежується більш-менш визначена система злочинів проти правосуддя. Ця глава, крім норм матеріального права, містила положення процесуального характеру, що регулюють діяльність у сфері правосуддя. Однак відповідальності за незаконні дії з майном, що має особливий статус, не передбачалось.

У XVIII столітті на території сучасної України також діяли різні російські правові акти. Зокрема, при Петрі I у 1716 р. було прийнято Військовий статут, який частково діяв і на території України. Військовий статут, за визначенням Н.М. Помогалової, становив собою військово-кримінальний кодекс без загальної частини, він не скасовував Соборне Уложення, а діяв паралельно з ним. У цьому документі передбачалася відповідальність за утаювання майна,

взятого на зберігання, що відносилось до різновиду майнових злочинів¹⁶⁷. Таким чином, зазначена норма Військового статуту була першою кримінально-правовою заборонаю незаконних дій із майном, що має особливий правовий режим, а отже, є таким собі першим «пращуром» ст. 388 чинного КК України.

Артикул 26 розділу 8 Зводу законів під назвою «Права, за якими судиться малоросійський народ» передбачав відповідальність за непокору судовому рішенню щодо нерухомого майна. Винний за рішенням суду карався арештом і повинен був відшкодувати збитки «правій стороні». При цьому у винного відбирали заруку, щоб він не перешкоджав здійсненню права власності на нерухоме майно, яке переходило до нового власника. Ціна заруки встановлювалася пропорційно вартості маєтку або іншого нерухомого майна.

В статті 28 розділу 8 вказаного документа зазначалося, що суд у випадку невиконання судового рішення щодо виплати боргу відправляв до боржника возного та двох «знатных и веры достойной» людей, які описували та оцінювали майно боржника. Якщо обвинувачений, «показуя противность», чинив опір та не пускав возного до свого маєтку, останній доповідав у суді про перешкоджання його діяльності. У цьому випадку судові рішення виконувалося за допомогою урядника, двох возних і достатньої кількості людей. З обвинуваченого стягувалися збитки, які через його «упрямство проізішли».

Артикул 34 розділу 8 згаданого Зводу законів установлював відповідальність за перешкоджання виконанню судового рішення шляхом насильницького повернення нерухомого майна, переданого «правій стороні». За такі злочинні дії винний сплачував штраф у розмірі 24 рублів, а також відповідну кількість грошей, за які було віддане нерухоме майно¹⁶⁸.

Найважливішим кримінально-правовим актом Російської імперії XIX століття було Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р., яке неодноразово змінювалося, діючи в редакції 1857, 1866 та 1885 рр. Цей нормативно-правовий акт в повному обсязі діяв і на значній території

¹⁶⁷ Помогалова Н.Н. Ответственность за преступления против собственности по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 13.

¹⁶⁸ Пам'ятки політико-правової культури України. Права за якими судиться малоросійський народ 1743 року / відп. ред. Ю.С. Шемшученко. – К.: ІДП НАНУ, 1997. – С. 143–149.

сьогоднішньої України до соціалістичної революції 1917 р. Саме в цьому документі вперше в історії вітчизняного кримінального законодавства було встановлено кримінальну відповідальність за незаконні дії щодо майна з особливим правовим режимом.

Так, у ст. 331 Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. (норма була розміщена у главі IV «Про привласнення та утаювання чужої власності» розділу XII «Про злочини та проступки проти власності приватних осіб») йшлося про знищення, зняття, зривання, пошкодження печатки, накладеної за розпорядженням уряду, суду або іншого начальства. Кваліфікований склад цього злочину вбачався у випадку викрадення речей, які були опечатані або відзначені особливими знаками; таке посягання каралося позбавленням усіх прав, засланням до Сибіру, а для осіб, які не були звільнені від тілесних покарань, передбачалося покарання батогами від 10 до 20 ударів¹⁶⁹. Ст. 332 Уложення передбачала особливо кваліфікований склад цього злочину – вчинення незаконних дій з опечатаним майном особою, якій це майно ввірено. Цікаво, що в цій статті Уложення вказувалося, що знищення, зняття, зривання, пошкодження, викрадення опечатаних речей або паперів можуть вчинятися відповідальною особою особисто або за участю інших осіб; при цьому співучасники несли більш суворе покарання, що підвищувалося на один ступінь.

В Уложенні про покарання кримінальні та виправні в редакції 1885 р. містилася ст. 1681, яка передбачала відповідальність за привласнення та розтрату заарештованого майна. Ці дії повинні були бути вчинені на суму більш, ніж на 300 рублів; якщо незаконними діями заподіювався менший збиток, особа несла відповідальність за іншою нормою Уложення. Зазнавши змін у 1906 р., згадана стаття містила більш широкий перелік незаконних дій (заклад, продаж, відчуження) щодо арештованого майна, а також визначення видів такого майна: машини, обладнання, інструменти, рухоме майно, яке складають предмети домашньої обстановки або сільськогосподарське

¹⁶⁹ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. – СПб.: Типография Второго Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1845. – С. 138, 853 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <<http://dlib.rsl.ru/view.php?path=/rsl01002000000/rsl01002889000/rsl01002889696/rsl01002889696.pdf#page1>>

обладнання (крім тваринного інвентарю), майстерності чи промислу, призначені для користування, але не для перепродажу чи знищення. Такі незаконні дії повинні були здійснюватися без дозволу установ дрібного кредиту та земських установ, що видали позику на придбання цього майна. У випадку несплати позики таке майно знаходилося в заставі цих установ і передавалося особам тільки в користування¹⁷⁰.

У Кримінальному уложенні 1903 р. досить своєрідно вирішувалося питання про відповідальність за незаконні дії з майном, що має особливий статус. Глава VII «Про протидію правосуддю» вказаного законодавчого акта містила норму про незаконні дії з речовими або письмовими доказами в кримінальній або цивільній справі, які полягали в пошкодженні, приховуванні або захопленні такого майна (ст. 166). Також у цій статті передбачалися два різновиди скоєння злочину: 1) коли пошкоджені або приховані речі вже приєднано до кримінальної чи цивільної справи та 2) коли такі речі ще невідомі органам правосуддя. Обов'язковою ознакою цього складу злочину була мета його вчинення – приховування злочину або злочинця від правосуддя. На ступінь суспільної небезпеки незаконних дій з доказами в кримінальній або цивільній справі впливала, зокрема, тяжкість злочину. У ст. 170 Кримінального уложення 1903 р. йшлося про звільнення від покарання за незаконні дії з доказами в кримінальній або цивільній справі, якщо в цьому злочині брав участь сам обвинувачений або члени його родини, а також якщо вони були близькими родичами приховувача¹⁷¹.

Стосовно наступного періоду розвитку вітчизняного кримінального законодавства, то аналіз історичних джерел свідчить, що на території України в період українського державотворення 1917–1919 рр. широко застосовувалися норми кримінального законодавства Російської імперії, в чому немає нічого дивного. По-перше, у такий короткий термін, до того ж в умовах військового часу та громадянської війни, створити нове кримінальне законодавство

¹⁷⁰ Свод законов Российской империи. Том XV. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. – СПб.: Типография Второго Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1885. – С. 191.

¹⁷¹ Уголовное Уложение, высочайше утвержденное 22 марта 1903 г. – СПб.: Сенатская Типография, 1903. – С. 38–39.

було неможливо. По-друге, 25 листопада 1917 р. Українська Центральна Рада ухвалила закон, який передбачав, що всі закони і постанови, які мали силу на території Української Народної Республіки до 27 жовтня 1917 р., оскільки їх не змінено і не скасовано Універсалами, законами і постановами Української Центральної Ради, мають силу і надалі, як закони і постанови УНР. Фактично цей закон надавав право застосовувати на території України усі закони (в т. ч. кримінальні) Російської імперії, які не суперечили принципам проголошеним Універсалами Української Центральної Ради, не були скасовані або змінені діючою в Україні владою¹⁷².

Із викладеного можна зробити висновок, що у 1917–1919 рр. на території України застосовувалося кримінальне законодавство Російської імперії, однак лише в тій його частині, яка не була змінена або скасована українською владою і не суперечила демократичним правовим принципам.

Пізніше характерною особливістю розвитку вітчизняного кримінального законодавства стало скасування правових актів попередніх урядів та їх заміна власними документами, прийнятими на підставі класовості, революційної правосвідомості. Судді керувалися цією правосвідомістю, а тому при відправленні правосуддя до уваги бралися, зокрема, ознаки соціального походження, виховання, освіти, професії учасників судочинства. Нерідко обвинувальні вирoki виносилися за відсутності належних доказів тільки через дворянське походження підсудного.

На початку 1920 р. практично на всій території сучасної України почали діяти російські правові акти. Так, у постанові від 27 січня 1920 р. Всеукраїнського революційного комітету – вищого надзвичайного органу більшовицької влади прямо зазначалось, що всі декрети і постанови УСРР з питань органів влади і підвідомчих установ анулюються і замінюються декретами РНК, які набирають чинності з моменту опублікування цієї постанови і підлягають негайному виконанню на всій території України. На підставі цього Постановою РНК УСРР від 4 серпня 1920 р. на території України

¹⁷² Михайленко П.П., Кондратьєв Я.Ю. Історія міліції України у документах і матеріалах: у 3-х томах. – К.: Генеза, 1997. – Т. 1: 1917–1925. – С. 21.

були введені Керівні начала з кримінального права РРФСР 1919 р., в яких містилися основні положення щодо кримінального права та правосуддя, які згодом були змінені на Основні начала кримінального законодавства СРСР та союзних республік 1924 р.

Першим систематизованим нормативним актом, який містив кримінально-правові норми, що діяли на території України за радянських часів, був КК УСРР 1922 р., затверджений постановою ВУЦВК від 23 серпня 1922 р. В основу цього кримінального закону з метою забезпечення єдності кримінального законодавства радянських республік було покладено КК РСФРР 1922 р. Більше того: цей документ (КК УСРР 1922 р.) повністю дублював КК РСФРР 1922 р., що підтверджує слушність тези В.К. Грищука про те, що «процес створення в Україні нового права був однозначно підпорядкований правотворчій і правозастосувальній практиці РРФСР»¹⁷³.

У КК УСРР 1922 р. не було самостійної глави про злочини проти правосуддя, а тому норми, покликані забезпечувати захист правосуддя, містилися у різних главах кримінального закону. Так, ст. 185 КК УСРР 1922 р., розміщена в главі 6 «Майнові злочини», встановлювала відповідальність приватних осіб за привласнення, тобто самовільне утримання з корисливою метою, а також за розтрату майна, що було ввірено для певної мети. Останньою цілком могло бути збереження майна, що описане, арештоване або підлягає конфіскації. Зазначене діяння каралося примусовими роботами або позбавленням волі на строк до 6 місяців¹⁷⁴. Своєю чергою, ст. 113 КК УСРР 1922 р. передбачала відповідальність за привласнення чи розтрату службовою собою майна, ввіреного їй за посадою.

Ухвалений постановою ВУЦВК від 8 червня 1927 р. КК УСРР (КК УСРР 1927 р.), відтворюючи основні риси попереднього кримінального закону, містив більш досконалі формулювання, що було зумовлено врахуванням під час законотворчої роботи напрацювань кримінально-правової доктрини і здобутків

¹⁷³ Гришук В. К. Кодифікація кримінального законодавства України: проблеми історії і методології. – Львів: «Світ», 1992. – С. 17.

¹⁷⁴ Уголовный кодекс советских республик. Текст и постатейный комментарий под ред. С. Канарского. – 2-е изд. – К.: Гос. изд-во Украины, 1925. – С. 383–384.

правозастосовної практики, але і цей документ не мав спеціальної глави, присвяченої злочинам проти правосуддя.

Відповідальність за привласнення, тобто утримання з корисливою метою чужого майна, дорученого для певної мети, або розтрату цього майна, могла наставати за ст. 177 КК УСРР 1927 р., яка (як і ст. 185 КК УСРР 1922 р.) містилася у главі під назвою «Майнові злочини». За вчинення цього злочину мало призначатись покарання у виді позбавлення волі строком до 6 місяців або виправно-трудова робіт на той самий строк.

На думку Ю.І. Кулешова, основна проблема кримінально-правового захисту інтересів правосуддя у зазначений період полягала в тому, що в цій сфері, як у жодній іншій, проявилася подвійність (щоб не сказати – лицемірство) радянської влади: показне проголошення та відстоювання принципів законності в діяльності правоохоронних органів, з одного боку, і нехтування законністю на практиці, з іншого¹⁷⁵.

З метою посилення відповідальності за незаконні дії щодо майна, яке передавалося на зберігання уповноваженими органами, Законом УСРР від 18 жовтня 1928 р. КК УСРР 1927 р. було доповнено спеціальною нормою (ст. 177-1), згідно з якою розтрата або привласнення майна, переданого на зберігання уповноваженим на те органом влади, каралися позбавленням волі на строк до одного року або виправно-трудова робота на той самий строк¹⁷⁶.

Ця стаття, на нашу думку, і стала прообразом ст. 388 чинного КК України, адже саме за нею могли притягуватись до кримінальної відповідальності ті винуваті особи, яким майно передавалося під охорону, на яке було накладено арешт, або яке було описано чи підлягало конфіскації. Це зумовлено тим, що такі процедури, як арешт майна, опис майна та конфіскація майна, могли здійснювати лише уповноважені на те органи (суд, прокуратура, слідчі органи тощо).

¹⁷⁵ Кулешов Ю.І. Преступления против правосудия: проблемы теории, законотворчества и правоприменения: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Владивосток, 2007. – С. 21.

¹⁷⁶ Кримінальний кодекс Української РСР. Офіційний текст із змінами на 1 вересня 1958 р. та з додатками постатейно-систематизованих матеріалів. – К.: Держ. вид-во політ. літ., 1958. – С. 55.

Тому допускає неточність О.О. Соболева, яка, не згадуючи про ст. 177-1 КК УСРР 1927 р., до «безпосередніх прототипів» ст. 388 чинного КК України відносить лише статті 331, 332 Уложення про покарання кримінальні та виправні в редакції 1845 р., ст. 1681 цього Уложення в редакції 1885 р., ст. 166 Кримінального уложення 1903 р., 185 КК УСРР 1922 р., ст. 177 КК УСРР 1927 р. і ст. 182 КК УРСР 1960 р.¹⁷⁷.

Ідею виділення злочинів проти правосуддя в єдину главу кримінального закону було втілено лише в КК УРСР 1960 р. (набрав чинності в 1961 р.). Прийнятий на підставі загальносоюзних Основ кримінального законодавства СРСР та союзних республік 1958 р. цей Кодекс об'єднав у самостійну главу заборонні норми, що передбачали відповідальність за посягання на радянське правосуддя. Ця глава спочатку включала в себе 15 статей про злочини проти правосуддя, під яким, як свідчить аналіз їх змісту, радянський законодавець розумів діяльність не лише суду щодо безпосереднього здійснення правосуддя, а і діяльність тих органів і посадових осіб, яки мали сприяти його здійсненню. Це дозволило звести до єдиного родового об'єкта кримінально-правової охорони діяльність судів, органів прокуратури, слідства, дізнання, виправно-трудових установ, організацій та окремих осіб у сфері встановлення істини у справі, обґрунтованого ухвалення судового рішення та його виконання. Ці норми не були застиглою догмою, адже протягом 40-річного періоду дії КК УРСР 1960 р. вони неодноразово змінювалися та удосконалювалися, одержавши врешті-решт подальший розвиток у КК України 2001 р.

Кримінальну відповідальність за утаювання майна, що підлягає конфіскації, або утаювання чи розтрату майна, на яке накладено арешт або яке описано, було передбачено частинами 1 і 2 ст. 182 КК УРСР 1960 р., яка, на відміну від своїх попередників (ст. 185 КК УСРР 1922 р. і ст. ст. 177, 177-1 КК УСРР 1927 р.), містилася вже не в главі «Майнові злочини», а в главі «Злочини проти правосуддя».

¹⁷⁷ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 174–175.

Ст. 182 КК УРСР 1960 р. мала низку істотних відмінностей порівняно зі своїми попередниками: межі кримінальної відповідальності були звужені шляхом заміни словосполучення «майно, доручене для певної мети» на більш конкретний зворот – «майно, на яке накладено арешт або яке описано». Крім того, спостерігається і відмова законодавця від терміну «утримання» і заміна його словосполученням «утаювання або розтрата» і встановлення відповідальності за утаювання майна, що підлягало конфіскації. Тобто в КК УРСР 1960 р. було запроваджено кримінально-правову охорону майна з особливим режимом (майна, на яке накладено арешт, або яке описано чи підлягає конфіскації), і саме цим пояснюється відповідне її розташування в системі Особливої частини кримінального закону.

Ще раз зазначимо, що у 1960–2001 рр. заборонні норми КК УРСР 1960 р., які описували злочини проти правосуддя, постійно змінювалися. Здебільшого ці зміни набували вигляду: доповнення вже існуючих статей диспозиціями, які описували нові види суспільно небезпечних діянь; розширення меж відповідальності та її диференціації; конкретизації формулювань задля більш якісного та повного описання ознак основних складів злочину та їх кваліфікуючих ознак; введення нових кваліфікуючих ознак. Крім того, в нормах цієї глави КК відображалися зміни в соціально-економічних, ідеологічних і політичних відносинах, що відбувалися у колишньому СРСР.

З проголошенням незалежності України розпочався новий етап у розвитку вітчизняного кримінального законодавства. Реформа законодавства та реалізація принципу поділу влади зумовлювали необхідність і в забезпеченні самостійності та непорушності судової влади. Саме тому парламентарії були змушені замислитися над удосконаленням старих і створенням нових кримінально-правових засобів захисту представників судової влади, що, своєю чергою, вилилося у внесенні відповідних змін до кримінального закону.

Принагідно зазначимо, що Модельний КК країн СНД також містить главу, в якій знаходяться положення про відповідальність за злочини проти правосуддя (глава 34). До цієї глави включено норми, відомі законодавству

більшості республік колишнього СРСР. Серед них і норма, аналогічна ст. 182 КК УРСР 1960 р., – це ст. 331 КК, що передбачає відповідальність за розтрату, відчуження або приховування майна, підданого опису або арешту, або приховування чи привласнення майна, що підлягає конфіскації.

1 вересня 2001 р. на заміну КК УРСР 1960 р., як відомо, прийшов КК України 2001 р., у Розділі XVIII Особливої частини якого знаходиться досліджувана нами заборона – ст. 388. Попри те, що чинний кримінальний закон було прийнято відносно нещодавно, зміст ст. 388 КК України вже неодноразово змінювався. Мається на увазі те, що у період з 1 вересня 2001 р. по 31 березня 2005 р. ст. 388 КК України передбачала відповідальність за приховування майна, що підлягає конфіскації або на яке накладено арешт чи яке описано.

Луцький міськрайонний суд вироком від 24 липня 2006 р. засудив за ст. 388 КК України голову сільськогосподарського виробничого кооперативу «Джерела» за те, що той протягом 2003–2004 рр. реалізував ввірене йому описане майно. Переглядаючи цю справу в касаційному порядку, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ звернула увагу на те, що кримінальну відповідальність за зазначені дії (реалізацію описаного майна) було встановлено лише 31 березня 2005 р., а кримінальний закон у цій частині не має зворотної дії. Виходячи з цього і того, що засуджений не приховував описане майно, а реалізовував його, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ прийняла ухвалу, якою скасувала згаданий вирок Луцького міськрайонного суду в частині засудження особи за ст. 388 КК України та закрила справу на підставі п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК України за відсутністю складу злочину¹⁷⁸.

За ст. 388 КК України засудив Оріхівський районний суд Запорізької області (вирок від 19 липня 2005 р.) М., який продав належний йому автомобіль марки «ВАЗ» іншій фізичній особі, хоч на цей автомобіль у зв'язку з порушеною за ч. 2 ст. 286 КК України кримінальною справою слідчий наклав арешт, і він

¹⁷⁸ Архів Верховного Суду України. Ухвала суду від 18 жовтня 2007 р.

(автомобіль) був переданий М. на відповідальне зберігання. Суд вирішив, що М. приховав майно, на яке накладено арешт¹⁷⁹.

Насправді засуджений вчинив не приховування арештованого майна, а його відчуження, у зв'язку з чим кваліфікацію його дій за ст. 388 КК України в її первинній редакції вважаємо неправильною.

Висновок про безпідставність інкримінування цієї редакції ст. 388 КК слід робити і щодо дій особи, яка за вчинення злочину, передбаченого ст. 388 КК, була звільнена від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки (ст. 48 КК України). Правильність кваліфікації дій цієї особи підтвердила колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ, розглядаючи справу в касаційному порядку. Між тим, в ухвалі колегії можна прочитати, що суб'єкт у січні 2003 р. вивіз і викинув на смітник металобрухт і ваги – майно, на яке було накладено арешт та яке було передано йому на відповідальне зберігання. Тим самим, вирішила колегія суддів ВСУ, особа приховала зазначене майно від державних органів¹⁸⁰.

Ми не погоджуємось з таким висновком, оскільки дії цієї особи мають розцінюватись не як приховування майна, а як його знищення (див. про це нижче); відповідно, вони не утворювали складу злочину, передбаченого первинною редакцією ст. 388 КК України.

Аналіз низки різноманітних за своїм змістом протиправних дій із майном, що підлягає конфіскації або на яке накладено арешт чи яке описано, дозволили законодавцю зробити правильний, на нашу думку, висновок про те, що суспільна небезпека притаманна не лише приховуванню такого майна, а і його розтраті, відчуженню, підміні, пошкодженню, знищенню тощо. Положення ж ст. 388 КК України в її первинній редакції не давали можливості правозастосовним органам адекватно реагувати на вказану поведінку правопорушників. Заслужували на криміналізацію, як про це вже зазначалось нами, і діяння представників фінансових установ щодо здійснення банківських операцій з грошовими коштами (вкладами), на які накладено арешт. Про

¹⁷⁹ Архів Оріхівського районного суду Запорізької області. Справа № 1-429 за 2005 р.

¹⁸⁰ Архів Верховного Суду України. Ухвала суду від 22 серпня 2006 р.

необхідність розширення кола суспільно небезпечних діянь щодо арештованого, описаного та конфіскованого майна свідчив і зарубіжний досвід (висвітлюватиметься у наступному параграфі монографії).

З огляду на сказане 3 березня 2005 р. прийнято ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (набрав чинності 31 березня 2005 р.), на підставі якого ст. 388 КК України було викладено в такій редакції:

«Стаття 388. Незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації

1. Розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення майна або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт або яке описано, чи порушення обмеження права користуватися таким майном, здійснене особою, якій це майно ввірено, а також здійснення представником банківської або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами (вкладами), на які накладено арешт, –

караються штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, –

караються штрафом від трьохсот до шестисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого».

Із викладеного випливає, що в період з 31 березня 2005 р. по 16 жовтня 2011 р. ст. 388 КК України передбачала відповідальність за незаконні дії виключно щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації. При цьому на практиці траплялись випадки застосування кримінальної відповідальності за розглядуваною статтею і невинуватих осіб.

Так, Замостянський районний суд м. Вінниці вироком від 24 жовтня 2007 р. засудив за ч. 1 ст. 388 КК України директора ЗАТ «Вітосан», який вчинив незаконні щодо заставленого майна, а саме без згоди кредитора (банку) реалізував майно, яке перебувало в заставі і було йому ввірено. Викликає подив, але правильність такої кваліфікації підтвердила колегія суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Вінницької області¹⁸¹.

І це при тому, що відповідні дії з таким майном були криміналізовані лише 16 жовтня 2011 р.!

Повертаючись до оцінки ЗУ 3 березня 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України», зазначимо, що, намагаючись залишити незмінним об'єкт злочину, караного за ст. 388 КК України, законодавець суттєво змінив описання об'єктивної сторони, яка відтепер полягає не лише у приховуванні відповідного майна, а і в його розтраті, відчуженні, підміні, пошкодженні, знищенні або інших незаконних діях з ним, а також у порушенні обмеження права користуватися таким майном. Крім того, різновидом діяння, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, названо здійснення представником банківської або іншої фінансової установи будь-яких банківських операцій з коштами (вкладами), на які накладено арешт.

Відповідно до ЗУ 3 березня 2005 р. також було уточнено, що рішення суду про конфіскацію майна повинно набути законної сили. Це дозволило усунути проблеми кваліфікації вчиненого у випадках, коли майно не набувало чіткого процесуального статусу, оскільки щодо нього не було винесене рішення про арешт чи опис, а рішення суду про конфіскацію ще не набуло законної сили.

На цьому внесення змін до ст. 388 КК України не завершилося. 22 вересня 2011 р. ВРУ ухвалила ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» (набрав чинності 16 жовтня 2011 р.), на підставі якого назву та абз. 1 ч. 1 ст. 388 КК України було викладено в такій редакції:

«Стаття 388. Незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт,

¹⁸¹ Архів Апеляційного суду Вінницької області. Справа № 11-908 за 2007 р.

заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації»

1. Розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення майна або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано, чи порушення обмеження (обтяження) права користуватися таким майном, здійснене особою, якій це майно ввірено, а також здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт...».

Порівняння попередньої та чинної редакцій ст. 388 КК України дозволяє стверджувати, що положеннями ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» були криміналізовані незаконні дії із заставленим майном (про необґрунтованість цієї законодавчої новели мова йшла вище).

Ще одна спроба змінити ст. 388 КК України була пов'язана з розробленням законопроекту «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо уточнення питань кримінальної відповідальності у сфері фінансового лізингу)» (реєстраційний № 10073 від 17 лютого 2012 р.), яким диспозицію ч. 1 аналізованої статті КК пропонувалось доповнити альтернативною вказівкою на майно, передане у фінансовий лізинг. У пояснювальній записці до законопроекту зазначалось, що захист ринку фінансового лізингу від злочинних проявів суттєво відрізняється від захисту кредитних операцій, здійснюваних банками та іншими фінансовими установами. При цьому вказані фінансові операції є по суті тотожними, а банки також мають право на проведення операцій фінансового лізингу.

У висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ на згаданий законопроект вказувалось на сумнівність пропозиції криміналізувати шляхом внесення змін до ст. 388 КК незаконні дії щодо майна, переданого у фінансовий лізинг. Така позиція аргументувалась передусім тим, що законодавець відніс злочин, передбачений ст. 388 КК України, до злочинів проти правосуддя, а його предметом виступає специфічне майно, визначене уповноваженим органом (посадовою особою). Стосовно ж майна, переданого у

фінансовий лізинг, то згідно з ч. 3 ст. 8 ЗУ «Про фінансовий лізинг» предмет лізингу не може бути конфісковано, на нього не може бути накладено арешт у зв'язку з будь-якими діями або бездіяльністю лізингоодержувача. Відповідно, вказали експерти, незаконні дії щодо майна, переданого у фінансовий лізинг, не можна віднести до злочинів проти правосуддя. Крім того, такі незаконні дії лізингоодержувача, як розтрата, відчуження, пошкодження або знищення лізингового майна, за наявності підстав цілком виправдано кваліфікуються за статтями КК України про відповідальність за злочини проти власності (зокрема, статті 185, 190, 192, 194). Адже майно, передане в користування лізингоодержувачу, не є його власністю; право власності на таке майно на час дії договору лізингу залишається за лізингодавцем. ВРУ відхилила законопроект «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо уточнення питань кримінальної відповідальності у сфері фінансового лізингу)», дослухавшись до наведених вище аргументів парламетських експертів.

Таким чином, аналіз розвитку норм вітчизняного кримінального законодавства у частині відповідальності за незаконні дії стосовно майна, що має особливий правовий режим, дозволяє стверджувати, що: 1) у період Київської Русі (X–XIII століття), період польсько-литовського панування та козацької доби (XIV–XVII століття) на території сучасної України не існувало кримінально-правової заборони незаконних дій із майном, що має особливий правовий режим; 2) у періоди знаходження України в складі Росії, Польщі та Австро-Угорщини (XVII ст. – 1917 р.) на її сьогоднішній території діяли законодавчі акти, в яких спостерігаються перші спроби законодавчого закріплення кримінально-правової охорони особливого режиму майна; 3) кримінальне законодавство радянського періоду (1917–1991 рр.) засвідчувало чітку позицію законодавця щодо рішучої боротьби з розглядуваними антисоціальними явищами саме кримінально-правовими засобами, що знайшло відображення у ст. 185 КК УСРР 1922 р., набуло свого розвитку в положеннях статей 177, 177-1 КК УСРР 1927 р., а сформувалося остаточно в ст. 182 КК УРСР 1960 р.; 4) у сучасному періоді (з 24 серпня 1991

р. і дотепер) розвитку вітчизняного кримінального законодавства щодо караності незаконних дій щодо майна, яке має особливий правовий режим, доцільно виділити такі етапи: а) період чинності ст. 182 КК УРСР 1960 р. (з 24 серпня 1991 р. по 1 вересня 2001 р.), яка передбачала відповідальність за утаювання майна, що підлягає конфіскації, або утаювання чи розтрату майна, на яке накладено арешт або яке описано; б) період чинності ст. 388 КК України з 1 вересня 2001 р. по 31 березня 2005 р., коли вона передбачала відповідальність лише за приховування майна, що підлягає конфіскації або на яке накладено арешт чи яке описано; в) період чинності ст. 388 КК України з 31 березня 2005 р. по 16 жовтня 2011 р., коли вона передбачала відповідальність за будь-які незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації; г) період чинності ст. 388 КК України з 16 жовтня 2011 р. і дотепер, коли зазначена стаття, крім відповідальності за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації, почала передбачати відповідальність за незаконні дії щодо заставленого майна.

3. Зарубіжний досвід регламентації кримінальної відповідальності за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації

Урахування законотворчого досвіду інших держав, за пануючою в українській кримінально-правовій літературі думкою, дозволяє більш ефективно розробляти власне кримінальне законодавство. Із цим твердженням не можна не погодитися, адже системний і критичний аналіз положень зарубіжного кримінального законодавства, а також практики його застосування може застерегти вітчизняного законодавця від тих прорахунків, які вже було допущено парламентаріями інших держав, запозичити позитивний досвід з тієї чи іншої кримінально-правової проблеми.

Як справедливо зазначає М. Ансель, вивчення зарубіжного права відкриває нові горизонти, дозволяє більше дізнатись про право власної держави, оскільки специфічні риси цього права особливо чітко проявляються при порівнянні

з іншими системами. Порівняння дає можливість правнику озброїтись ідеями та аргументами, які неможливо отримати навіть при бездоганному знанні права лише своєї країни¹⁸². У кримінально-правовому контексті зіставлення законів різних держав потрібне для загального уявлення про суть відповідного законодавства, системного визначення його особливостей і можливого запозичення позитивного досвіду нормотворення, для з'ясування «точок дотику» національного і зарубіжного у сфері протидії злочинності¹⁸³.

Вивчення кримінального законодавства держав континентальної Європи потрібне і через те, що останнім часом відбувається гармонізація кримінального законодавства цих держав, тобто приведення його у відповідність до європейських стандартів на підставі положень створеного у межах РЄ та Європейського Союзу загальноєвропейського кримінального законодавства. Утім, цей процес, як слушно зазначає М.І. Хавронюк, є неможливим без ретельного аналізу стану і перспектив розвитку кримінального законодавства усіх держав континентальної правової сім'ї¹⁸⁴.

Переходячи до безпосереднього аналізу кримінального законодавства зарубіжних країн про відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, слід відзначити, що норми, які передбачають відповідальність за вчинення таких дій, відомі кримінальним законам багатьох зарубіжних країн – як країн СНД і Балтії, так і, зокрема, Албанії, Болгарії, В'єтнаму, Ізраїлю, Індії, КНР, Нідерландів, Парагваю, Сингапуру, США, Угорщини, Франції, ФРН, Швеції, Швейцарії¹⁸⁵. При цьому немає нічого дивного в тому, що найбільш близьким до українського кримінального законодавства щодо протидії незаконним діям з арештованим, описаним, заставленим або конфіскованим майном є кримінальне законодавство країн колишнього СРСР.

¹⁸² Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерк сравнительного права. – М., 1991. – С. 38.

¹⁸³ Музика А. Порівняльно-правові дослідження в Україні (сучасний етап) // Юридичний вісник України. – 2008. – № 17.

¹⁸⁴ Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2007. – С. 1.

¹⁸⁵ Сравнительное уголовное право. Особенная часть: монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, проф., заслужен. деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 476.

Так, ч. 1 ст. 312 КК РФ встановлює відповідальність за розтрату, відчуження, приховування або незаконну передачу майна, підданого опису або арешту, вчинені особою, якій це майно ввірене, а також за здійснення службовцем кредитної організації банківських операцій з коштами (внесками), на які накладено арешт. У ч. 2 ст. 312 КК РФ передбачено відповідальність за приховування або привласнення майна, що підлягає конфіскації за вироком суду, а також за інше ухилення від виконання вироку суду про призначення конфіскації майна, який набрав законної сили.

Проводячи порівняльний аналіз норм КК України та КК РФ, що встановлюють відповідальність за розглядувані злочини проти правосуддя, необхідно відзначити, що диспозиція ст. 388 КК України сформульована порівняно зі ст. 312 КК РФ більш широко і передбачає відповідальність ще і за підміну, пошкодження, знищення певного майна, порушення обмеження права користуватися цим майном, а так само за інші незаконні дії з таким майном. Крім того, на відміну від ст. 312 КК РФ, чинна редакція ст. 388 КК України передбачає караність і незаконних дій із заставленим майном.

Недосконалість диспозиції ч. 1 ст. 312 КК РФ давно помічена науковцями, деякі з яких пропонують розширити перелік діянь, що становлять об'єктивну сторону злочину, передбаченого цією кримінально-правовою нормою, за рахунок пошкодження, знищення, перероблення, споживання, привласнення і незаконного переміщення майна, на яке накладено арешт або яке описано¹⁸⁶. Інший можливий варіант удосконалення цієї норми – спрощення її конструкції шляхом вказівки в ній на невиконання обов'язків щодо збереження майна, яке піддано арешту, що потягло за собою його втрату або пошкодження¹⁸⁷.

Якщо в ч. 2 ст. 388 КК України фігурує рішення суду, то в ч. 2 ст. 312 КК РФ – вирок суду. Підхід нашого законодавця з цього питання є більш вдалим.

¹⁸⁶ Виноградов Д.Ю. Незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту (уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Тюмень, 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lawtheses.com/nezakonnye-deystviya-v-otnoshenii-imuschestva-podvergnutogo-opisi-ili-adresatu>

¹⁸⁷ Оленьчев Ю.А. Некоторые проблемы объективной стороны состава преступления, предусмотренного частью 1 статьи 312 «Незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи и аресту либо подлежащего конфискации» УК РФ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.vestnik-mgou.ru/Articles/Doc/4336>

Цікаво, що з метою встановлення кримінальної відповідальності за незаконні дії з майном, яке конфіскується в адміністративному і цивільно-правовому порядку, в російській літературі висувається пропозиція в диспозиції ч. 2 ст. 312 КК РФ термін «вирок» замінити терміном «рішення»¹⁸⁸.

Кримінальне законодавство Азербайджану, Казахстану і Таджикистану в частині протидії незаконному поводженню з арештованим, описаним чи конфіскованим майном аналогічне кримінальному законодавству РФ. Чи не єдиною відмінністю є те, що азербайджанський законодавець, на відміну від російського, передбачає кримінальну відповідальність ще і за підміну арештованого майна (ст. 303 КК Азербайджану). Диспозиції ж ст. 357 КК Казахстану і ст. 362 КК Таджикистану відтворюють зміст ст. 312 КК РФ.

У ст. 409 КК Білорусі передбачено відповідальність за псування, розтрату, приховування або відчуження (за відсутності ознак розкрадання¹⁸⁹) майна, підданого опису або арешту, вчинені особою, якій це майно ввірене, або за здійснення службовцем кредитної організації банківських операцій з коштами (внесками), на які накладено арешт. Слід зазначити, що в ст. 409 КК Білорусь не передбачається відповідальність за незаконні дії, скоєні стосовно майна, що підлягає конфіскації за вирок суду. Відповідальність за такі дії передбачено в іншій нормі – ст. 420 під назвою «Перешкоджання виконанню покарання у виді конфіскації майна», яка встановлює караність відчуження, приховування майна, що підлягає конфіскації, або іншого перешкоджання виконанню вироку про конфіскацію майна, який вступив у законну силу.

Як бачимо, білоруський законодавець у ст. 409 свого КК увів вказівку на те, що в ній йдеться виключно про ті діяння щодо майна (останнє має специфічний правовий статус), які за своїм змістом не є розкраданням. Видається, що така вказівка має певне позитивне значення для застосування відповідних положень ст. 409 КК Білорусі. Йдеться, зокрема, про те, що

¹⁸⁸ Гулый А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 11, 92–95.

¹⁸⁹ Таким саме застереженням пропонує доповнити ч. 1 ст. 312 КК РФ Ю.І. Кулешов (див.: Кулешов Ю.И. Преступления против правосудия: проблемы теории, законотворчества и правоприменения: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Владивосток, 2007. – С. 41).

правозастосовним органам не доводиться розмірковувати над питанням, як правильно кваліфікувати діяння, що містять ознаки і розкрадання, і аналізованого злочину. Щоправда, відсутність у ст. 388 КК України подібного застереження, на нашу думку, не свідчить про її недосконалість. Цілком зрозуміло і без цього застереження, що злочини, описані частинами 1 і 2 ст. 388 КК України, слід відмежовувати від кримінально караних посягань на власність¹⁹⁰, враховуючи здобутки теорії кримінально-правової кваліфікації (про це йдеться в § 3 розділу 2 монографії).

Слід звернути увагу і на те, що кримінальне законодавство Білорусі, як і кримінальне законодавство РФ, Азербайджану, Казахстан і Таджикистану, не передбачає відповідальності за незаконні дії із заставленим майном.

КК Латвії в ч. 1 ст. 308 передбачає відповідальність за розтрату, відчуження або приховування, а також за підміну майна, підданого арешту, а у ч. 2 цієї статті – за ті самі дії, вчинені особою, якій це майно було ввірене. Таким чином, на відміну від злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, суб'єкт якого є спеціальним (ним може бути особа, якій ввірено певне майно, або представник фінансової установи, який здійснив відповідну операцію), суб'єкт злочину, караного за ч. 1 ст. 308 КК Латвії, – загальний: ним може бути будь-яка фізична особа, у володінні, користуванні або розпорядженні якої знаходиться майно, піддане арешту. Ще однією відмінністю порівнюваних кримінально-правових норм є різниця в предметах злочинів – це арештоване, описане або конфісковане майно за ч. 1 ст. 388 КК України і тільки арештоване майно за ст. 308 КК Латвії. Крім того, на відміну від ст. 388 КК України, в ст. 308 КК Латвії не передбачено відповідальності за незаконні дії із заставленим майном.

Статтею 233 КК Узбекистану передбачено відповідальність за незаконне розпорядження, тобто привласнення, розтрату, приховування, знищення або пошкодження майна, підданого арешту або залишеного під заставу, що призвело до значних збитків, вчинене особою, якій це майно було ввірене.

¹⁹⁰ До набрання чинності КК України 2001 р. корисливі злочини, пов'язані з оборотом чужого майна на свою користь чи користь інших осіб (крадіжка, грабіж, шахрайство, привласнення і розтрату, вчинені особою, якій майно ввірене чи перебуває в її віданні, тощо), і в теорії, і на практиці зазвичай іменовались розкраданнями.

Визнаючи відмінні ознаки злочинів, описаних у ст. 388 КК України і ст. 233 КК Узбекистану, слід звернути увагу на таке: 1) предметом злочину, передбаченого ст. 233 КК Узбекистану, не може бути описане та конфісковане майно у той час, як ст. 388 КК України такий предмет злочину передбачає; 2) обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 233 КК Узбекистану, є настання значних збитків; об'єктивна ж сторона складу злочину, передбаченого ст. 388 КК України, настання таких наслідків не вимагає; 3) у ст. 233 КК Узбекистану не регламентоване питання відповідальності представників фінансових установ за вчинення операцій з коштами, на які накладено арешт.

Цікавою є передбачена у ст. 233 КК Узбекистану заохочувальна норма, згідно з якою у випадку відшкодування заподіяного матеріального збитку у трикратному розмірі покарання у виді позбавлення волі не застосовується.

Дуже схожою за змістом із чинною редакцією ст. 388 КК України є ст. 251 КК Молдови, яка передбачає відповідальність за привласнення, відчуження, підміну або приховування заставленого, арештованого або конфіскованого майна або використання його в інших цілях, вчинене особою, якій це майно ввірене, або яка зобов'язана відповідно до закону забезпечити його зберігання. Про таку схожість свідчить не лише аналогічне описання ознак об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта та суб'єктивної сторони складу відповідного злочину, а і те, що предметом злочину, передбаченого ст. 251 КК Молдова, як і предметом злочину, описаного в ст. 388 КК України, може бути і заставлене майно. А така ситуація, як ми дізнаємося далі, є вкрай рідким явищем у зарубіжному кримінальному законодавстві.

Розгляд кримінального законодавства низки постсоціалістичних країн дозволяє перейти до характеристики норм про відповідальність за незаконні дії з майном, що має специфічний статус, за кримінальним законодавством країн Західної Європи, Азії та Америки.

Своєрідністю кримінальних законодавств цих країн у частині відповідальності за дії щодо такого майна є наступне: 1) як правило, до

предмета цих злочинів не належить описане та конфісковане майно; 2) предметом цих злочинів може бути, крім арештованого майна, службова печатка, яку зловмисник зриває, знищує тощо з метою вилучення речі з-під арешту; 3) об'єктивна сторона таких злочинів проти правосуддя зазвичай полягає в таких діях, як руйнування, пошкодження і переміщення вилученого або арештованого майна або майна, яке може бути доказом у кримінальній справі, що розслідується.

Крім того, в жодному з досліджених нами кримінальних законів країн Західної Європи, Азії та Америки ми не знайшли кримінально-правової заборони незаконних дій із заставленим майном, що у черговий раз змушує нас замислитися над правильністю рішення українського законодавця щодо криміналізації такого діяння.

Так, ст. 262 КК Японії встановлює кримінальну відповідальність за руйнування або пошкодження особою свого власного майна, яке перебуває під арештом. Аналізуючи цю статтю, слід відзначити, що японський законодавець з метою усунення конкуренції між нормами, що передбачають відповідальність за злочини проти власності, і ст. 262 КК Японії у диспозицію останньої ввів вказівку на те, що йдеться виключно про власне майно винного. Вважаємо такий підхід вдалим з точки зору забезпечення однакового застосування положень кримінального законодавства, однак вельми сумнівним з погляду антисоціальної спрямованості діяння, зазначеного у ст. 262 КК Японії. Слід погодитися з О.О. Соболевою, яка зазначає, що визначення японським (як і французьким) законодавцем відносин власності об'єктом розглядуваного злочину не дозволяє усвідомити дійсну суспільну небезпеку цього діяння¹⁹¹.

Кримінальне законодавство Швейцарії містить дві статті, що встановлюють кримінально-правову заборону незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт. Так, ст. 163 КК Швейцарії встановлює відповідальність за проведення шахрайського конкурсу та шахрайство, пов'язане з накладенням

¹⁹¹ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації, за законодавством зарубіжних країн // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 839–845 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10coozzk.pdf>

арешту на майно боржника, під чим розуміються дії боржника, який на шкоду кредиторів створює видимість про зменшення свого майна, а саме створює на стороні майнові цінності або приховує їх, фальсифікує розмір боргу, визнає фальсифіковані вимоги або дає привід для того, щоб зробити їх дійсними.

Утім, більш близькою за змістом до ст. 388 КК України є ст. 169 КК Швейцарії, яка визнає кримінально караними незаконні дії щодо розпорядження цінностями, на які накладено арешт. Кримінальна відповідальність за зазначеною статтею настає в тому випадку, якщо особа одноосібно розпоряджається майновою цінністю, заподіюючи шкоду кредитору: 1) якщо на цю майнову цінність накладено арешт в адміністративному порядку або на неї накладено арешт; 2) якщо ця майнова цінність в адміністративному порядку занесена у список під час стягнення боргу, у конкурсному провадженні або у процесі по утриманню; 3) якщо ця майнова цінність належить до майна, яке буде передаватися через ліквідацію заборгованості шляхом продажу майна боржника. Крім того, кримінальна відповідальність настає у випадку, коли особа пошкоджує, руйнує, знецінює або робить непридатним майно, на яке накладено арешт.

У кримінальному законодавстві ФРН аналогічною до ст. 388 КК України є § 136 КК ФРН. Ця норма міститься в розділі 7 «Злочинні діяння проти громадського порядку» і має назву «Порушення майнового арешту; незаконне зняття або пошкодження печатки». Згідно з ч. 1 § 136 КК ФРН злочином визнаються дії особи, яка руйнує, пошкоджує, робить непридатною річ, на яку накладений арешт, або будь-яким іншим чином повністю або частково вилучає річ з-під арешту. За ч. 2 § 136 КК ФРН мають кваліфікуватися дії особи, яка пошкоджує, зриває або робить невпізнанною службову печатку, що накладається для того, аби піддати арешту речі, опечатати їх у службових цілях або позначити їх як такі, або повністю чи частково ламає опечатаний замок.

У КК Нідерландів є декілька статей, присвячених аналізованій проблемі. Так, ч. 1 ст. 198 КК Нідерландів встановлює відповідальність особи, яка: а) умисно утримує у своєму володінні майно від вилучення, призначеного на

підставі закону, або від зберігання за постановою суду; б) знаючи, що воно утримується таким чином, умисно приховує це майно. За частиною другою зазначеної статті карається умисне знищення, ушкодження або приведення у непридатність майна, вилученого на підставі закону.

У ч. 1 ст. 199 КК Нідерландів встановлено відповідальність осіб, які умисно ламають, знищують або пошкоджують печатку, за допомогою якої компетентною владою або від їхнього імені опечатуються предмети, або в будь-який інший спосіб порушують опечатування. При цьому кримінальна відповідальність має наставати і тоді, коли зберігач опечатаних предметів умисно дозволяє, щоб такий злочин було вчинено (ч. 2 ст. 199 КК Нідерландів), і навіть тоді, коли таке правопорушення вчинене внаслідок необережності зберігача (ч. 3 ст. 199 КК Нідерландів).

У ч. 3 ст. 189 КК Нідерландів встановлено відповідальність осіб, які: а) умисно, з метою перешкодити або зірвати їхнє вилучення, приховують, знищують або приховують від розслідування судовими чиновниками або поліцейськими предмети, які можуть пролити світло на істину або бути доказом незаконно отриманих доходів; б) умисно, роблячи дані або інформацію доступною третім особам, попереджають або приховують таке вилучення¹⁹².

Результати проведеного порівняльного аналізу норм вітчизняного кримінального законодавства із зарубіжним, а також результати узагальнення зарубіжного досвіду регламентації діянь, аналогічних тим, що передбачені положеннями ст. 388 КК України, дозволили стверджувати наступне.

По-перше, норми, які передбачають кримінальну відповідальність за вчинення злочинів аналізованої категорії, відомі кримінальним законам багатьох країн світу. Водночас існують країни (наприклад, Бельгія, Данія, Іспанія), кримінальне законодавство яких не містить норм про відповідальність за незаконні дії стосовно майна, що було описане, заставлене, арештоване чи

¹⁹² Про відповідний зарубіжний досвід див. також: Гулуй А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 50–60; Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 50–60.

конфісковане. На відміну від КК України, в більшості вивчених кримінальних законів інших країн норми про відповідальність за досліджувані злочини розміщено у розділах (підрозділах, главах тощо), заборонні норми яких покликані охороняти нормальне функціонування органів державної влади (КК Австрії, КК Швейцарії, КК Нідерландів, КК Кореї, КК Туреччини тощо), у значній частині – право власності (КК Франції, КК Японії тощо), рідше – нормальну господарську діяльність (наприклад, КК Польщі, КК Молдови), громадський порядок (наприклад, КК ФРН), суспільну діяльність (наприклад, КК Швеції) тощо. Дії, аналогічні описаним у частинах 1 і 2 ст. 388 КК України, визнаються посяганнями на правосуддя, як правило, за кримінальним законодавством переважної більшості постсоціалістичних країн (РФ, Азербайджан, Казахстан, Таджикистан, Узбекистан), яке (як і українське законодавство) відтворює і зміст, і місце розташування ст. 312 КК РФ.

По-друге, кримінальне законодавство практично всіх зарубіжних країн предметом розглядуваного злочину визнає арештоване майно. Нерідко, як і в ст. 388 КК України, предмет цих злочинів виступає описане та конфісковане майно. Інколи як предмет розглядуваних злочинних посягань виступають службові печатки (КК ФРН, КК Данії, КК Нідерландів, КК Швеції тощо). Щодо конкретного позначення відповідних предметів, то йдеться, зокрема, про: власне майно, яке арештоване або перебуває під загрозою арешту (КК Польщі); печатку або знак, який поставив державний орган (КК Данії, КК ФРН, КК Швеції); речі, на які в адміністративному порядку був накладений арешт або які підлягають конфіскації (КК Австрії); закладене або арештоване майно (КК Туреччини); майнові цінності, на які накладений арешт (КК Швейцарії); річ, на яку накладений службовий арешт (КК Швейцарії, КК ФРН); майно, що підлягає вилученню, призначеному на підставі закону, або підлягає зберіганню згідно з постановою суду (КК Нідерландів); майно, що підлягає утриманню для забезпечення виконання зобов'язання, тимчасовому арешту, заставі, конфіскації чи іншим подібним заходам (КК Швеції); майно, на яке накладений арешт (КК Франції); майно, що перебуває на державному зберіганні (КК Кореї);

власний предмет, що перебуває під арештом, або який ускладнений речовим правом, або котрий переданий в найм (КК Японії).

Кримінальна відповідальність за незаконні дії із заставленим майном є нетиповим явищем для зарубіжного кримінального законодавства та має місце хіба що у таких країнах, як Молдова та Узбекистан.

По-третє, об'єктивна сторона незаконних дій із майном, що має спеціальний статус, у зарубіжному кримінальному законодавстві описується по-різному. Як правило, в диспозиціях статей, які описують такі суспільно небезпечні діяння, наводяться конкретні види незаконних дій з арештованим, описаним, заставленим чи конфіскованим майном: приховування, розтрата, розпорядження, відчуження, руйнування, знищення, ламання, пошкодження, псування, передавання, підміна, привласнення, приведення у непридатний стан тощо.

У переважній більшості випадків зарубіжний законодавець намагається визначити всі можливі види суспільно небезпечної поведінки з відповідним майном, не використовуючи при цьому узагальнюючого формулювання. Це призводить до того, що та частина незаконних дій із арештованим, описаним, заставленим чи конфіскованим майном, яка не знайшла свого закріплення в диспозиції тієї чи іншої заборонної норми, залишається поза сферою кримінального переслідування (хоча вони, мабуть, не поступаються за рівнем суспільної небезпеки тим діям, які знайшли своє відображення в тексті кримінального закону).

Сказане наводить на думку, що ст. 388 КК України (як і § 136 КК ФРН) випереджає свої зарубіжні аналоги в частині описання ознак об'єктивної сторони складу злочину. Адже вітчизняний законодавець визначає і найбільш типові способи вчинення досліджуваного злочину (розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення майна тощо), а це істотно полегшує сприйняття та застосування змісту цієї кримінально-правової норми, а також наводить узагальнююче формулювання (або інші незаконні дії з майном), яке дає можливість накладати кримінальну відповідальність і на всіх інших винуватих осіб. Сказане, однак, не означає, що з погляду вдосконалення вітчизняного

законодавства цей підхід має бути збережений і надалі (див. розділ 2 монографії).

У переважній більшості випадків склади злочинів, що описують незаконні дії з арештованим, описаним, заставленим чи конфіскованим майном, за своєю конструкцією є формальними або формально-матеріальними. Лише у кримінальному законодавстві кількох країн (зокрема, Узбекистан, Корея та Швейцарія) відповідний склад злочину сформульовано як матеріальний.

По-четверте, за кримінальним законодавством більшості зарубіжних країн суб'єкт розглядуваного злочину є спеціальним, адже ним може бути лише особа, якій таке майно ввірене. Водночас відповідно до кримінального законодавства деяких країн світу суб'єкт відповідного злочину може бути і загальним (наприклад, КК Латвії).

За кримінальним законодавством переважної більшості зарубіжних країн караними є виключно умисні незаконні дії щодо арештованого, описаного, заставленого чи конфіскованого майна. Щоправда, за ч. 2 ст. 199 КК Нідерландів за знищення або ушкодження печатки може наставати відповідальність і тоді, коли таке діяння вчинено з необережності. З необережності може бути вчинено і злочин, передбачений ч. 3 ст. 276 КК Туреччини.

По-п'яте, аналіз санкцій зарубіжних кримінально-правових норм, що передбачають відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації, дозволяє зробити висновок про те, що всі досліджувані суспільно небезпечні діяння належать до злочинів невеликої або середньої тяжкості. Максимальне покарання за їх вчинення, як правило, не перевищує двох років позбавлення волі, якщо йдеться про діяння, що містять ознаки основного складу злочину, і трьох років, якщо йдеться про діяння, що містять ознаки кваліфікованих складів злочину. Загалом же, як справедливо зазначає О.О. Соболева, санкції кримінально-правових норм, передбачених ст. 388 КК України, є одними з найбільш м'яких порівняно з санкціями відповідних норм зарубіжного кримінального законодавства¹⁹³.

¹⁹³ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 60.

РОЗДІЛ 2.**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ НЕЗАКОННИХ ДІЙ
ЩОДО МАЙНА, НА ЯКЕ НАКЛАДЕНО АРЕШТ,
ЗАСТАВЛЕНОГО МАЙНА АБО МАЙНА,
ЯКЕ ОПИСАНО ЧИ ПІДЛЯГАЄ КОНФІСКАЦІЇ****1. Об'єктивні ознаки складів злочину, передбаченого ст. 388
КК України**

Визначаючи місце кримінально-правових заборон на вчинення незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, у системі норм про злочини проти правосуддя, слід передусім зазначити, що вперше в історії вітчизняного кримінального законодавства групування заборонних норм за таким родовим об'єктом, як правосуддя, було здійснено в КК УРСР 1960 р., Особлива частина якого містила главу VIII під назвою «Злочини проти правосуддя». Кримінальне законодавство попередніх періодів такої систематизації заборонних норм не знало, хоча більшість тих кримінально-правових заборон, які увійшли до складу глави VIII Особливої частини КК УРСР 1960 р., були відомі як радянському, так і дореволюційному кримінальному законодавству.

Глава VIII Особливої частини КК УРСР 1960 р. спочатку включала 15 статей, присвячених злочинам проти правосуддя, з аналізу яких (статей) випливає, що радянський законодавець під правосуддям розумів не лише нормальну діяльність суду щодо здійснення правосуддя, а і належну діяльність органів прокуратури, слідства, дізнання, виправно-трудових установ, організацій та окремих осіб. Такий підхід (одразу зауважимо, що він був прийнятий законодавцем і в 2001 р. при ухваленні чинного КК України) до розуміння змісту правосуддя як об'єкта кримінально-правової охорони¹⁹⁴

¹⁹⁴ Автори монографії поділяють підхід, відповідно до якого поняття об'єкта кримінально-правової охорони та об'єкта злочину слугують для позначення хоч і пов'язаних між собою, проте відмінних одна від одної сторін врегульованої кримінальним законом соціальної дійсності. Якщо об'єктом кримінально-правової охорони варто визнавати ті правовідносини (блага, цінності тощо), які забезпечуються кримінально-правовою

дозволив законодавцю звести до єдиного знаменника значну кількість норм.

Тут доречно зауважити, що перші спроби консолідації норм про відповідальність за посягання на правосуддя мали місце задовго до прийняття КК УРСР 1960 р. Так, як вже зазначалось, у Соборному уложенні 1649 р. виокремлювалась глава, яка носила назву «Про суд». Утім, як слушно зазначає Л.В. Лобанова, далеко не все в цій главі стосувалось регламентації саме кримінальної відповідальності за злочини проти правосуддя, адже більшість норм цієї структурної одиниці Соборного уложення 1649 р. мали суто процесуальний характер¹⁹⁵. Крім того, значна частина норм, покликаних охороняти правосуддя, знаходилася поза межами глави «Про суд» (наприклад, неправдиве обвинувачення у великій государевій справі або зраді (ст. 17 глави 2), неправдивий донос Государеві за обвинуваченням бояр чи воєвод у хабарництві (ст. 12 глави 7), неправдиве обвинувачення військовослужбовця у злочині (ст. 31 глави 7)).

Тенденція структурного відокремлення норм, що описують склади злочинів проти правосуддя, отримала подальший розвиток у приписах Уложення про покарання кримінальні та виправні. У цьому законодавчому акті була виділена окрема глава (глава 5 розділу V) під назвою «Про неправосуддя», в якій було об'єднано норми, які передбачали найбільш суттєві відхилення від виконання функцій правосуддя. Крім того, порушення обов'язків та зловживання посадових осіб, покликаних сприяти виконанню завдань правосуддя, знаходили відображення в іншій главі розділу V Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. – главі 11, що містила в собі декілька відділень, перше з яких мало назву «Про злочини та проступки чиновників при слідстві та суді», а третє – «Про злочини та проступки

охороною, то звернення до поняття об'єкта злочину є виправданим для з'ясування антисоціальної спрямованості злочинного посягання і характеру заподіяної ним шкоди. Як слушно зазначається у відгуку А.А. Музики як офіційного опонента на кандидатську дисертацію Л.В. Трушківської «Кримінально-правова охорона особистих благ захисника чи представника особи у зв'язку з наданням ними правової допомоги (ст.ст. 398, 400 КК України)» (К., 2013), об'єкт кримінально-правової охорони відображає передусім потенційну турботу держави щодо певного кола суспільних відносин; у цьому і полягає його правове значення. Про об'єкти кримінально-правової охорони йдеться, зокрема, у ст. 1 КК України.

¹⁹⁵ Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 17.

чиновників поліції»¹⁹⁶. Від останніх (чиновників поліції) багато в чому залежало виконання судових актів.

Разом з тим тенденція до об'єднання заборонних норм, що описували склади злочинів проти правосуддя, не була стійкою. Зокрема, законодавцем того періоду неоднаково вирішувалось питання про коло суспільно небезпечних діянь, що належали до групи злочинів проти правосуддя. Наприклад, відповідальність за різні форми протидії здійсненню правосуддя з боку приватних осіб регламентувалась не в розділі V Уложення про покарання кримінальні та виправні, а в інших розділах цієї пам'ятки права. Аналогічна ситуація спостерігалася і щодо норми про відповідальність за привласнення або розтрату чужого рухомого майна, в т. ч. заарештованого, адже вона була розміщена в розділі XII «Про злочини та проступки проти власності приватних осіб».

У радянський період розвитку кримінального законодавства норми, які описували склади злочинів проти правосуддя, виокремлювалися не завжди. Так, у КК УСРР 1922 р. такі норми були розташовані у чотирьох главах, які передбачали відповідальність за: 1) контрреволюційні злочини; 2) злочини проти порядку управління; 3) посадові злочини; 4) злочини проти життя та здоров'я особи. Норма про кримінальну відповідальність приватних осіб за привласнення і розтрату майна, що було ввірено для певної мети, взагалі містилась у главі 6 «Майнові злочини». Глави, спеціально присвяченої регламентації відповідальності за злочини проти правосуддя, не було і в КК УСРР 1927 р., а норми, що передбачали відповідальність за привласнення, тобто утримання з корисливою метою чужого майна, дорученого для певної мети, або розтрату цього майна (ст. 177 КК), а так само за розтрату або привласнення майна, переданого на зберігання уповноваженим на те органом влади (ст. 177-1 КК), як про це вже йшла мова, також містились у главі «Майнові злочини».

Кримінально-правова заборона на вчинення незаконних дій щодо майна на яке накладено арешт, або яке описано чи підлягає конфіскації, зайняла своє

¹⁹⁶ Российское законодательство X–XX веков: Законодательство первой половины XIX века. В 9-ти томах. Т. 6 / Отв. ред. Чистяков О.И. – М.: Юрид. лит., 1988. – С. 293–300.

місце в главі VIII Особливої частини КК УРСР 1960 р. «Злочини проти правосуддя» та мала назву «Утаювання майна, що підлягає конфіскації, або утаювання чи розтрата майна, на яке накладено арешт або яке описано» (ст. 182 КК). Подальші зміни, внесені до цієї статті, прийняття в 2001 р. чинного КК України зі ст. 388 в межах Розділу XVIII Особливої частини «Злочини проти правосуддя», а також подальші зміни, внесені до ст. 388 КК України, аж до викладення її в чинній редакції (на підставі згаданого вище ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг»), не вплинули на її місцезнаходження в системі Особливої частини КК України.

Слід відзначити, що виділення норм, аналогічних тим, що розміщені в Розділі XVIII Особливої частини КК України 2001 р., в окремі структурні елементи кримінально-правового акта властиве не тільки українському законодавству. Тенденція до захисту правосуддя спеціально призначеною для цього системою норм простежується і в законодавстві переважної більшості країн світу¹⁹⁷. Наприклад, всі держави СНД – колишні республіки СРСР мають у своїх кримінальних кодексах відповідну главу (як правило, з назвою «Злочини проти правосуддя»), і практично в усіх кодексах в цій главі розташована і стаття, в якій йдеться про незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, або яке описано чи підлягає конфіскації.

Як відомо, всі норми чинного КК України розміщено не довільно, а в певній системі, яка утворена за допомогою використання певного критерію систематизації. Для систематизації норм Особливої частини КК України законодавець, як правило, використовує критерій антисоціальної спрямованості тих діянь, які описуються конкретними заборонними нормами, та групує їх у межах одного розділу. Антисоціальна спрямованість кримінально караних діянь в теорії вітчизняного кримінального права отримала назву об'єкта злочину (злочинів).

¹⁹⁷ Сравнительное уголовное право. Особенная часть: монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, проф., заслужен. деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – С. 472.

Визначення об'єкта злочину – одна з найбільш дискусійних проблем у кримінальному праві, без розв'язання якої не може обійтись законодавець жодної країни світу. Адже об'єкт злочину – це врешті-решт те, що знаходиться під охороною кримінального закону, те, чому злочин заподіює шкоду. Саме в об'єкт (і ні у що інше) як своєрідну мішень влучає особа, вчиняючи (намагаючись вчинити) злочин, хоч це і заборонено під загрозою покарання¹⁹⁸. Традиційно аналіз складу конкретного злочину розпочинається із з'ясування його об'єкта. Вважається, що, оскільки кримінальний закон створюється для охорони певних, важливих для суспільства і держави відносин, то об'єкт можливого посягання має бути визначений у першу чергу.

Зважаючи на велике значення правильного визначення об'єкта злочину, в науці кримінального права тривалий час ведеться ґрунтовне опрацювання цієї проблеми. Не дивлячись на велику кількість робіт, присвячених об'єктові злочину, питання про те, що саме необхідно під ним розуміти, є одним із найбільш дискусійних у кримінально-правовій доктрині. Розроблено чимало концепцій об'єкта злочину, в межах яких цей об'єкт позначається по-різному – як життєвий інтерес, охоронюваний правом, соціальна цінність, законний інтерес, правове благо, соціальна безпека, права та свободи людини і громадянина, соціальна оболонка, система цінностей, належних суб'єктам правового обороту, правовідносини, правопорядок, суспільні відносини, людина тощо.

Різноманітні концепції об'єкта злочину ґрунтовно проаналізовані у вітчизняній кримінально-правовій літературі¹⁹⁹. Складність і багатогранність розглядуваного поняття, вочевидь, унеможлиблює створення універсальної концепції, придатної для точного визначення об'єкта будь-якого злочину, – від

¹⁹⁸ Термін «об'єкт» походить від латинського *objektum* і означає те, на що спрямоване діяння людини, на що спрямоване її пізнання.

¹⁹⁹ Див., наприклад: Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: кримінально-правова характеристика: монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 58–111; 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; 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 – С. 17–79; Музика А.А., Лашук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: монографія. – К.: Паливода А.В., 2011. – С. 9–63.

державної зради до згвалтування і від пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства до піратства. Тому слушною є думка (її висловлювали, зокрема, П.П. Андрушко, Л.П. Брич, В.О. Навроцький), згідно з якою раціональне зерно можна відшукати в кожній з існуючих концепцій, жодну з яких не варто визнавати однозначно неприйнятною і, тим більше, помилковою.

Вважаємо також дещо перебільшеною конфронтацію щодо визначення об'єкта злочину, яка спостерігається серед представників різних підходів, адже, розглянувши різні концепції, можемо побачити, що вони мають спільні риси. Показово, наприклад, що в монографії Є.В. Фесенка як одного з послідовних прибічників концепції «цінності – об'єкт злочину» можна (поряд із критикою положення про суспільні відносини як об'єкт злочину) відшукати і слова про те, що «висловлені критичні зауваження щодо концепції, яка визнає об'єктом злочину тільки суспільні відносини, не означають, що такі відносини зовсім не мають значення для моделювання складу злочину. Навпаки, функції суспільних відносин у вказаному аспекті дуже важливі»²⁰⁰. А один із критиків концепції «об'єкт злочину – суспільні відносини» А.В. Наумов зазначає, що в багатьох випадках трактування об'єкта злочину як певних суспільних відносин цілком справедливе, наприклад, визнання об'єктом злочину відносин власності у випадках вчинення крадіжки, грабежу та інших злочинів проти власності; у цих випадках об'єктом злочину, справді, виступає не безпосередньо майно, а відносини, що впливають з права власності²⁰¹.

За допомогою традиційної концепції «об'єкт злочину – суспільні відносини» можна чітко зрозуміти, на який елемент суспільних відносин відбувається посягання. Таким чином, ця концепція дає змогу відстежити механізм заподіяння шкоди об'єкту злочину. Вважається, що охоронювані кримінальним законом відносини, які знищуються, порушуються або змінюються у випадку вчинення злочину, складаються з трьох

²⁰⁰ Фесенко Є.В. Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони: монографія. – К.: Атіка, 2004. – С. 64.

²⁰¹ Наумов А.В. Российское уголовное право: курс лекций: в 3 т. Т. 1: Общая часть. – 5 изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2011. – С. 322.

взаємопов'язаних елементів. Це: предмет (матеріальний або ідеальний), тобто те, з приводу чого або у зв'язку з чим виникають певні суспільні відносини; суб'єкти (учасники конкретних відносин); зв'язок між суб'єктами, який передбачає наявність їх взаємних прав та обов'язків (зміст зв'язку між суб'єктами слід розглядати як взаємодію суб'єктів з приводу конкретних предметів). У разі вчинення злочину охоронювані кримінальним законом відносини порушуються через вплив на той чи інший його елемент – предмет, суб'єктів чи соціальний зв'язок. Заподіяння шкоди будь-якому елементу суспільних відносин тягне за собою заподіяння шкоди і самим суспільним відносинам як цілісній системі.

Якщо виходити з того, що суспільні відносини – це відносини між людьми як членами суспільства в різних сферах їх життєдіяльності, то нічого «крамольного» – соціалістичного чи марксистського – ми в цьому не вбачаємо. Стверджувати, що поняття «соціальна цінність», «законний (правоохоронюваний) інтерес», «правове благо» чи «соціальна безпека» є менш абстрактними, ніж поняття суспільних відносин, також не доводиться. Концепція «суспільні відносини – об'єкт злочину» більше відповідає загальноприйнятому розумінню злочину як суспільно, а не індивідуально небезпечного діяння. Пригадується висловлювання одного з фундаторів класичної школи кримінального права Чезаре Беккарія про те, що справжнім мірилом злочинів є шкода, спричинена ними суспільству. Альтернативні концепції об'єкта злочину, прибічники яких стверджують, що пропоновані ними на роль об'єкта злочину явища є набагато конкретнішими за суспільні відносини, «розмивають» специфіку злочинів порівняно з іншими протиправними актами людської поведінки, спрямованими проти конкретних осіб, а не проти суспільства в цілому.

Конструктивною видається позиція, згідно з якою об'єктом злочину є охоронювані кримінальним законом правовідносини. Ця концепція, на нашу думку, враховує відомі переваги домінуючої теорії «об'єкт злочину – суспільні відносини» (в т. ч. усталену структуру останніх), є похідною від неї і водночас

бере до уваги ту обставину, що кримінальним законом захищаються на всі відносини, які складаються у суспільстві і регулюються, наприклад, нормами моралі чи релігії, а лише ті відносини, які в інтересах суспільства піддані з боку держави правовому регулюванню.

Суспільні відносини підлягають нормативному регулюванню; більше того: вони його потребують. Правопорядок – форма існування суспільних відносин, установлене в інтересах всього суспільства та охоронюване законом від злочинних посягань нормальне функціонування соціальних відносин, яке виражається у можливості вільної реалізації прав і свобод їх суб'єктів. Якщо вбачати у правовій оболонці не щось зовнішнє, механічно надягнуте на суспільні відносини, а їх субстанційний прояв, то правопорушення і порушення суспільних відносин – синоніми²⁰².

Для того, щоб правильно визначити суб'єктний склад будь-яких відносин, необхідно звертатися до положень нормативно-правових актів, які регулюють певне коло суспільних відносин. Адже, як влучно зазначає В.Я. Тацій, визначення кола суб'єктів суспільних відносин, які охороняються кримінальним законом, є виключним правом законодавця²⁰³.

Таким чином, об'єктом злочину пропонуємо визнавати ті охоронювані кримінальним законом правовідносини, на які посягають злочинні діяння та яким в результаті цього заподіюється шкода. Вказівка на охоронюваність кримінальним законом у наведеному визначенні означає, що в чинному КК України міститься вичерпний перелік кримінально караних діянь. Відносини, не вказані у кримінально-правових нормах, можуть бути об'єктами інших

²⁰² Уголовное право России: Общая часть: учебник / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петербур. гос. ун-та, 2006. – С. 382, 393; Общая часть уголовного права: состояние законодательства и научной мысли / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. Н.А. Лопашенко. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2011. – С. 278.

Інша точка зору полягає в тому, що деякі злочини (передбачені, наприклад, ст. ст. 297, 299, 302, 303, 304 КК України) завдають шкоди суспільним відносинам, які регулюються нормами моралі, а не нормами права. У зв'язку з цим зміст об'єкта злочину повинен бути відображений у більш широкій категорії, ніж правовідносини, – у суспільних відносинах (див.: Лашук Є.В. Поняття і структура об'єкта злочину // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: Щорічний бюлетень / за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. А.А. Музики. – К.: КЮІ КНУВС, 2005. – С. 202; Музика А.А., Лашук Є. В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – С. 51–52).

²⁰³ Тацій В.Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. – Х.: Вища школа, 1982. – С. 24.

правопорушень (адміністративних проступків, цивільно-правових деліктів тощо). Разом з тим слід враховувати, що одні і ті ж відносини можуть охоронятись нормами різних галузей права.

В юридичній літературі традиційно вважається, що, визначивши об'єкт злочину, ми можемо правильно оцінити його соціально-політичний зміст і суспільну небезпеку, правильно кваліфікувати злочинне діяння, відмежувати його від суміжних складів злочину, а також від суспільно небезпечних посягань, що не визнаються злочинними.

Загальновизнаним в юридичній літературі є поділ об'єктів злочину «по вертикалі» на загальний, родовий і безпосередній. Цей поділ ґрунтується на використанні таких філософських категорій, як загальне, особливе та окреме. Критерієм вказаної трьохчленної класифікації об'єктів виступає кількісний показник: ним визнається коло відносин, охоронюваних кримінальним законом.

Загальний об'єкт злочину охоплює усі правовідносини, охоронювані КК України. У ч. 1 ст. 1 КК, в якій говориться про завдання Кримінального кодексу, названі найбільш значущі відносини, що відносяться до загального об'єкта. Це – права і свободи людини та громадянина, власність, громадський порядок та громадська безпека, довкілля, конституційний устрій України, мир і безпека людства. Однак для визначення всього кола відносин, що підлягають кримінально-правовій охороні, необхідно звернутись до Особливої частини КК України, яка, як вже зазначалось, містить вичерпний перелік злочинів. Загальний об'єкт злочину не є незмінною величиною, адже обсяг і зміст охоронюваних законом про кримінальну відповідальність відносин зазнають змін у результаті таких протилежних процесів, як криміналізація та декриміналізація.

Родовий об'єкт – це групи відносин, на які посягають однорідні злочини. В.Я. Тацій визначає родовий об'єкт як об'єкт, яким охоплюється певне коло тотожних чи однорідних за своєю соціальною і економічною сутністю суспільних відносин, які через це повинні охоронятися єдиним комплексом

взаємозалежних кримінально-правових норм²⁰⁴. Родовий об'єкт дозволяє здійснити класифікацію злочинів і має значення для кодифікації, оскільки законодавець розміщує кримінально-правові заборони за певною системою, суть якої полягає в тому, що критерієм об'єднання окремих злочинів у групи (окремі розділи Особливої частини КК), як правило, виступає саме родовий об'єкт. Можна сказати і так: кримінально-правові заборони групуються в розділи Особливої частини КК, виходячи з тотожності або однорідності основних безпосередніх об'єктів злочинів, описуваних цими заборонами. Родовий об'єкт, виступаючи як конкретизація загального об'єкта злочину і корегуючись із назвою того чи іншого розділу Особливої частини КК, з'являється лише тоді, коли законодавець об'єднує кілька кримінально-правових заборон у межах однієї структурної одиниці Особливої частини КК України. За послідовністю закріплення родових об'єктів злочинів можна судити про пріоритети кримінально-правової політики у певній державі, про ієрархію охоронюваних нею благ, усталену в тому чи іншому суспільстві, про рівень правосвідомості законодавця.

Із назви Розділу XVIII Особливої частини КК України («Злочини проти правосуддя») випливає, що родовим об'єктом злочинів, описаних статтями 371–400 КК України, є правовідносини у сфері здійснення правосуддя.

Для того, щоб правильно з'ясувати зміст цього родового об'єкта, вкрай важливо встановити зміст поняття «правосуддя», яке вживається в назві відповідного розділу КК України. Це обумовлено тим, що саме правосуддя є тим системоутворюючим елементом, за допомогою якого згруповано усі норми Розділу XVIII Особливої частини КК України. Для встановлення змісту цього поняття передусім необхідно звернутися до положень Конституції України, яка, хоч і не дає його визначення, містить розділ VIII під назвою «Правосуддя» і встановлює основні засади у цій сфері.

²⁰⁴ Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / 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. 105.

Так, у частинах 1 і 2 ст. 124 Основного Закону України зазначається, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються. При цьому в ч. 3 ст. 124 Конституції України міститься положення, згідно з яким судочинство в Україні здійснюється КСУ та судами загальної юрисдикції. У статтях 125–130 Конституції України розкриваються основні положення щодо: системи судів загальної юрисдикції та принципів їх побудови; незалежності та недоторканості суддів; строку, протягом якого судді КСУ та судів загальної юрисдикції обіймають займані ними посади; звільнення суддів із займаної посади; вимог до кандидатів у судді та вимог щодо несумісництва; щодо призначення та обрання на посаду професійного судді; основних засад судочинства; забезпечення фінансування та належних умов для функціонування судів і діяльності суддів тощо.

Розвиток усіх цих положень знаходимо в ЗУ від 7 липня 2010 р. «Про судоустрій і статус суддів», зі змісту якого випливає, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, а судову систему України складають суди загальної юрисдикції та суд конституційної юрисдикції (тобто КСУ).

Тлумачачи зміст ст. 124 Конституції України, КСУ також звертає увагу на те, що правосуддя здійснюється виключно судами у відповідних формах, у т. ч. шляхом конституційного судочинства (стаття 124 Конституції України)²⁰⁵.

Виходячи з наведених норм, а також змісту тих норм, які регулюють діяльність судової системи України, можна зробити висновок, що правосуддя – це особливий вид державної діяльності, що здійснюється КСУ та судами загальної юрисдикції на підставі закону, зміст якої становить розгляд і вирішення судових справ з метою забезпечення гарантованих Конституцією та іншими законами України прав і свобод людини і громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства та держави, результатом якого є постановлення судового рішення, яке має загальнообов'язковий характер.

²⁰⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частин другої, третьої статті 124 Конституції України (справа щодо підвідомчості актів про призначення або звільнення посадових осіб) від 7 травня 2002 р. № 8-рп/2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v008p710-02>

Щоправда, не всі правники погоджуються з викладеним підходом (попри те, що він базується на нормах Основного Закону України) щодо визначення змісту поняття «правосуддя». Зокрема, як у теорії конституційного права, так і в доктрині кримінального права дискусійним є питання, чи належить КСУ до судової гілки влади та чи здійснює він правосуддя. Наприклад, В.О. Навроцький стверджує, що КСУ не здійснює правосуддя, а отже, посягання на його діяльність не охоплюється нормами про злочини проти правосуддя²⁰⁶. М.П. Джуган, навпаки, дорікає колегам, які здійснюють тлумачення норм про злочини проти правосуддя, нехтуючи однією з форм, в яких здійснюється правосуддя в Україні, а саме конституційним судочинством, що, на думку цього дослідника, є абсолютно безпідставним²⁰⁷. Стверджується також, що реалізація КСУ своїх повноважень є ніщо інше, як здійснення правосуддя, яке полягає в застосуванні норм Конституції України до законів та інших правових актів, конституційність яких оскаржується, в оцінці їх конституційності²⁰⁸. Діяльність Конституційного Суду охоплюється поняттям правосуддя та повинна обов'язково включатися в об'єкт кримінально-правової охорони від злочинів, передбачених главою КК «Злочини проти правосуддя»²⁰⁹. Натомість окремі фахівці з конституційного права близького зарубіжжя висловлюють думку про те, що конституційний суд не здійснює правосуддя, а конституційне правосуддя має інше значення, ніж правосуддя, що здійснюється судами у процесі розгляду кримінальних або цивільних справ, позаяк конституційне правосуддя є здійсненням конституційного контролю²¹⁰. Поряд із цим можна навести аргументи відомих в Україні фахівців, які вважають КСУ

²⁰⁶ Навроцький В.О. Кримінальне право України. Особлива частина: курс лекцій. – К.: Знання, 2000. – С. 256.

²⁰⁷ Джуган М.П. Класифікація злочинів проти правосуддя // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2004. – № 1. – С. 83–86.

²⁰⁸ Мартинок Р. Нормативне визначення суб'єктів звернення до Конституційного Суду України та механізму формування складу Суду як гарантії забезпечення його позаполітичного статусу і компетентності // Держава і право: Збірник наук. праць. Юридичні і політичні науки. – 2007. – Вип. 37. – С. 156–162.

²⁰⁹ Кулешов Ю.И. Правосудие как объект уголовно-правовой охраны: история и современность // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 1999. – № 4. – С. 82–91.

²¹⁰ Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс: Учеб. пособие. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. – С. 38; Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. – М.: Городец, 1997. – С. 192; Шульженко Ю.Л. Конституционный контроль в России. – М.: Изд-во ИГиП РАН, 1995. – С. 8–9.

невід'ємною частиною судової влади. Так, М.І. Козюбра послідовно та аргументовано доводить, що КСУ належить не до контрольно-наглядової влади, а до судової влади²¹¹. Відповідно, в своїх подальших міркуваннях ми будемо виходити з того, що КСУ не лише належить до судової гілки влади, а і здійснює правосуддя.

Утім, із системного аналізу змісту статей 371–400 КК України випливає, що далеко не всі заборонні норми, розміщені в Розділі XVIII Особливої частини КК України, посягають на нормальну діяльність КСУ або судів загальної юрисдикції щодо розгляду ними відповідних справ. Наприклад, злочин, описаний ст. 399 КК України («Умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи»), посягає не на діяльність української судової системи, а на належну процесуальну діяльність захисника чи представника особи щодо надання їй правової допомоги. І подібних складів злочинів, як засвідчує проведений нами аналіз, у Розділі XVIII Особливої частини КК України чимало (щоб не сказати – більшість).

У зв'язку з цим виникає резонне питання: чи є правосуддя родовим об'єктом злочинів, описаних нормами Розділу XVIII Особливої частини КК України? І якщо є, то як у цьому випадку усувати невідповідність між назвою вказаного розділу та його змістом і чи варто це робити? Відповіді на поставлені питання необхідні як для правильного тлумачення ознак конкретних складів злочинів (у першу чергу об'єкта), так і для встановлення справжніх критеріїв систематизації, якими керувався законодавець під час об'єднання статей 371–400 КК України в межах одного розділу під назвою «Злочини проти правосуддя». Загальний аналіз кримінально-правової літератури дозволяє стверджувати, що в теорії кримінального права існує два основних підходи щодо вирішення поставлених питань²¹².

²¹¹ Козюбра М.І. Конституційний Суд в системі органів державної влади // Державно-правова реформа в Україні: Матеріали науково-практичної конференції. Листопад 1997 року. / Ред.кол. В.Ф. Опришко (гол.), М.І. Єрофєєв, М.Т. Кравчук та ін. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1997. – С. 20–25.

²¹² Хилюк С.В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання Особливої частини): дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2007. – С. 170.

Представники *першого підходу* (яких переважна більшість) переконані в тому, що в назві Розділу XVIII Особливої частини КК України (назвах аналогічних розділів або глав кримінальних законів РФ, УРСР тощо) термін «правосуддя» вживається не в процесуальному («вузькому») розумінні цього слова (як нормальна діяльність КСУ та судів загальної юрисдикції), а в матеріальному («широкому») розумінні цього слова (як діяльність не тільки суду, а і тих органів, які сприяють суду в реалізації завдань і функцій правосуддя).

Так, ще в 1959 р. Є.А. Смірнов зазначав, що об'єктом розглядуваних злочинів є закріплений у законодавстві порядок правосуддя. При цьому поняття «правосуддя», на думку науковця, слід розглядати не у так званому вузькому значенні як діяльність суду з розгляду кримінальних і цивільних справ, а в широкому значенні – як встановлений законодавством порядок кримінального і цивільного процесу, а також порядок відбування покарання²¹³. Трохи згодом Я.М. Кульберг писав, що загалом злочини, передбачені відповідною структурною одиницею Особливої частини кримінального закону, посягають на інтереси правосуддя. Водночас злочини проти правосуддя (винесення завідомо неправосудного вироку, застосування незаконних методів допиту, незаконне взяття під варту, завідомо неправдивий донос тощо), заподіюють не лише велику шкоду інтересам правосуддя, а й особі, правам та інтересам громадян²¹⁴. Ш.С. Рашковська констатувала, що правосуддя як об'єкт кримінально-правової охорони – поняття більш широке, ніж правосуддя як вид державної діяльності, здійснюваної судом²¹⁵.

Загалом підтримуючи та розвиваючи такий підхід у розумінні поняття «правосуддя», Н.А. Носкова зазначає, що правильне вирішення кримінальної справи судом, винесення законного та обґрунтованого вироку неможливе без попередньої роботи органів дізнання і слідства, до завдань яких належить

²¹³ Смирнов Е.А. Преступления против социалистического правосудия. – М.: РИО, 1959. – С. 5.

²¹⁴ Кульберг Я. М. Преступления против правосудия. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1962. – С. 19.

²¹⁵ Курс советского уголовного права. В шести томах. Часть Особенная. Том VI. Преступления против государственного аппарата и общественного порядка. Воинские преступления. – М.: Изд-во «Наука», 1971. – С. 90; Курс уголовного права в пяти томах. Том 5. Особенная часть. Учебник для вузов / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. Г.И. Борзенкова и д-ра юрид. наук, проф. В.С. Комиссарова. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 145.

виявлення злочинів, порушення і розслідування кримінальних справ, збирання і перевірка доказів. Із цього авторка робить висновок про те, що родовим об'єктом аналізованих злочинів є інтереси правосуддя. Посягання ж на інтереси правосуддя є посяганням на нормальну діяльність суду, прокурора, органів дізнання, попереднього слідства щодо здійснення завдань правосуддя²¹⁶. На думку І.С. Власова та І.М. Тяжкової, правосуддя як родовий об'єкт злочинів становить собою діяльність щодо здійснення завдань правосуддя уповноваженими на те органами²¹⁷.

М.І. Бажанов, висловлюючи схожу думку, писав, що під злочинами проти правосуддя слід розуміти посягання на діяльність самого суду при здійсненні ним правосуддя, всіх органів, що сприяють шляхом судового провадження здійсненню судом його функцій, а також органів, що забезпечують виконання рішення, вироку та призначеного ним покарання. Таке вирішення питання найбільш точно відбиває реальну небезпеку злочинів проти правосуддя для суспільства і дійсну спрямованість проти визначених відносин²¹⁸.

Подібний підхід у розумінні родового об'єкта злочинів, описаних нормами Розділу XVIII Особливої частини КК України, обстоюється в навчальному посібнику «Злочини проти правосуддя», підготовленому харківськими правознавцями: «Кримінально-правовими нормами цього Розділу забезпечується охорона від злочинних посягань належної, тобто здійснюваної відповідно до закону, діяльності не лише судової влади, а й органів, які за своїм призначенням сприяють діяльності суду щодо відправлення правосуддя і до кола яких відносять органи дізнання, досудового слідства, прокуратури, а також установ, які здійснюють виконання винесених судами рішень, вироків, ухвал, постанов, інших судових рішень. Положення цього Розділу регламентують також належну діяльність захисників та представників особи з надання правової допомоги при відправленні правосуддя, охороняють від

²¹⁶ Носкова Н.А. Ответственность граждан за преступления против правосудия. – М.: Общество «Знание», 1975. – С. 6–10.

²¹⁷ Власов И.С., Тяжкова И.М. Ответственность за преступления против правосудия. – М.: Юрид. лит., 1968. – С. 27.

²¹⁸ Бажанов М.И. Уголовно-правовая охрана советского правосудия. – Х.: Юрид. ин-т, 1986. – С. 11, 18–19.

злочинних посягань інших учасників судочинства (свідків, потерпілих, експертів, перекладачів тощо)... Таке розуміння правосуддя зумовлено тим, що без функціонування названих органів та установ і діяльності уповноважених на участь у судочинстві осіб здійснення правосуддя судом було б практично неможливим»²¹⁹.

Аналогічні міркування щодо змісту поняття «правосуддя», використаного в назві відповідного розділу Особливої частини кримінального закону, а отже, розуміння родового об'єкта злочинів проти правосуддя знаходимо і в працях багатьох інших радянських, російських і українських дослідників²²⁰.

Зокрема, Л.В. Лобанова з цього приводу відзначає, що в об'єкт кримінально-правової охорони розглядуваного розділу включаються (поряд із суспільними відносинами, що виникають у процесі здійснення правосуддя) такі суспільні відносини, які виникають і реалізуються в ході діяльності інших органів та осіб, спрямовуються на вирішення завдань, що стоять перед судовою владою. Поміщення цих складів у розділ про злочини проти правосуддя, – пише згадана авторка, – означає, що законодавець вбачає спрямованість норм, які не стосуються безпосередньо здійснення правосуддя, не в захисті порядку управління, а у забезпеченні завдань, що стоять перед правосуддям²²¹. Можна сказати і так: у назві Розділу XVIII Особливої частини КК України «Злочини проти правосуддя» законодавець прагнув відобразити всі злочини, які посягають на діяльність суду при здійсненні ним правосуддя, всіх органів, які сприяють шляхом судочинства здійсненню судом його функцій, а також

²¹⁹ Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 5, 7.

²²⁰ Гуторова Н.А. Уголовное право Украины. Особенная часть: конспект лекций. – Х.: Одесей, 2003. – С. 292–307; Мульченко В.В. До об'єкта злочинів проти правосуддя // Держава і право: Збірник наук. праць. Юридичні і політичні науки. – 2001. – Вип. 11. – С. 489–492; Оробець К. Поняття правосуддя як об'єкта злочину // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 12. – С. 164–167; Савченко А.В., Кузнецов В.В., Штанько О.Ф. Сучасне кримінальне право України: курс лекцій. – 2-ге вид., випр. та доповн. – К.: Вид-во ПАЛИВОДА А.В., 2006. – С. 550–558; Юшина Ю.В. Объект посягательств против интересов правосудия на этапе рассмотрения заявлений и сообщений о преступлениях // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2008. – Вип. 2. – С. 92–107; Сокуренько О. Щодо питання об'єкта злочину, передбаченого ст. 390 КК України // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 10. – С. 112; Квасневська Н.Д. Кримінальна відповідальність судді за неправосуддя в Україні: монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – С. 61–62; Валькова Є.В. Особливості визначення родового об'єкта злочинів проти правосуддя // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 4. – С. 344–348.

²²¹ Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 28–29 (автор главы – Л.В. Лобанова).

органів, які забезпечують виконання судових рішень²²².

На думку представників *другого* підходу, поняття «правосуддя», вжите в назві Розділу XVIII Особливої частини КК України, не може бути одним для законодавства та теорії конституційного процесу, цивільного і кримінального процесу та іншим – для кримінального законодавства, науки кримінального права. У зв'язку з цим наковці вважають, що між назвою Розділу XVIII Особливої частини КК України та його змістом існує суттєва невідповідність, яку слід усунути шляхом внесення змін у кримінальне законодавство.

При цьому, як зазначає В.М. Бурдін, наведену невідповідність можна усунути двома способами: 1) шляхом зміни назви Розділу XVIII Особливої частини КК України для того, щоб він охоплював не тільки злочини проти правосуддя, а й інші, які посягають на пов'язані із правосуддям відносини (у зв'язку із проведенням дізнання, досудового слідства, виконанням та відбуванням покарань); 2) шляхом виключення з Розділу XVIII Особливої частини КК України тих складів злочинів, які безпосередньо не посягають на правосуддя, а також уточнення окремих складів злочинів²²³. Погоджується з цими міркуваннями Л.В. Трушківська, яка вказує на неузгодженість між назвою Розділу XVIII Особливої частини КК України і змістом розміщених у ньому кримінально-правових заборон²²⁴.

На думку Л.М. Палюх, більш вдалим є перший із запропонованих В.М. Бурдіним шляхів вирішення існуючої проблеми. Адже між злочинами, описаними в Розділі XVIII Особливої частини КК України, існує певна єдність, яку порушувати не слід. Для вирішення згаданої проблеми назву Розділу XVIII Особливої частини КК України пропонується викласти в такій редакції: «Злочини проти порядку судочинства та виконання судових рішень», зокрема, з урахуванням того, що поняттям судочинства не охоплюється належна

²²² Кузнецов В.В., Сийпловік М.В. Кримінальна відповідальність за притягнення як обвинуваченого завідомо невинуватої особи: монографія / за заг. ред. д.ю.н., проф. В.І. Шакуна. – Ужгород: ЗакДУ, 2011. – С. 55.

²²³ Бурдін В.М. Окремі проблеми злочинів проти правосуддя за КК України // Життя і право. – 2004. – № 2. – С. 74–77.

²²⁴ Трушківська Л.В. Кримінально-правова охорона особистих благ захисника чи представника особи у зв'язку з наданням ними правової допомоги (ст.ст. 398, 400 КК України): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – С. 21, 23, 67.

діяльність певних органів та установ, яка виступає безпосереднім об'єктом злочинів, передбачених ст. ст. 389–395 КК України²²⁵.

Схожий висновок зроблений російським криміналістом Ю.І. Кулешовим, на думку якого цю групу злочинів доречно було б назвати «Злочини у сфері судочинства». Адже поняття «судочинство», будучи більш широким порівняно з поняттям «правосуддя», включає як діяльність суду з розгляду і вирішення справ, так і дії інших суб'єктів, які реалізують свої права та обов'язки, вступаючи в процесуальні відносини з судом²²⁶.

На користь пропонованого варіанту уточнення найменування аналізованих злочинів можна навести міркування В.С. Бігуна, які стали результатом вивчення низки рішень КСУ. Науковець робить висновок про те, що «правосуддя здійснюється в формі судочинства, тоді як судочинство, зокрема кримінальне, є також і діяльністю органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду (судді), а також діяльністю інших учасників кримінального процесу — підозрюваних, обвинувачених, підсудних, потерпілих, цивільних позивачів і відповідачів, їх представників та інших осіб з метою захисту своїх конституційних прав, свобод та законних інтересів»²²⁷.

Іншої точки зору з поставленої проблеми дотримується В.К. Глістін, який писав, що в розділі про злочини проти правосуддя логічніше було б, виходячи з родового об'єкта, зосередити лише ті норми, що охороняють відносини зі здійснення правосуддя²²⁸. Подібним чином розмірковує О.І. Плужник, яка вважає, що діяльність установ із виконання покарань у виді обмеження та

²²⁵ Палюх Л.М. До питання про родовий об'єкт злочинів проти правосуддя // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2008. – № 3. – С. 272–279; Палюх Л.М. Некоторые вопросы уголовной ответственности за преступления против правосудия по законодательству Украины // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: Материалы Шестой Международной научно-практической конференции 29 – 30 января 2009 г. – М.: Проспект, 2009. – С. 563–566; Палюх Л.М. До питання про назву розділу XVIII Кримінального кодексу України // Актуальні проблеми вдосконалення та уніфікації термінології Кримінального кодексу України. – Харків.: Права людини, 2011. – С. 65–70.

²²⁶ Кулешов Ю.И. Преступления против правосудия: проблемы теории, законотворчества и правоприменения: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Владивосток, 2007. – С. 12; Кулешов Ю.И. Преступления против правосудия: современные проблемы теории, законотворчества и правоприменения // 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. 130–131.

²²⁷ Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: колективна монографія / А.М. Бернюков, В.С. Бігун, Ю.П. Лобода та ін.; відп. ред. В.С. Бігун. – К.: Реферат, 2009. – С. 41.

²²⁸ Глістін В.К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1979. – С. 108.

позбавлення волі не є правосуддям; родовим об'єктом злочинів, передбачених статтями 390–393 КК України, є встановлений режим відбування покарань чи режим тримання осіб, яких взято під варту в установах кримінально-виконавчої системи, а тому пропонує статті 390–393 КК України перемістити в Розділ XV Особливої частини КК України²²⁹. Якщо сприйняти таку логіку, сказане має стосуватись щонайменше і ст. 394 КК, присвяченої втечі із спеціалізованого лікувального закладу.

С.С. Мірошніченко, виступаючи проти використання в кримінальному праві та кримінології поняття правосуддя в широкому розумінні, запропонував норми про злочинні посягання на процесуальну діяльність органів досудового розслідування та управлінську діяльність кримінально-виконавчих установ, зосереджені наразі у розділах XV і XVII Особливої частини КК України, виділити в окремий розділ КК України під назвою «Злочини проти авторитету державної влади»²³⁰. Закономірно постає питання, відповіді на яке не вдалося відшукати у працях С.С. Мірошніченка, а саме: яким чином новоутворений розділ співвідноситиметься з уже існуючим Розділом XV Особливої частини КК України «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян»?

Ще одним варіантом розв'язання позначеної проблеми могло б стати викладення назви відповідної структурної частини кримінального закону в такій редакції: «Злочини у сфері правосуддя». Таке уточнення, як стверджують деякі науковці, покликане відобразити ту обставину, що злочини, які відносяться до досудових стадій та відбування покарання, хоч і не спрямовані безпосередньо проти правосуддя, все ж посягають на діяльність органів, без яких виконання завдань правосуддя неможливе²³¹.

²²⁹ Плужнік І.О. До питання визначення об'єкту порушень режиму відбування покарання у виправних установах // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2004. – № 1. – С. 81–83.

²³⁰ Мірошніченко С.С. Злочини проти правосуддя: теорія та практика протидії: монографія. – К.: ПАТ «ПВК «Десна», 2012. – С. 24–36; Мірошніченко С.С. Злочини проти правосуддя: теоретичні і прикладні проблеми запобігання та протидії: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. –К., 2012. – С. 5, 10–11, 30.

²³¹ Сахаров А., Носкова Н. Преступления против правосудия // Социалистическая законность. – 1987. – № 11. – С. 46.

Відомо, що назви розділів Особливої частини КК України, як правило, містять прислівник «проти» («Злочини проти власності», «Злочини проти довкілля» тощо), тим самим чітко позначаючи родові об'єкти злочинів, передбачених відповідним розділом. Цього не можна сказати про розділи, в назві яких використовується зворот «злочини у сфері...»; така 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 той чи інший розділ КК. Невдалість пропонованої назви посилюється, якщо мати на увазі те, що у сфері правосуддя можуть бути вчинені злочини, родовий об'єкт яких має вельми віддалене відношення до правосуддя (наприклад, службове підроблення, одержання неправомірної вигоди чи шахрайство).

Тут доречно зауважити, що злочини проти правосуддя завжди пов'язані зі специфікою діяльності органів правосуддя, а тому інші посягання, які, хоч і порушують нормальну їх роботу, але не пов'язані зі специфікою правосуддя, становлять собою злочини проти інтересів служби – зловживання службовим становищем, хабарництво тощо (в Україні – злочини у сфері службової діяльності) або проти порядку управління, наприклад, підроблення документів²³² (в Україні – злочини проти авторитету відповідних органів та об'єднань). Сама по собі та обставина, що злочин, вчинений в органах правосуддя і навіть працівником цих органів, не робить ще це діяння злочином проти правосуддя. Тому з усієї сукупності суспільно небезпечних діянь, учинених у цій сфері, законодавець особливо (тобто як злочини проти правосуддя) розглядає лише ті, які посягають на діяльність із вирішення завдань правосуддя уповноваженими на те органами²³³.

²³² Курс уголовного права. Особенная часть. Т. 5: учебник для вузов / Под ред. Г.Н. Борзенкова и В.С. Комиссарова. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 146; Бриллиантов А.В., Косевич Н.Р. Настольная книга судьи: преступления против правосудия. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 36.

²³³ Воронцов А.В. Актуальные вопросы определения родового объекта злочинів проти правосуддя // Правова система: теорія і практика. – 2008. – № 1. – С. 31.

Окремі науковці, наголошуючи на необхідності зміни назви розглядуваного розділу, не пропонують власної редакції відповідної назви²³⁴ або пропонують доволі громіздкі назви на кшталт «Злочини проти судової влади, процесуальної діяльності органів попереднього розслідування та органів, покликаних виконувати вироки та інші судові акти»²³⁵.

Як бачимо, серед представників другого підходу єдиної точки зору із питання про шляхи усунення невідповідності між назвою Розділу XVIII Особливої частини КК України та його змістом немає.

Проаналізувавши аргументи представників обох підходів щодо вирішення питань, пов'язаних із назвою Розділу XVIII Особливої частини КК України та родовим об'єктом злочинів, передбачених статтями 371–400 КК України, а також вивчивши положення вітчизняного законодавства в цій сфері, ми робимо висновок про те, що незалежно від того, чи правильно надавати одному і тому ж поняттю «правосуддя» кількох значень, законодавець у назві Розділу XVIII Особливої частини КК України під правосуддям розуміє не лише нормальну діяльність КСУ та судів загальної юрисдикції, а і діяльність тих органів та осіб, які сприяють суду в реалізації завдань і функцій правосуддя (органів досудового розслідування, прокуратури, захисників і законних представників, органів, які здійснюють виконання судових рішень, тощо). Інакше кажучи, ми погоджуємося з тими дослідниками, які зазначають, що в назві Розділу XVIII Особливої частини КК України поняття «правосуддя» вживається не в процесуальному (так званому вузькому) розумінні, а в матеріальному (так званому широкому) розумінні. Вважаємо, що кримінально-правова охорона як нормальної діяльності судів, так і органів та осіб, які сприяють суду в реалізації завдань і функцій

²³⁴ Кузнецов А.В. Совершенствование уголовно-правовых гарантий конституционных прав обвиняемого // Советская юстиция. – 1980. – № 13. – С. 3–4; Москвитина Т.А. Некоторые предложения по совершенствованию проекта Уголовного кодекса // Вопросы уголовной ответственности и ее дифференциации (в проекте Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации): сборник науч. статей и тезисов. – Ярославль: Ярославский гос. ун-т, 1994. – С. 185; Трушківська Л.В. Кримінально-правова охорона особистих благ захисника чи представника особи у зв'язку з наданням ними правової допомоги (ст.ст. 398, 400 КК України): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – С. 23, 67.

²³⁵ Спектор Л.А. Судебная власть как объект уголовно-правовой охраны: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 2011. – С. 15–16.

правосуддя, в межах одного розділу Особливої частини КК України є правильним рішенням українського законодавця.

З цього приводу доречно навести думку В.О. Навроцького, котрий слушно зазначає, що суд, як і будь-який інший державний орган, не є самодостатнім і не може діяти без взаємодії з органами, які готують кримінальні справи до судового розгляду (дізнання та досудового слідства, прокуратури) та які займаються виконанням судових рішень²³⁶. Слід погодитися і з А.В. Воронцовим, на погляд якого діяльність, спрямована на вирішення завдань, які стоять перед правосуддям, починається ще до судового розгляду справи в суді, коли провадиться дізнання, досудове слідство тощо. Вона також здійснюється і після винесення того чи іншого судового акту (вироку, постанови, ухвали, рішення), коли він набирає чинності та виконується²³⁷. Хоч суд і займає особливе і вирішальне місце в єдиній ієрархії суб'єктів правосуддя, останнє досягається лише об'єднаними, сумісними, добре організованими, упорядкованими та енергійними зусиллями багатьох суб'єктів. Такими суб'єктами є не лише суд, а і правоохоронні органи²³⁸ (додамо від себе – і не лише такі органи). За всієї очевидної неточності використання поняття «злочини проти правосуддя» воно акумулює в собі весь спектр суспільних відносин, що потребують самостійної кримінально-правової охорони і пов'язані з реалізацією задач і цілей правосуддя, а теза про здійснення правосуддя лише судом не відповідає суті цього поняття та явища²³⁹.

Розмірковуючи над тим, чи потрібно змінювати назву Розділу XVIII Особливої частини КК України, вважаємо, що слід погодитися з Л.В. Лобановою в тому, що здійснювати уточнення назви цього розділу наразі

²³⁶ Навроцький В.О. Злочини проти правосуддя: лекції для студентів юридичного факультету. – Львів: Юридичний факультет Львівського держ. ун-ту імені І. Франка, 1997. – С. 8.

²³⁷ Воронцов А.В. Актуальні питання щодо визначення родового об'єкта злочинів проти правосуддя // Правова система: теорія і практика. – 2008. – № 1. – С. 29.

²³⁸ Денисов С.А. Актуальные проблемы уголовной ответственности за преступления против правосудия: дис. ... д-ра юрид. наук. – СПб., 2002. – С. 32, 98.

²³⁹ Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки РФ А.И. Коробеева. – СПб.: Ид-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – Т.V: Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. – С. 204.

недоцільно²⁴⁰. Це обумовлено тим, що, по-перше, навряд чи можна підібрати таку ж лаконічну назву для структурної частини кримінального закону, і, по-друге, необхідно пам'ятати, що ні проведення досудового розслідування, ні виконання процесуальних рішень, ні інші дії суб'єктів, що реалізують свої права та обов'язки, вступаючи в процесуальні відносини із судом, не здійснюються в ім'я самих себе. Вказана діяльність є забезпеченням правосуддя; інтересам останнього тому і заповдіюється шкода посяганнями, що вчиняються в цій сфері.

Враховуючи викладене, вважаємо, що в назві Розділу XVIII Особливої частини КК України під правосуддям розуміється належне функціонування судової влади (КСУ та судів загальної юрисдикції) та належна діяльність органів (осіб), покликаних забезпечувати це функціонування, сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя (органів досудового розслідування, прокуратури, захисників і законних представників, органів, які здійснюють виконання судових рішень, тощо).

Таким чином, родовим об'єктом злочинів, передбачених статтями 371–400 КК України, пропонуємо визнавати правовідносини, що забезпечують належне функціонування судової влади та належну діяльність органів (осіб), покликаних забезпечувати це функціонування, сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя.

Подібний висновок формулює і переважна більшість дослідників злочинів проти правосуддя. Так, В.О. Навроцький пише, що правосуддя як родовий об'єкт розглядуваних злочинів – це суспільні відносини, пов'язані з процесуальною діяльністю компетентних державних органів (дізнання, досудового слідства, прокуратури, суду, органів виконання рішень) із розслідування, судового розгляду, прийняття і виконання рішень, вироків, ухвал та постанов у кримінальних, цивільних та адміністративних справах. Аргументуючи свою позицію, вчений зазначає, що правосуддя як функція держави здійснюється виключно судами, але забезпечується правильною

²⁴⁰ Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 30–31 (автор главы – Л.В. Лобанова).

роботою і спеціальних правоохоронних органів, які готують кримінальні справи до судового розгляду та які займаються виконанням судових рішень²⁴¹.

Таке ж розуміння родового об'єкта злочинів проти правосуддя підтримує Н.О. Гуторова²⁴². Схожої думки дотримується А.В. Галахова, визначаючи злочини проти правосуддя як посягання на правильну діяльність органів попереднього слідства, дізнання зі всебічного та об'єктивного розслідування злочинів, судових органів щодо правильного вирішення справ, кримінально-виконавчих органів щодо належного виконання судових рішень²⁴³. Зустрічається точка зору, згідно з якою родовий об'єкт злочинів проти правосуддя – це суспільні відносини, які забезпечують нормальне функціонування судової влади та органів, що сприяють процесуальній діяльності з виконання судом функцій правосуддя²⁴⁴. О.В. Федоров вважає, що злочини проти правосуддя – це передбачені кримінальним законом суспільно небезпечні, умисні діяння, які посягають на суспільні відносини щодо здійснення судом правосуддя, а також на суспільні відносини щодо здійснення правоохоронними органами діяльності, спрямованої на реалізацію цілей і завдань правосуддя шляхом створення необхідних умов для його відправлення і забезпечення виконання судових рішень²⁴⁵. Такої ж думки дотримується Ю.М. Дьомін, який вказує, що родовим об'єктом злочинів цієї категорії є сукупність суспільних відносин, які забезпечують суворо регламентовану законодавством нормальну діяльність суду та інших органів, які сприяють вирішенню поставлених перед ними завдань і цілей правосуддя²⁴⁶. На думку В.В. Мульченка, як родовий об'єкт злочинів проти правосуддя виступають відносини, що забезпечують: а) нормальну діяльність органів дізнання,

²⁴¹ Навроцький В.О. Кримінальне право України. Особлива частина: курс лекцій. – К.: Знання, 2000. – С. 525, 529.

²⁴² Гуторова Н.А. Уголовное право Украины. Особенная часть: конспект лекций. – Х.: Одессей, 2003. – С. 293.

²⁴³ Уголовная ответственность за преступления против правосудия: монография / Под ред. А.В. Галаховой. – М.: Российская академия правосудия, 2003. – С. 14.

²⁴⁴ Воронцов А.В. Актуальні питання щодо визначення родового об'єкта злочинів проти правосуддя // Правова система: теорія і практика. – 2008. – № 1. – С. 31.

²⁴⁵ Федоров А.В. Понятие и классификация преступлений против правосудия: дис. ... канд. юрид. наук. – Ульяновск, 2004. – С. 6.

²⁴⁶ Демин Ю.М. Преступление против правосудия: лекция. – М.: ЦКиНМОКП МВД России, 2000. – С. 4.

досудового слідства і прокуратури у сфері судочинства; б) нормальну діяльність суду зі здійснення правосуддя за адміністративними, кримінальними, цивільними та господарськими справами; в) нормальну діяльність органів, що здійснюють виконання судових рішень, вироків та призначених у них покарань²⁴⁷. О.О. Кваша визначає родовий об'єкт розглядуваної групи злочинів як відносини у сфері нормальної діяльності: 1) судових органів; 2) органів дізнання, досудового слідства, прокуратури; 3) органів, що здійснюють виконання ухвал, постанов, вироків, інших судових рішень і призначених покарань²⁴⁸.

У зв'язку з викладеним вважаємо, що І.С. Власов був правий, коли півстоліття тому стверджував, що органи, які здійснюють правосуддя та сприяють йому, цікавлять законодавця не як ланка державного апарату і не як галузь державного управління, а як особливий «механізм», що виконує завдання виняткової важливості²⁴⁹.

Л.В. Трушківська родовий об'єкт злочинів проти правосуддя визначає як: сукупність потерпілих – осіб, котрі беруть участь у відправленні правосуддя (здійснюють його або сприяють йому); соціальні зв'язки, в яких беруть участь вказані потерпілі; їх права, свободи та інтереси, а також нематеріальні блага, які забезпечують їх участь у відправленні правосуддя²⁵⁰. Викладене розуміння родового об'єкта злочинів проти правосуддя є дискусійним хоча б через те, що ознакою далеко не всіх складів злочинів, передбачених Розділом XVIII Особливої частини КК України, є потерпілий. Інша річ, якби Л.В. Трушківська сприйняла так зване широке розуміння потерпілого від злочину, у межах якого ним визнається не лише людина, а й інші соціальні суб'єкти (наприклад, юридична особа, держава, інше соціальне утворення, яким заподіюється шкода

²⁴⁷ Мульченко В. В. Проблемні питання кваліфікації злочинів проти правосуддя // Актуальні проблеми розкриття та розслідування злочинів у сучасних умовах: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (31 жовтня 2008 року), Запоріжжя: Юридичний інститут ДДУВС, 2008. – Ч. II. – С. 113.

²⁴⁸ Кваша О.О. Поняття злочинів проти правосуддя // Правова держава. – 2005. – Вип. 16. – С. 381.

²⁴⁹ Власов І. С. Об объекте преступлений против правосудия // Ученые записки. Ученые записки ВНИИСЗ. – 1964. – Вып. 1 (18). – С. 100.

²⁵⁰ Трушківська Л.В. Кримінально-правова охорона особистих благ захисника чи представника особи у зв'язку з наданням ними правової допомоги (ст.ст. 398, 400 КК України): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – С. 18, 20, 67, 191.

або створюється загроза заподіяння шкоди). Однак із висловлювань згаданої авторки випливає, що поняттям потерпілого від злочинів проти правосуддя вона охоплює тільки людину.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок про те, що системоутворюючим елементом, за допомогою якого в межах Розділу XVIII Особливої частини КК України було об'єднано низку заборонних норм, що описують певні склади злочинів, є їх родовий об'єкт. Родовим об'єктом злочинів, передбачених статтями 371–400 КК України, є правовідносини, що забезпечують належне функціонування судової влади і належну діяльність органів (осіб), покликаних забезпечувати це функціонування, сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя.

Із такого змісту родового об'єкта можна зробити висновок, що всю систему складів злочинів проти правосуддя можна поділити на:

1) ті склади, що описують злочини, які посягають на належне функціонування судової влади (злочини, які посягають на правосуддя в процесуальному значенні цього слова);

2) ті склади, що описують злочини, які посягають на належну діяльність органів (осіб), покликаних забезпечувати це функціонування, сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя, – органів досудового розслідування, прокуратури, захисників і законних представників, органів, які здійснюють виконання судових рішень, тощо.

Вважаємо такий поділ складів злочинів, передбачених статтями 371–400 КК України, досить вдалим, адже, з одного боку, він простий, зрозумілий і такий, що забезпечує чітку диференціацію всіх складів злочинів проти правосуддя, а, з іншого, він дозволяє правильно відобразити вектор антисоціальної спрямованості будь-якого злочину, описуваного нормами Розділу XVIII Особливої частини КК України, та виокремити злочини проти правосуддя (в процесуальному значенні цього слова) в окрему групу.

В теорії ж кримінального права висловлюються різні думки щодо класифікації злочинів проти правосуддя. При цьому одні науковці вважають,

що при обґрунтуванні системи злочинів проти правосуддя необхідно виходити з ознак суб'єкта злочину²⁵¹, інші воліють вирішувати це питання з урахуванням безпосереднього об'єкта відповідних злочинів²⁵², треті – з огляду на змішаний критерій, який поєднує ознаки суб'єкта та об'єкта злочинів²⁵³.

Наприклад, свого часу Ш.С. Рашковська класифікувала всі злочини проти правосуддя на дві великі групи: 1) злочини проти правосуддя, які вчиняються посадовими особами – працівниками органів дізнання, слідчими, прокурорами, судьями; 2) злочини проти правосуддя, які вчиняються іншими особами²⁵⁴.

На думку В.І. Тютюгіна та І.В. Самоценка, злочини, передбачені Розділом XVIII Особливої частини КК України, виходячи з їх безпосередніх об'єктів, можуть бути класифіковані на п'ять груп: 1) злочини, які посягають на конституційні принципи діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури й суду; 2) злочини, які посягають на життя, здоров'я, особисту безпеку, власність суддів, народних засідателів, присяжних та інших учасників судочинства; 3) злочини, які посягають на відносини, що забезпечують одержання достовірних доказів та істинних висновків у справі; 4) злочини, які посягають на відносини, що забезпечують своєчасне розкриття та припинення (присічення) злочинів; 5) злочини, які посягають на відносини, що забезпечують належне виконання рішень, вироків, ухвал, постанов суду і призначеного ним покарання²⁵⁵.

²⁵¹ Дідик С.Є. Кримінально-правова охорона правосуддя від незаконних діянь судді як спеціального суб'єкта злочину: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 75; Наумов А. В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 2-х томах. – М.: Юридич. лит., 2004. – Т. 2. – С. 685; Уголовное право. Особенная часть: учебник для вузов / Отв. ред.: И.Я. Козаченко, З.А. Незнамова, Г.П. Новоселова. – М.: Норма, ИНФРА-М, 1998. – С. 619–620.

²⁵² Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 57; Друзин А.И. Воспрепятствование исполнению судебного акта. – Ульяновск: Ульяновский дом печати, 2001. – С. 54; Палюх Л. М. До питання про родовий об'єкт злочинів проти правосуддя // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2008. – № 3. – С. 272 – 279.

²⁵³ Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – Вид. 4-те, переробл. та допов. – К.: Атіка, 2008. – С. 573–574.

²⁵⁴ Курс советского уголовного права. В шести томах. Часть Особенная. Том VI. Преступления против государственного аппарата и общественного порядка. Воинские преступления. – М.: Изд-во «Наука», 1971. – С. 99; Рашковская Ш.С. Преступления против правосудия: учеб. пособ. – М.: ВЮЗИ, 1978. – С. 15–16; Кримінальне право України. Практикум: навч. посібник / за ред. С.С. Яценка. – 2-е вид. перероб. і доповн. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – С. 62–64; Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки РФ А.И. Коробеева. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – Т. V: Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. – С. 210.

²⁵⁵ 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-е вид., переробл. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 521–522;

Діяння, описані у ст. 388 КК України, у межах наведеної класифікації відносять до останньої групи, тобто до кримінально караних посягань на відносини, що забезпечують належне виконання рішень, вироків, ухвал, постанов суду і призначеного ним покарання.

Подібним чином розміковують В.І. Осадчий, В.О. Останін, М.І. Кулик, які поділяють злочини проти правосуддя на такі групи: 1) злочини проти конституційних принципів діяльності органів розслідування, прокуратури і суду; 2) злочини проти безпеки, честі та гідності суддів, народних засідателів, присяжних; 3) злочини проти прав та інтересів суб'єктів кримінального або цивільного процесу; 4) злочини проти інтересів усебічного, повного й неупередженого розслідування і судового розгляду кримінальних справ; 5) злочини проти інтересів своєчасного присікання та розкриття злочинів²⁵⁶. В.С. Плугатир доповнює цю класифікацію вказівкою на злочини проти інтересів забезпечення неухильного виконання судових рішень²⁵⁷.

Є.В. Фесенко виділяє такі види злочинів проти правосуддя залежно від різновидів суспільно корисних благ, на які посягають такі діяння: 1) злочини, які посягають на права та інтереси особи, що охороняються законом і якими вона наділена як учасник або інший суб'єкт кримінального або цивільного процесу; 2) злочини, що посягають на інтереси всебічного, повного й неупередженого розслідування і судового розгляду кримінальних справ; 3) злочини, що посягають на безпеку, честь і гідність суддів; 4) злочини, що посягають на інтереси своєчасного присікання та розкриття злочинів; 5) злочини, що посягають на інтереси забезпечення неухильного виконання судових рішень і вироків²⁵⁸.

У літературі зустрічаються і інші, так би мовити, більш оригінальні класифікації злочинів проти правосуддя. Наприклад, зважаючи на сферу

Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 8–9.

²⁵⁶ Осадчий В. І., Останін В.О., Кулик М.І. Кримінальне право: навчальна програма. – К.: Київськ. нац. ун-т внутр. справ, 2007. – С. 47–49.

²⁵⁷ Кузнецов В.В., Савченко А.В., Плугатир В.С. Кримінальне право України. Питання і задачі (з відповідями) до державних іспитів: навч. посібник / за заг. ред. В.Я. Горбачевського. – К.: Атіка, 2004. – С. 24–25.

²⁵⁸ Кримінальне право України. Особлива частина: підручник для студентів юрид. вузів і фак. / за редакцією П.С. Матишевського та інших. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 592–593.

правового регулювання та обов'язкові ознаки складу злочину, російський дослідник С.А. Денисов класифікує ці злочини на три самостійні види: 1) насильницькі злочини проти правосуддя; 2) посадові злочини проти правосуддя; 3) злочини проти встановленого порядку розслідування злочинів

Для досягнення цілей нашого монографічного дослідження цілком прийнятною вважаємо класифікацію злочинів проти правосуддя, запропоновану В.І. Тютюгіним та І.В. Самощенком. Узагалі ж будь-яка класифікація злочинів проти правосуддя носить відносно умовний характер і залежить від обраного критерію, а обрана законодавцем модель системи норм про такі злочини поки що не оптимальна²⁵⁹.

З'ясування загальної системи злочинів проти правосуддя і норм про ці злочини дозволяє перейти до визначення місця в ній ст. 388 КК. Зважаючи на те, що ця стаття описує не один, а два основних склади злочину, а також через те, що диспозицією ч. 1 ст. 388 КК України охоплюється кілька діянь, які істотно відрізняються за своєю антисоціальною спрямованістю, вважаємо, що розгляд позначеного питання слід здійснювати окремо щодо: 1) незаконних дій з конфіскованим майном; 2) незаконних дій з арештованим чи описаним майном; 3) незаконних дій із заставленим майном.

Починаючи зі встановлення місця кримінально-правової заборони щодо незаконних дій з конфіскованим майном у системі норм про злочини проти правосуддя, зазначимо, що в ч. 2 ст. 388 КК України йдеться про незаконні дії щодо «майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили». Тобто в зазначеній нормі йдеться не про незаконні дії з фактично конфіскованим майном, а про ті випадки, коли судом у порядку, встановленому чинним законодавством України, прийнято рішення (постанова, вирок) про конфіскацію майна, таке рішення набрало законної сили, але в період між вступом такого рішення в законну силу і безпосереднім його виконанням щодо відповідного майна було здійснено певні незаконні дії.

²⁵⁹ Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки РФ А.И. Коробеева. – СПб.: Ид-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – Т. V: Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. – С. 212.

З цього випливає, що, хоч незаконні дії щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, безпосередньо і не посягають на нормальне функціонування судової влади (адже суд у таких випадках свою процесуальну діяльність вже завершив), вони порушують нормальну діяльність Державної виконавчої служби України в частині виконання судових актів щодо конфіскації майна, яка в цьому випадку покликана сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя. Це пояснюється тим, що без виконання судових актів (у т. ч. щодо конфіскації майна) не може бути і мови про реалізацію завдань і функцій правосуддя. Так, якщо майно, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, було знищене або приховане, процесуальна діяльність суду в цій частині нівелюється.

У зв'язку з цим вважаємо, що розміщення норми, закріпленої в ч. 2 ст. 388 КК, у межах Розділу XVIII Особливої частини КК України є цілком виправданим рішенням законодавця, а описуваний нею склад належить до другої групи складів злочинів проти правосуддя (тобто тих, що описують злочини, які посягають на належну діяльність органів чи осіб, покликаних забезпечувати функціонування судової влади, сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя).

Перейдемо тепер до характеристики місця кримінально-правової заборони незаконних дій з арештованим чи описаним майном у системі норм про злочини проти правосуддя. Для цього, перш за все, слід звернутися до результатів аналізу відповідних процедур (арешту та опису майна), який (аналіз) був проведений нами в § 1 розділу 1 монографії.

Нагадаємо, що під час цього аналізу встановлено, що в Україні існує щонайменше десять видів арешту на майно, з яких сім здійснюється в межах цивільного, господарського, кримінального та адміністративного судочинства (як засіб забезпечення позову в цивільному судочинстві; як вид запобіжного заходу в господарському судочинстві; як засіб забезпечення позову в господарському судочинстві; як засіб забезпечення кримінального

провадження; як результат розгляду окремої категорії адміністративних справ), один – у межах виконавчого провадження, спрямованого сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя (як один з етапів звернення стягнення на майно боржника у виконавчому провадженні), один – як спосіб забезпечення виконання платником податків покладених на нього обов'язків (адміністративний арешт майна платника податків) та ще один – як засіб забезпечення АКУ доказами в справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (арешт предметів, документів чи інших носіїв інформації, які можуть бути доказами або джерелом доказів у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції).

При цьому адміністративний арешт майна платника податків є винятковим способом забезпечення виконання платником податків його обов'язків, який може бути застосовано керівником уповноваженого державного органу (або його заступником) за наявності однієї з обставин, перелічених у пунктах 2 і 7 ст. 94 ПК України (якщо фізична особа, яка має податковий борг, виїжджає за кордон тощо). Отже, зазначений арешт не має жодного відношення ні до нормального функціонування судової влади, ні до нормальної діяльності органів (осіб), покликаних забезпечувати це функціонування, сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя.

Жодного відношення до нормальної діяльності органів (осіб), покликаних забезпечувати це функціонування, сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя не має також арешт предметів, документів чи інших носіїв інформації, які можуть бути доказами або джерелом доказів у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Адже цей вид арешту майна, як правило, накладається державним уповноваженим, головою територіального відділення АКУ чи уповноваженими ними працівниками АКУ або його територіальних відділень та має своїм призначенням забезпечити АКУ доказами в розглядуваних ним справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Розглядаючи процедуру опису майна, ми встановили, що за своєю юридичною природою вона може виступати як: 1) перша стадія виконання рішення про накладення арешту на майно; 2) засіб охорони спадкового майна; 3) засіб виконання рішення про передачу майна платника податків у податкову заставу; 4) засіб обліку та охорони майна боржника, який виселяється; 5) засіб обліку та охорони речових доказів.

При цьому, як свідчить аналіз регулятивного законодавства, опис майна як перша стадія виконання рішення про накладення арешту на майно може мати відношення до правосуддя (опис майна під час накладення арешту на майно як засіб забезпечення позову в цивільному чи господарському судочинстві тощо), а може і не мати (опис майна під час накладення адміністративного арешту на майно платника податків).

Процедури опису майна як засобу охорони спадкового майна та як засобу виконання рішення про передачу майна платника податків у податкову заставу здійснюються нотаріусами, посадовими особами органів місцевого самоврядування та податковими керуючими, відповідно, та відношення до нормального функціонування судової влади та нормальної діяльності органів (осіб), покликаних забезпечувати це функціонування, не мають.

З'ясовуючи місце кримінально-правової заборони незаконних дій із заставленим майном у системі норм про злочини проти правосуддя, слід зазначити, що такі дії шкодять лише встановленому законодавством порядку виконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків (про це йтиметься у монографії далі). Таким чином, ні прямого, ні опосередкованого відношення до належного функціонування судової влади та належної діяльності органів (осіб), покликаних забезпечувати це функціонування, вказані дії не мають.

Із сказаного випливає, що незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано, можуть посягати на нормальну діяльність і тих органів (осіб), які не забезпечують і не повинні забезпечувати належне функціонування судової влади (працівники державної фіскальної служби, яким

доручено здійснити процедуру адміністративного арешту майна платника податків, податкові керуючі, нотаріуси, посадові особи органів місцевого самоврядування), а незаконні дії щодо заставленого майна шкодять встановленому законодавством порядку виконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків. Викладене наводить на думку про те, що заборонна норма, котра описує зазначені дії (наразі це ч. 1 ст. 388 КК), не зовсім доречно знаходиться в Розділі XVIII Особливої частини КК України, що має назву «Злочини проти правосуддя».

Безпосередній об'єкт, будучи обов'язковим елементом будь-якого складу конкретного злочину, може бути визначений як правовідносини, на які посягає певний злочин. Під безпосереднім об'єктом злочину В.Я. Тацій розуміє ті конкретні суспільні відносини, які поставлені законодавцем під охорону певної статті Особливої частини КК України та яким завдається шкода злочином, що підпадає під ознаки конкретного складу злочину²⁶⁰. Безпосередній об'єкт носить індивідуальний характер і є частиною відповідного родового об'єкта, співвідносячись з останнім як частина та ціле.

З урахуванням правил законодавчої техніки та інтересів словесної економії законодавець у диспозиціях кримінально-правових норм зазвичай позначає безпосередній об'єкт злочинів опосередковано – через вказівку, зокрема, на суспільно небезпечні наслідки, предмет злочину, суб'єктивні права та юридичні обов'язки, потерпілого або місце вчинення злочину. Тому, за загальним правилом, безпосередній об'єкт певного злочину встановлюється шляхом тлумачення закону і є результатом аналізу складу цього злочину. В цьому сенсі є підстави говорити про складність безпосереднього об'єкта для сприйняття, його залежність від інших ознак складу злочину.

Переходячи до аналізу безпосереднього об'єкта діянь, караних за ст. 388 КК України, слід зазначити, що його зміст варто з'ясувати в трьох напрямках:

- 1) безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України;

²⁶⁰ Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / 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. 106.

2) безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано, порушення обмеження (обтяження) права користуватися таким майном, здійсненого особою, якій це майно ввірено, а також здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт;

3) безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині незаконних дій щодо заставленого майна.

Пропонований підхід обумовлений тим, що ст. 388 КК України, як вже зазначалось, описує не один, а два основних склади злочину, а диспозицією ч. 1 ст. 388 КК України охоплюються діяння, які істотно відрізняються за своєю антисоціальною спрямованістю.

Почнемо аналіз із ч. 2 ст. 388 КК України. У цій нормі йдеться про незаконні дії щодо «майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили», з чого випливає кілька важливих висновків.

По-перше, обов'язковою передумовою вчинення злочину, описаного в ч. 2 ст. 388 КК України, є прийняття судом рішення про конфіскацію певного майна. Виходячи з чинного законодавства, що регламентує процедуру конфіскації майна, під рішенням суду в ч. 2 ст. 388 КК України мається на увазі не власне «рішення» суду, а вирок суду в кримінальному провадженні (ст. 59 КК України, ст. 374 КПК України), постанова суду в справі про адміністративне правопорушення (п. 4 ч. 1 ст. 24 КпАП України) або постанова суду про накладення адміністративного стягнення у виді конфіскації майна за порушення митних правил (МК України). Тобто словосполучення «рішення суду» в цьому випадку вживається як родове поняття щодо всіх видів судових актів, якими суд може призначити конфіскацію майна.

По-друге, оскільки в ч. 2 ст. 388 КК України йдеться про те, що діяння може мати місце лише після прийняття відповідного рішення суду про конфіскацію майна, то воно апріорі не може посягати на правосуддя в процесуальному (так званому вузькому) розумінні цього поняття. Це обумовлено

тим, що кримінальне чи адміністративне судочинство у таких випадках вже завершено, і прийнято відповідне рішення суду в тій чи іншій справі.

По-третє, діяння, передбачене ч. 2 ст. 388 КК України, може мати місце не просто після прийняття судом рішення про конфіскацію майна, а лише після набрання ним законної сили. Це означає, що, вирішуючи питання про можливість притягнення особи до відповідальності за ч. 2 ст. 388 КК України, слід брати до уваги, в якій саме справі було прийнято таке рішення (кримінальній чи про адміністративне правопорушення) та судом якої інстанції, а так само інші обставини, які мають значення для правильного вирішення цього питання. Під час вирішення питання про зміст безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, важливим є врахування тієї обставини, що розглядуване діяння може мати місце лише після настання відповідного юридичного факту – набрання рішенням про конфіскацію майна законної сили, тобто тоді, коли таке рішення підлягає примусовому виконанню ДВС України.

По-четверте, вказівка в ч. 2 ст. 388 КК України на те, що йдеться про незаконні дії щодо майна, яке «підлягає» конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, означає, що таке діяння не може бути вчинене вже після здійснення процедури конфіскації майна в порядку, передбаченому ст. 64 ЗУ «Про виконавче провадження» та відповідними пунктами Інструкції з організації примусового виконання рішень.

Таким чином, у ч. 2 ст. 388 КК України йдеться лише про такі незаконні дії, які вчиняються після набрання рішенням (постановою, вироком) про конфіскацію майна законної сили, однак до його фактичного виконання в цій частині, тобто саме в той період, коли рішення суду про конфіскацію майна має виконуватися Державною виконавчою службою України у встановленому порядку. З цього випливає, що, хоч незаконні дії щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, безпосередньо і не посягають на належне функціонування судової влади, однак вони порушують належну діяльність ДВС України в частині виконання судових актів щодо

конфіскації майна та встановлений порядок виконання рішень судів у частині конфіскації майна.

При цьому слід звернути увагу на те, що йдеться про порушення нормальної діяльності ДВС України не взагалі (як органу державної влади), а лише в аспекті виконання судових актів щодо конфіскації майна. В цьому випадку ДВС України є органом, покликаним забезпечувати функціонування судової влади, сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя. Це обумовлено тим, що без виконання судових актів (у т. ч. щодо конфіскації майна) не може бути і мови про реалізацію завдань і функцій правосуддя. Саме тому вище ми зазначили, що розміщення норми, передбаченої ч. 2 ст. 388 КК України, у Розділі XVIII Особливої частини КК «Злочини проти правосуддя» є виправданим.

До речі, аналіз української та російської кримінально-правової літератури дозволяє стверджувати, що переважна більшість науковців, які досліджували антисоціальну спрямованість незаконних дій щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, сформулювали аналогічні висновки. Так, Ю.В. Александров, коментуючи ст. 388 КК України в первинній редакції, зазначав, що в частині незаконних дій з конфіскованим майном безпосереднім об'єктом злочину є нормальна діяльність органів, які забезпечують виконання вироків і рішень судів²⁶¹. Об'єкт досліджуваного злочину визначається і як встановлений порядок виконання вироків у частині конфіскації майна або інших правових рішень щодо забезпечення відповідного правового режиму майна, що підлягає конфіскації²⁶². Цю точку зору підтримали і інші українські криміналісти²⁶³.

Один з авторів цієї монографії в науково-практичному коментарі КК України вказував, що «основним безпосереднім об'єктом злочину,

²⁶¹ Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / Отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. исправл. и дополн. – К.: А.С.К., 2005. – С. 967.

²⁶² Кримінальне право України. Загальна та Особлива частини: навчальний посібник. – К.: Істина, 2005. – С. 302.

²⁶³ Кузнєцов В.В., Стрельбицький М.П., Гіжевський В.К. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 401; Уголовное право Украины. Особенная часть: учебник / под ред. Е.Л. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 444.

передбаченого ч. 2 ст. 388, є порядок виконання рішень судів, покликаний забезпечити конфіскацію майна, у т. ч. належних обвинуваченому знарядь злочину і предметів, які стали знаряддями вчинення або безпосередніми об'єктами адміністративних правопорушень. Оскільки конфісковане майно переходить у власність держави, додатковим об'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388, є підстави вважати право власності»²⁶⁴. Такий підхід підтримує І.І. Давидович, яка відзначає, що основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, є порядок виконання судових рішень у частині проведення конфіскації майна, а додатковим – право власності держави, яке виникає з моменту набрання чинності рішенням суду про конфіскацію²⁶⁵.

Схожі думки висловлює і значна частина російських науковців, які безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 312 КК РФ, вважають нормальну діяльність органів, які забезпечують виконання рішень судів. Стверджується, наприклад, що основним безпосереднім об'єктом цього злочину є суспільні відносини, які забезпечують нормальну діяльність органів щодо виконання судового акта у зв'язку з конфіскацією майна²⁶⁶.

Щоправда, інколи в кримінально-правовій літературі висловлюється і інші думки щодо об'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України (ч. 2 ст. 312 КК РФ). Наприклад, на переконання Ю.А. Пономаренка, об'єктом цього злочину є порядок виконання покарання²⁶⁷. Погодитися з таким висловлюванням повністю складно, адже, як показало проведене вище дослідження процедури конфіскації майна, вона може відбуватися і поза покаранням як формою кримінальної відповідальності (будучи, наприклад,

²⁶⁴ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 1102.

²⁶⁵ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2-х томах / за заг ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. – 3-тє вид. переробл. та допов. – К.: Алєрта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – Т. 2. – С. 474.

²⁶⁶ Друзин А.И. Диспозиция ст. 312 УК РФ требует уточнения // Законность. – 2002. – № 10. – С. 26–30; Преступления против правосудия / под ред. А.В. Галаховой. – М.: Норма, 2005. – С. 285; Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 431.

²⁶⁷ Пономаренко Ю.А. Виды наказаний по уголовному праву Украины: монография. – Х.: Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 308.

видом адміністративного стягнення). Аналогічної неточності припускаються І.С. Власов та І.М. Тяжкова, які стверджують, що безпосереднім об'єктом досліджуваного злочину є суспільні відносини щодо правильної роботи органів, які виконують вирок в частині конфіскації майна чи відшкодування збитку²⁶⁸.

Не зупиняючись на детальному аналізі різних думок щодо основного безпосереднього об'єкта злочину, описаного у ч. 2 ст. 388 КК України, зазначимо, що найбільш поширеними є два підходи до вирішення цього питання. Згідно з першим підходом незаконні дії щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, безпосередньо посягає на належну діяльність органів, які забезпечують виконання рішення суду. Представники другого підходу визначають основний безпосередній об'єкт вказаного злочину як встановлений порядок виконання рішень судів, покликаний забезпечити конфіскацію майна.

Видається, що представники обох підходів мають рацію, адже, як показало з'ясування антисоціальної спрямованості незаконних дій, учинених щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, вони посягають і на належну діяльність органів, які забезпечують виконання рішення суду, і на встановлений порядок виконання рішень судів, покликаний забезпечити конфіскацію майна.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, виступають правовідносини, які забезпечують належну діяльність ДВС України в частині виконання судових актів щодо конфіскації майна та встановлений порядок виконання рішень судів у частині конфіскації майна.

У зв'язку з тим, що окремі вітчизняні автори називають право власності додатковим об'єктом злочину, описаного у ч. 2 ст. 388 КК України, слід нагадати, що відповідно до положень ч. 2 ст. 354 ЦК України конфісковане майно переходить у власність держави безоплатно. Загальний аналіз положень цивільного законодавства дозволяє стверджувати, що з набранням рішенням

²⁶⁸ Власов І.С., Тяжкова І.М. Ответственность за преступления против правосудия. – М.: Юрид. лит., 1968. – С. 78.

про конфіскацію майна законної сили не лише власник втрачає право власності на це майно (п. 10 ч. 1 ст. 346 ЦК України), а і держава його отримує (ч. 1 ст. 328, ч. 2 ст. 354 ЦК України). Тобто в момент набрання рішенням про конфіскацію майна законної сили відбувається перехід права власності від особи, чиє майно конфіскується, до держави в особі уповноважених органів. Будь-які незаконні дії щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, є порушенням права власності держави на конфісковане майно. Ураховуючи викладе, вважаємо, що обов'язковим додатковим²⁶⁹ безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, виступають правовідносини, які забезпечують право власності держави на конфісковане майно. Погоджується з такою точкою зору О.О. Соболева²⁷⁰.

На цьому аналіз безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, вважаємо завершеним, що дозволяє перейти до характеристики безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано, включаючи порушення обмеження (обтяження) права користуватися таким майном, здійсненого особою, якій це майно ввірено, а також здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт.

²⁶⁹ Додатковим безпосереднім об'єктом злочину є ті відносини, яким поряд з основним об'єктом завдається шкода (виникає загроза заподіяння шкоди). Це відносини, які, заслуговуючи на самостійну кримінально-правову охорону, перебувають у площині іншого родового об'єкта і заподіяння шкоди яким свідчить про більшу суспільну небезпеку вчиненого. Додатковий безпосередній об'єкт може бути двох видів: додатковий обов'язковий об'єкт – це такий об'єкт, що в певному складі злочину страждає завжди, у будь-якому випадку вчинення певного злочину; додатковий факультативний об'єкт – це такий об'єкт, який при скоєнні певного злочину може існувати поряд з основним, а може бути відсутнім (див.: Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / 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. 108).

Існує, щоправда, точка зору, згідно з якою виділення додаткового факультативного об'єкта злочину є необґрунтованим, оскільки ознаки складу конкретного злочину завжди обов'язкові.

²⁷⁰ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 78.

Про наявність у цьому разі додаткового об'єкта – відносин державної власності, яким завдається шкода або створюється загроза заподіяння шкоди, веде мову і Л.В. Лобанова (див.: Лобанова Л.В. Преступные нарушения обязательности судебного приговора: учеб. пособие. – Волгоград: Изд-во Волгоградского ун-та, 2004. – С. 48; Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 431 (автор глави – Л.В. Лобанова)).

Звернемося до напрацювань науковців. Так, С.І. Селецький зазначає, що об'єктом вказаного злочину є нормальна робота органів досудового слідства²⁷¹. Висловлюються думки про те, що основним безпосереднім об'єктом розглядуваного злочину (ч. 2 ст. 312 КК РФ) є: суспільні відносини, які забезпечують нормальну діяльність органів щодо виконання судового акта у зв'язку з арештом майна або грошових коштів²⁷²; інтереси нормального забезпечення виконання судових рішень, а також майнові права та інтереси громадян, різноманітних організацій, об'єднань, підприємств, установ, фірм та держави²⁷³; суспільні відносини, які забезпечують нормальні умови завершення охоронних завдань правосуддя, пов'язаних з відновленням порушеного злочинном стану, тобто суспільні відносини, які забезпечують реалізацію судового акта у зв'язку з арештом майна або грошових коштів (вкладів)²⁷⁴; відносини, які гарантують виконання процесуальних рішень, які приймаються судом, особою, яка здійснює дізнання, або прокурором²⁷⁵.

Один з авторів цієї монографії в науково-практичному коментарі КК України зазначив, що безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, є порядок виконання рішень судів, інших державних органів чи посадових осіб, пов'язаних із: 1) забезпеченням позову у кримінальному, цивільному або господарському судочинстві, виконанням вироку суду в частині конфіскації майна, погашенням податкового боргу, охороною спадкового майна; 2) вжиттям господарським судом запобіжних заходів (у частині накладення арешту на майно); 3) зверненням державною

²⁷¹ Селецький С.І. Кримінальне право України. Особлива частина: навч. посіб. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – С. 364.

²⁷² Друзин А.И. Диспозиция ст. 312 УК РФ требует уточнения // Законность. – 2002. – № 10. – С. 26–30; Преступления против правосудия / под ред. А.В. Галаховой. – М.: Норма, 2005. – С. 285.

²⁷³ Спектор Л. Преступления в сфере процессуальной деятельности суда и правоохранительных органов, совершаемые лицами, призванными по закону содействовать ей // Уголовное право. – 2005. – № 3. – С. 56–59.

²⁷⁴ Тепляшин П. В. Преступления против правосудия: учеб. пособие. – Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России, 2004. – С. 105.

²⁷⁵ Полный курс уголовного права: в 5 томах / под. ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки РФ А.И. Коробеева. – Т. V: Преступления против государственной власти. Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 296.

виконавчою службою стягнення на майно боржника²⁷⁶. Майже дослівно відтворила наведену думку І.І. Давидович: «Об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388, є встановлений нормативними актами порядок виконання судових рішень або рішень інших компетентних органів чи осіб з приводу: а) забезпеченням позову у кримінальному, цивільному або господарському судочинстві, а також забезпечення виконання вироку в частині можливої конфіскації майна; б) вжиттям господарським судом запобіжних заходів; в) звернення державною виконавчою службою стягнення на майно боржника»²⁷⁷.

Розглянемо більш докладно, на які правовідносини завжди посягають незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано. Під час аналізу процедури арешту майна нами було встановлено, що в Україні існує щонайменше десять видів арешту на майно, з яких сім здійснюється у межах цивільного, господарського, кримінального та адміністративного судочинства, один – у межах виконавчого провадження, спрямованого сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя, один – як спосіб забезпечення виконання платником податків покладених на нього обов'язків та ще один – як засіб забезпечення АКУ доказами у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції. При цьому адміністративний арешт майна платника податків та арешт майна як засіб забезпечення АКУ доказами у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції не має жодного відношення ні до належного функціонування судової влади, ні до належної діяльності органів (осіб), покликаних забезпечувати це функціонування, сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя. З цього випливає, що правосуддя не може визнаватись основним безпосереднім об'єктом аналізованих діянь.

²⁷⁶ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 1102.

²⁷⁷ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2-х томах / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид. переробл. та допов. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – Т. 2. – С. 473–474.

Суб'єктами, наділеними правом прийняття рішення про накладення арешту на майно, виступають: 1) суд; 2) слідчий суддя; 3) державний виконавець; 4) керівник фіскального органу чи його заступник, 5) державний уповноважений та голова територіального відділення АКУ.

До речі, слід звернути увагу на те, що в диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України йдеться не про майно, щодо якого прийнято рішення про накладення арешту (майно, що підлягає арешту), а про майно, на яке накладено арешт. Із цього випливає, що в ч. 1 ст. 388 КК України встановлено відповідальність лише за ті незаконні дії щодо майна, які вчиняються вже після виконання рішення про накладення арешту на майно (тобто після здійснення процедури його опису, встановлення заборони його відчуження, передачі на зберігання, а також повідомлення зберігача арештованого майна про його обов'язки та юридичну відповідальність за вчинення протиправних дій з ним).

Отже, незаконні дії щодо арештованого майна не посягають і не можуть посягати на порядок виконання рішень компетентних органів щодо накладення арешту на майно, адже такі рішення на момент учинення злочину вже виконані у встановленому законодавством порядку.

Утім, ураховуючи той факт, що в процесі виконання рішення про накладення арешту на майно, особи, яким воно ввіряється, завжди повідомляються про покладені на них обов'язки (як зберігачі такого майна), а також про юридичну відповідальність за вчинення протиправних дій з таким майном, вважаємо, що незаконні дії щодо арештованого майна з боку таких осіб завжди спричиняють істотну шкоду авторитету органів державної влади чи їх посадових осіб, які згідно з чинним законодавством наділені правом накладення арешту на майно. Це пов'язано з тим, що такі особи не просто вчиняють незаконні дії з арештованим майном, а свідомо нехтують законними вимогами тих органів державної влади чи їх посадових осіб, які згідно з чинним законодавством наділені правом накладення арешту на майно.

Крім того, незаконні дії щодо арештованого майна спричиняють істотну шкоду чи створюють реальну загрозу спричинення такої шкоди належній

діяльності таких органів. Йдеться про належну діяльність судів (суддів), ДВС України (державних виконавців), державних фіскальних органів (керівників фіскальних органів чи їх заступників) та органів АКУ (державного уповноваженого та голів територіальних відділень АКУ).

Так, незаконні дії щодо майна, арештованого за рішеннями судів (наприклад, його знищення чи розтрата), можуть призвести до того, що господарський суд буде позбавлений доказів, а отже, можливості повного та всебічного розгляду справи (якщо арешт майна накладався як запобіжний захід у господарському судочинстві); виконання прийнятого судом рішення може бути ускладнене чи стане неможливим (якщо арешт майна накладався як засіб забезпечення позову в цивільному, господарському чи кримінальному судочинстві або в межах процедури санації боржника); порушиться процедура банкрутства, яку провадить господарський суд (якщо йдеться про арешт майна громадянина-підприємця на стадії порушення справи про банкрутство) тощо. Незаконні дії щодо майна, арештованого за рішенням керівника фіскального органу чи його заступника, можуть призвести до ухилення платником податків від виконання покладених на нього обов'язків. Незаконні дії щодо майна, арештованого за власним рішенням державного виконавця, можуть призвести до унеможливлення виконання судових рішень, які стосуються майнової відповідальності боржника. Незаконні дії щодо майна, арештованого за рішенням державного уповноваженого або голів територіальних відділень АКУ, можуть призвести до втрати доказів або джерел доказів у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Як було з'ясовано вище, опис майна як засіб охорони спадкового майна, як засіб виконання рішення про передачу майна платника податків у податкову заставу та як засіб обліку та охорони майна боржника, що виселяється, не має жодного відношення до належного функціонування ні судової влади, ні органів (осіб), покликаних забезпечувати це функціонування, сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя. Ця обставина додатково підтверджує те, що правосуддя не є об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України.

Суб'єктами, наділеними правом прийняття рішення про опис майна, виступають ті суб'єкти, які наділені правом прийняття рішень про: 1) арешт майна (суд, слідчий суддя, державний виконавець, керівник фіскального органу чи його заступник, державний уповноважений та голова територіального відділення АКУ), 2) охорону спадкового майна (нотаріус і посадова особа органу місцевого самоврядування), 3) передачу майна платника податків у податкову заставу (керівник органу державної фіскальної служби), 4) виселення боржника (суд), 5) охорону речових доказів (суд).

Оскільки рішення про арешт та опис майна, а так само про передачу майна в заставу може ухвалювати не лише суд, неточним слід визнати запропоноване В.А. Головчуком визначення об'єкта незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано, як встановленого порядку виконання судових рішень щодо забезпечення відповідного правового режиму майна²⁷⁸.

З викладеного вище випливає, що незаконні дії щодо описаного майна можуть посягати на правосуддя (наприклад, у випадку незаконних дій щодо майна, описаного під час накладення арешту на майно як засобу забезпечення позову в цивільному, чи господарському судочинстві), а можуть і не посягати на нього (у випадку незаконних дій щодо майна, описаного під час накладення адміністративного арешту на майно платника податків, під час вжиття заходів щодо охорони спадкового майна тощо); вони можуть порушувати встановлений порядок виконання рішень компетентних органів і суб'єктів (наприклад, незаконні дії щодо описаного майна за певних обставин можуть унеможливити виконання рішення суду про накладення арешту), а можуть і не порушувати такого порядку (наприклад, виконання рішення про передачу майна платника податків у податкову заставу завершується, як правило, його описом). Однак указані незаконні дії завжди спричиняють істотну шкоду авторитету органів державної влади чи їх посадових осіб, які згідно з чинним законодавством наділені правом прийняття рішення про арешт майна, охорону спадкового

²⁷⁸ Головчук В.А. Кримінально-правова охорона порядку виконання судових рішень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 9.

майна, передачу майна платника податків у податкову заставу, виселення боржника та охорону речових доказів, а також спричиняють істотну шкоду або створюють реальну загрозу спричинення такої шкоди їх належній діяльності.

Так, незаконні дії щодо майна, описаного нотаріусом чи посадовою особою органу місцевого самоврядування (як засобу його охорони), може значно ускладнити або взагалі унеможливити виконання цими особами покладених на них обов'язків щодо забезпечення спадкування майна померлої особи; незаконні дії щодо майна, описаного за рішенням суду, можуть призвести до неможливості виконання рішення суду про накладення арешту на майно, а отже, зашкодити належній діяльності суду в частині забезпечення суду необхідними доказами, забезпечення виконання майбутнього рішення, проведення процедури банкрутства.

Враховуючи викладене, вважаємо, що основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано, виступають правовідносини, які забезпечують авторитет органів державної влади та їх посадових осіб, наділених повноваженнями щодо накладення арешту на майно, його опису та встановлення обмеження права користуватися таким майном, а також їх належну діяльність.

Тут доречно нагадати, що, на відміну від КК України, в більшості досліджених нами кримінальних законів зарубіжних країн норми про відповідальність за незаконні дії щодо арештованого майна розміщено в розділах (підрозділах, главах тощо), заборонні норми яких покликані охороняти саме належне функціонування органів державної влади (КК Австрії, КК Швейцарії, КК Нідерландів, КК Кореї, КК Туреччини тощо). Як бачимо, зарубіжний законодавець вже давно розібрався з антисоціальною спрямованістю таких діянь, і розмістив норми, аналогічні ч. 1 ст. 388 КК України, у відповідних структурних частинах кримінального законодавства. Вважаємо цей зарубіжний досвід позитивним і таким, що повинен бути врахований під час удосконалення чинного КК України.

Ураховуючи ту обставину, що основним безпосереднім об'єктом незаконних дій щодо арештованого чи описаного майна є не правосуддя, а авторитет органів державної влади та їх посадових осіб, наділених повноваженнями щодо накладення арешту на майно, його опису та встановлення обмеження права користуватися таким майном, а також їх належна діяльність, та беручи до уваги позитивний досвід окремих зарубіжних країн, згаданих вище, пропонуємо виключити зі ст. 388 КК України заборону щодо незаконних дій стосовно арештованого чи описаного майна та передбачити кримінальну відповідальність за такі дії в межах Розділу XV Особливої частини КК України.

Не погоджується з такою пропозицією О.О. Соболева, яка виходить з того, що у переважній більшості випадків процедура винесення чи виконання рішення щодо арешту майна здійснюється уповноваженими державними органами (посадовими особами), які сприяють здійсненню правосуддя, а тому незаконні дії з арештованим майном ускладнюють або взагалі роблять неможливим виконання такими особами покладених на них обов'язків²⁷⁹. Натомість російський дослідник Д.Ю. Виноградов, виступаючи за перенесення норми, передбаченої ч. 1 ст. 312 КК РФ, із глави 31 «Злочини проти правосуддя» в главу 32 «Злочини проти порядку управління», необхідність такого кроку аргументує тим, що: цінність суспільних відносин не може залежати від статусу органу, який прийняв рішення про їх захист; ці відносини варто звільнити від взаємозв'язку з виконанням лише судових актів; застосування арешту за своєю правовою природою є способом управління майном з боку держави²⁸⁰.

Належне функціонування будь-якої держави неможливе без управління, тобто врегульованого нормативно-правовими актами цілеспрямованого впливу на фізичних осіб та організації з метою забезпечення правопорядку і

²⁷⁹ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 75–76.

²⁸⁰ Виноградов Д.Ю. Незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту (уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Тюмень, 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lawtheses.com/nezakonnye-deystviya-v-otnoshenii-imuschestva-podvergnutogo-opisi-ili-adresatu>

досягнення інших суспільно значущих результатів. Норми про найбільш небезпечні прояви перешкоджання нормальній управлінській діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та їх представників у чинному КК України зосереджені в Розділі XV його Особливої частини, який має назву «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян».

Пропонуємо доповнити вказаний розділ статтею 356-1 під назвою «Незаконні діяння щодо майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано». Така пропозиція щодо місця розташування кримінально-правової заборони стосовно незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано, в системі норм Розділу XV Особливої частини КК України пояснюється тим, що вказане діяння за своїм змістом і антисоціальною спрямованістю є найбільш близьким до злочину, передбаченого ст. 356 КК України («Самоправство»).

Принагідно звернемо увагу на те, що чимало вітчизняних дослідників (зокрема, М.Й. Коржанський, М.Г. Арманов, І.І. Давидович, Ю.П. Дзюба, В.І. Осадчий, А.М. Соловійова) критикують назву Розділу XV Особливої частини КК України на тій підставі, що вона не зовсім точно відображає специфіку охоронюваних кримінальним законом відносин. Так, Ю.П. Дзюба, проаналізувавши генезу розвитку відповідних кримінально-правових заборон, зробив висновок про те, що більш вдалим, теоретично обґрунтованим і таким, що відповідає як традиціям вітчизняної законотворчості, так і змісту самих кримінально-правових норм, що утворюють вказаний розділ КК України, а також суспільних відносин, які ними охороняються, є колишнє найменування розділу²⁸¹. Раніше аналогічну думку обґрунтувала в своїй дисертації А.М. Соловійова²⁸². Нагадаємо, що глава IX Особливої частини КК України 1960 р. носила назву «Злочини проти порядку управління»; порядок управління

²⁸¹ Дзюба Ю.П. Кримінальна відповідальність за викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем або їх пошкодження (аналіз складу злочину): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2008. – С. 10–11.

²⁸² Соловійова А.М. Кримінально-правова характеристика примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2005. – С. 7–8.

розумівся як нормативно визначений порядок здійснення державою своєї управлінської функції, яка реалізується в управлінській діяльності відповідних суб'єктів та особливому режимі функціонування її матеріальних носіїв²⁸³.

І.І. Давидович встановивши, що родовим об'єктом злочинів, склади яких передбачені в Розділі XV Особливої частини КК України, пропонує змінити його назву, виклавши її в такій редакції: «Злочини проти порядку публічного управління»²⁸⁴. Ця назва, на наш погляд, виправдано бере до уваги ту обставину, що публічне управління складається з: 1) державного управління, де суб'єктом виступає держава в особі відповідних структур; 2) місцевого самоврядування як особливої форми публічної влади, відмінної від державної влади; 3) громадського управління, де суб'єктами є недержавні утворення (різноманітні об'єднання громадян, політичні партії тощо).

Ми поділяємо думку про доцільність уточнення назви Розділу XV Особливої частини КК України, виходячи з того, що: по-перше, наявною нині назвою не охоплюються деякі діяння, які законодавець традиційно відносить до злочинів проти порядку управління; по-друге, переважна більшість діянь, описаних нормами цього розділу, посягає в першу чергу на встановлений порядок управління, на законну діяльність відповідних суб'єктів, а вже потім на їх авторитет. Під авторитетом зазвичай розуміють загальноновизнане значення, вплив, загальну повагу. Очевидно, що авторитет може вважатись необхідною умовою управлінської діяльності, оскільки ефективне здійснення останньої без нього серйозно ускладнюється. Заважаючи нормально здійснювати управлінську діяльність органам влади, місцевого самоврядування, об'єднанням громадян, впливаючи на їх представників або на предмети, що забезпечують їх роботу, винний тим самим підриває авторитет цих органів (об'єднань). Унаслідок вчинення розглядуваних злочинів передусім страждають відносини, пов'язані з реалізацією передбачених законодавством форм впливу, підпорядкування, вимог, вказівок та

²⁸³ Кримінальне право України: Особлива частина: підручник для студ. юрид. вузів і фак. / За ред. П.С. Матишевського та інших. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 638.

²⁸⁴ Давидович І.І. Кримінально-правова охорона представників влади і громадськості, які охороняють правопорядок: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 7–9.

розпоряджень органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян у межах їх повноважень.

Звернемо увагу і на те, що в кримінальних кодексах багатьох європейських країн відповідальність за діяння, подібні вітчизняним злочинам проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян, передбачена у розділах (главах) про посягання на державне управління, вчинені приватними особами (КК Франції), або про посягання на державну владу (наприклад, КК Данії, КК Голландії, КК Іспанії, КК Польщі, КК ФРН).

Погоджуємося з Г.Є. Болдарь, яка пише, що при вчиненні представником банківської або іншої фінансової установи банківських операцій із коштами (вкладами), на які накладено арешт, додатковим безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, є суспільні відносини, що забезпечують установлений законодавством порядок здійснення банківських операцій²⁸⁵.

Охарактеризуємо тепер безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині незаконних дій із заставленим майном. Перейдемо до аналізу цього питання через призму існуючої процедури застави майна та визначення тих правовідносин, яким таке діяння завдає істотної шкоди або створює реальну загрозу її завдання.

Вище нами було встановлено, що в чинному законодавстві України поняття «застава майна» вживається у двох значеннях: 1) як вид забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань; 2) як специфічний спосіб забезпечення виконання податкового зобов'язання платника податків, не погашеного у встановлений строк.

Ураховуючи ту обставину, що засобом виконання рішення про передачу майна платника податків у податкову заставу виступає його опис та накладення обмежень щодо вчинюваних операцій із ним, очевидно, що таке майно стає предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України (як описане майно),

²⁸⁵ Болдарь Г.Є. Покарання за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано // Правова держава. – 2010. – Вип. 12. – С. 164.

ще до реєстрації факту передачі майна в податкову заставу у відповідному реєстрі. Крім того, як свідчить аналіз положень ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» та пояснювальних записок до його проекту, криміналізуючи таке діяння, законодавець мав на увазі не податкову заставу, а заставу майна як вид забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань. У зв'язку з цим під час подальшого аналізу цього діяння ми виходитимемо з того, що під незаконними діями щодо заставленого майна в ч. 1 ст. 388 КК України маються на увазі незаконні дії щодо майна, переданого у заставу з метою забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань.

Загалом застава майна – це спосіб забезпечення зобов'язань (якщо інше не встановлено законом), в силу якого кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставадавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника (право застави). Застава майна може виникати як на підставі договору, так і на підставі закону або рішення суду. Нею може бути забезпечена будь-яка дійсна існуюча або майбутня вимога, що не суперечить законодавству України, зокрема така, що впливає з договору позики, кредиту, купівлі-продажу, оренди, перевезення вантажу тощо. При цьому застава завжди має похідний характер від забезпеченого нею зобов'язання.

Особа, яка володіє предметом застави, зобов'язана (якщо інше не встановлено договором): 1) вживати заходів, необхідних для збереження предмета застави (включаючи своєчасне проведення поточного ремонту, відновлення незначних пошкоджень, раціональну експлуатацію та захист предмета іпотеки від незаконних посягань та вимог інших осіб); 2) утримувати предмет застави належним чином; 3) негайно повідомляти другу сторону договору застави про виникнення загрози знищення або пошкодження предмета застави (ст. 587 ЦК України, ст. 10 ЗУ «Про іпотеку»).

Заставадавець, який володіє предметом застави, у разі втрати, псування, пошкодження або знищення заставленого майна з його вини зобов'язаний замінити або відновити це майно, якщо інше не встановлено договором. Заставодержатель, який володіє предметом застави, у разі втрати, псування, пошкодження або знищення заставленого майна з його вини зобов'язаний відшкодувати заставадавцю завдані збитки.

Комплексний аналіз статей 572–593 ЦК України (параграф 6 «Застава» глави 49 «Забезпечення виконання зобов'язання» книги 5 «Зобов'язальне право» ЦК України), приписів ЗУ «Про заставу» та ЗУ «Про іпотеку» дозволяє стверджувати, що під незаконними діями щодо заставленого майна, яке ввірено винному, у ч. 1 ст. 388 КК України маються на увазі незаконні дії особи, яка володіє предметом застави, та на яку у зв'язку з цим покладено обов'язки, перераховані у ст. 587 ЦК України і ст. 10 ЗУ «Про іпотеку». Незаконні дії особи, яка володіє предметом застави, щодо заставленого майна порушують встановлений законодавством порядок забезпечення заставою цивільно-правових і майново-господарських зобов'язань.

У зв'язку з цим вважаємо, що основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині незаконних дій щодо заставленого майна виступають правовідносини, які забезпечують встановлений законодавством порядок забезпечення цивільно-правових і майново-господарських зобов'язань заставою в частині виконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків²⁸⁶. Оскільки такі правовідносини не є та не можуть бути частиною родового об'єкта злочинів, описаних нормами Розділу XVIII Особливої частини КК України «Злочини проти правосуддя», постає питання, до якого родового об'єкта вони належать.

²⁸⁶ Безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 388 КК України, О.М. Лагнюк визначає як «встановлений порядок виконання вироків у частині конфіскації майна або інших правових рішень щодо забезпечення відповідного правового режиму майна, на яке накладено арешт або яке описане чи підлягає конфіскації» (див.: Лагнюк О. Об'єкт і предмет незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації (ст. 388 КК України) // Підприємництво, господарство і право. – 2013. – № 3. – С. 92, 94).

Постає питання, чому в цьому визначенні не згадується заставлене майно.

Дослідивши зміст усіх родових об'єктів за чинним КК України, ми з'ясували, що правовідносини, які забезпечують встановлений законодавством порядок забезпечення цивільно-правових і майново-господарських зобов'язань заставою в частині виконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків, не належать до жодного з них. Більше того: проаналізувавши усі норми Особливої частини КК України, ми не знайшли норми, яка б передбачала кримінальну відповідальність за посягання на ці правовідносини.

Для створення ж нового об'єкта кримінально-правової охорони, як видається, також немає жодних підстав, адже під час аналізу соціальної обумовленості криміналізації незаконних дій щодо заставленого майна нами було з'ясовано, що вони не становлять суспільної небезпеки, а отже, не можуть визнаватися злочином за будь-яких умов. І в цьому, мабуть, немає нічого дивного, адже, як це впливає з параграфу 6 глави 49 книги 5 ЦК України, приписів ЗУ «Про заставу» та ЗУ «Про іпотеку» (зокрема, ст. 587 ЦК України та ст. 10 ЗУ «Про іпотеку»), невиконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків є цивільно-правовим деліктом. Відповідальність за його скоєння настає на підставі ч. 2 або 3 ст. 587 ЦК України та відповідно до положень цивільного законодавства України, покликаною забезпечувати поновлення порушених цивільних прав.

Предмет злочину, за загальним правилом, є факультативною ознакою складу злочину. Однак якщо предмет безпосередньо вказаний у диспозиції норми Особливої частини КК України або однозначно впливає з неї, він стає обов'язковою ознакою складу конкретного злочину. Якщо цього немає, злочин вважається «безпредметним»²⁸⁷.

Предметом злочину у кримінальному праві традиційно визнається річ матеріального світу, із властивостями якої законодавець пов'язує наявність у діянні особи складу певного злочину, і впливаючи на яку винний посягає

²⁸⁷ Задля справедливості слід вказати на існування теоретичної позиції, відповідно до якої «безпредметних» злочинів не існує та яка виходить з того, що предметом злочину може бути будь-яка соціальна (необов'язково матеріальна) цінність, інтерес. За цією логікою, наприклад, статева свобода людини – предмет звалтування. Наведена позиція, вочевидь, ґрунтується на ототожненні таких різних понять, як предмет злочину і предмет охоронюваних кримінальним законом відносин.

на об'єкт злочину²⁸⁸. Предмет злочину може бути охарактеризований за допомогою трьох основних ознак: фізична – характеризує фізичний стан предмета (його матеріальність, кількість, якість, форму, стан, структуру); соціальна – відображає значення предмета злочину для людини, показує його місце у системі благ, які підлягають кримінально-правовій охороні (йдеться про безпечність або небезпечність предмета, його функціональне призначення, належність окремій особі тощо); юридична – характеризує предмет злочину в кримінально-правовому аспекті (форма законодавчого визначення, мета впливу на бажаний для винуватого предмет тощо).

Сучасний підхід до визначення предмета злочину полягає у тому, що це – факультативна ознака об'єкта злочину, яка знаходить свій прояв у матеріальних цінностях (котрі людина може сприймати органами чуття чи фіксувати спеціальними технічними засобами), з приводу яких та (або) шляхом безпосереднього впливу на які вчинюється злочинне діяння²⁸⁹. Наведене визначення дає змогу визнавати предметом злочину і ті цінності (феномени, субстанції), матеріальність яких раніше заперечувалась (наприклад, інформація, підвладна людині електрична та теплова енергія, органи та тканини людини). Таким чином, йдеться про розширення поняття предмету злочину з тим, щоб воно охоплювало не лише речі, а і інші матеріальні утворення. Такий підхід видається виправданим, адже відповідно до філософського розуміння матерії до неї відносять всю об'єктивну реальність, що існує поза людською свідомістю і незалежно від неї, яка відображається у відчуттях людини та яку вона може сприйняти у той чи інший спосіб. До того ж вплив на об'єкт злочину може бути здійснено завдяки вчиненню діяння щодо будь-яких матеріальних утворень, включаючи речі, енергію та інформацію.

²⁸⁸ Загородников Н.И. Советское уголовное право. Общая и Особенная части. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 56; Советское уголовное право. Часть общая / под ред. М.А. Гельфера, П.И. Гришаева, Б.В. Здравомыслова. – М.: Юрид. лит., 1972. – С. 112; Курс уголовного права. Общая часть: учебник для юридических вузов: в 2 т. / под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. – М.: Изд-во «ЗЕРЦАЛО», 1999. – Т. 1. – С. 210; Матышевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 76.

²⁸⁹ Музика А.А., Лашук Є. В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – С. 110–111.

Враховуючи ту обставину, що наукова дискусія щодо предмета злочину не має значення для досягнення цілей нашого монографічного дослідження, дозволимо собі не зупинятися на розгляді усіх існуючих підходів щодо розв'язання цієї фундаментальної кримінально-правової проблеми і зосередитися на з'ясуванні змісту чітко визначених у законі предметів злочину, передбаченого обома частинами ст. 388 КК України.

Тут варто, однак, зробити застереження, зумовлене тим, що в юридичній літературі зустрічається думка про невизнання предметом злочину, передбаченого ст. 388 КК України (в редакції 2001 року), предметів, стосовно яких не можуть виникати цивільні права та обов'язки суб'єкта цивільно-правових відносин, а саме знарядь вчинення злочину або адміністративного правопорушення, безпосередніх об'єктів адміністративного правопорушення та грошей, одержаних внаслідок його вчинення²⁹⁰.

Підтримувана нами точка зору (Н.О. Гуторова, Є.В. Лашук, А.А. Музика, М.І. Панов та ін.) з цього питання полягає у тому, що матеріальні цінності, певні діяння з якими становлять загрозу для суспільства та які вилучені з цивільного обороту, як і матеріальні блага – позитивні цінності, належать до предметів злочинів. Матеріальні антиблага не можна розглядати окремо від об'єкта злочину, хоч вони і не належать до охоронюваних КК відносин. Вважається, що при вчиненні низки злочинів шкода об'єкту злочину заподіюється шляхом безпосереднього впливу не на предмет, а на соціальний зв'язок як елемент охоронюваних кримінальним законом відносин. При вчиненні злочину, предметом якого є матеріальне антиблаго, особа не виконує покладеного на неї обов'язку і тим самим розриває (або ускладнює) зв'язок з іншими учасниками суспільних відносин²⁹¹.

Таким чином, виходячи зі змісту диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України, предметом описуваного нею злочину є: 1) майно, на яке накладено арешт;

²⁹⁰ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 3 кн. / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, П.П. Андрушка. – К.: А.С.К. 2005. – Кн. 1. Особлива частина: Коментарі до статей 255–447 КК України. – С. 407.

²⁹¹ Інша наукова позиція (зокрема, Н.О. Антонюк, В.І. Борисов, М.В. Сенаторов, Є.В. Фесенко) 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, треба визнавати засобом вчинення злочину.

2) майно, яке описано; 3) заставлене майно. Із цього випливає, що в ч. 1 ст. 388 КК України йдеться про ті види майна, щодо якого у встановленому законодавством порядку було здійснено процедури арешту, опису або застави. Ці процедури досить детально було розглянуто у § 1 розділу 1 монографії, а тому, визначаючи зміст предметів розглядуваного злочину, будемо брати до уваги висновки, сформульованими нами раніше.

Отже, майно, на яке накладено арешт, – це майно щодо якого у встановленому законодавством порядку застосовано процедуру арешту, яка полягає в: 1) описі майна, забороні його відчуження, передачі на зберігання, а також повідомленні зберігача арештованого майна про його обов'язки та юридичну відповідальність за вчинення протиправних дій з ним (при арешті майна в загальному порядку); 2) комплексі дій, спрямованих на забезпечення постійної наявності на рахунку (рахунках) клієнта або коррахунку банку відповідної (арештованої) суми коштів або маси банківських металів (при арешті коштів на банківському рахунку та банківських металів); 3) описі цінних паперів, їх вилученні та негайній передачі на зберігання до установ НБУ, а також обмеженні в обігу шляхом їх блокування реєстроутримувачем на особовому рахунку власника (при арешті цінних паперів у документарній формі або цінних паперів на пред'явника у документарній формі); 4) описі цінних паперів та обмеженні в обігу шляхом здійснення зберігачем відповідної облікової операції (при арешті цінних паперів, випущених у бездокументарній формі, або знерухомлених цінних паперів).

Майно, яке описано, – це майно, щодо якого у встановленому законодавством порядку застосовано процедуру опису, яка полягає у внесенні до акта опису майна (протоколу) переліку речей із зазначенням точної назви кожної з них, їх кількості та індивідуально-визначених характеристик.

Заставлене майно – це майно, яке за договором, відповідно до закону або за рішенням суду передане в заставу як засіб забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань.

Незаконні дії щодо майна, яке перебуває в податковій заставі, вже давно є кримінально каранним діянням, оскільки воно підпадало та підпадає наразі під категорію «описане майно».

Визначаючи предмет злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, слід мати на увазі те, що до його зникнення може призвести вступ у законну силу рішення суду, винесеного в справі про визнання права власності на майно, виключення його з акту опису та звільнення майна з-під арешту²⁹².

В юридичній літературі висловлено пропозицію викласти ч. 1 ст. 388 КК України в новій редакції з тим, щоб у ній говорилось про спрямовані на унеможливлення виконання рішення суду незаконні дії з майном, на яке звертається стягнення або яке передається²⁹³ О.О. Соболева критикує такий варіант удосконалення кримінального закону на тій підставі, що приховування майна, на яке може бути звернено стягнення, має тягнути адміністративну, а не кримінальну відповідальність (наприклад, ст. 188-13 КпАП України). Авторка пропонує збільшити розмір штрафу як адміністративного стягнення за таку протиправну поведінку, що дозволить більш ефективно боротися зі «спритними» боржниками, які приховують належне їм майно ще до того, як воно описується і на нього накладається арешт. До того ж вказівка в поліпшеній диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України на майно, на яке звертається стягнення або яке передається, ускладнить процес правозастосування, оскільки породить проблему відмежування незаконних дій з майном, що має особливий статус, від суміжних складів злочинів (наприклад, ч. 1 ст. 191 КК)²⁹⁴.

Сказане стосується і не вельми конкретної пропозиції вказати у вдосконаленій ч. 1 ст. 388 КК України на незаконні дії з майном, вчинені з метою унеможливлення виконання судового рішення²⁹⁵. До критики, наведеної вище, додамо, що не лише суд уповноважений надавати особливого правого

²⁹² Див. з цього приводу, наприклад: Узагальнення практики розгляду цивільних справ про виключення майна з-під арешту [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://hra.court.gov.ua/sud2090/inf_court/generalization/civil6/

²⁹³ Головчук В. Предмет та суб'єкт незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації, потребують розширення // Право України. – 2010. – № 1. – С. 195–198.

²⁹⁴ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 89–90.

²⁹⁵ Головчук В.А. Кримінально-правова охорона порядку виконання судових рішень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 15.

статусу майну, яке в подальшому може виступити предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України. Крім цього, кримінально-правове реагування на поведінку «спритних» боржників, які приховують належне їм майно до того моменту, коли воно описується і на нього накладається арешт, має здійснюватись на підставі удосконалених норм КК України, присвячених «банкрутським» злочинам. Автори цих рядків, зокрема, переконані в доцільності рекриміналізації незаконних дій у разі банкрутства (нагадаємо, що статтю 221, яка визнавала злочином такі дії, було виключено з КК України на підставі ЗУ від 15 листопад 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності»). Продовжує зберігати актуальність і питання про виокремлення кримінально-правової заборони, присвяченої умисному непогашенню податкового боргу.

Перейдемо тепер до встановлення змісту предмета злочину, описаного в ч. 2 ст. 388 КК України, яким є «майно, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили». Раніше ми вже неодноразово звертали увагу на те, що в зазначеній нормі йдеться не про конфісковане майно, тобто майно щодо якого здійснено процедуру конфіскації, а про майно, яке лише підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили.

З цього випливає, що предметом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, є майно, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, тобто майно, щодо якого судом прийнято рішення (вирок чи постанову) про його конфіскацію, таке рішення набрало законної сили, однак ще не було виконане в порядку, встановленому ст. 64 ЗУ «Про виконавче провадження» та Інструкцією з організації примусового виконання рішень.

Якщо рішення суду не набрало законної сили, незаконні дії щодо майна можуть кваліфікуватись за ч. 1 ст. 388 КК України – за умови, що на майно був накладений арешт (воно було описане). Взагалі, як слушно зазначає Л.В. Лобанова, майно, що підлягає конфіскації, і майно, на яке накладено арешт, – це поняття, що перехрещуються. Конфіскується не все і не лише те, на

що накладено арешт; арештовується також не все і не лише те, що може бути конфісковане за рішенням суду²⁹⁶.

Якщо особа здійснює незаконні дії з арештованим майном, яке їй офіційно ввірено, не знаючи про винесення рішення суду щодо його конфіскації, вона має нести відповідальність за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України.

Продовжуючи розгляд предмета незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, слід звернути увагу на те, що в частинах перших статей Особливої частини КК України зазвичай описується основний склад злочину та встановлюється кримінальна відповідальність за той чи інший злочин взагалі, а в наступних частинах цих статей знаходить своє втілення інститут кваліфікуючих ознак, за допомогою якого законодавець «виділяє» з переліку діянь, що підпадають під ознаки основного складу злочину, ті його прояви, що характеризуються значно підвищеним рівнем типової суспільної небезпеки. Таке виділення відбувається шляхом «додавання» кваліфікуючих ознак до ознак основного складу злочину. З цього випливає, що кваліфіковані склади злочину містять у собі всі без винятку ознаки основного складу злочину та одну (або кілька) кваліфікуючих ознак²⁹⁷.

Разом з тим у чинного КК України не рідкістю є випадки, коли в різних частинах однієї статті встановлюється відповідальність не за кваліфіковані види одного і того ж злочину, а за самостійні, хоч і однорідні кримінально карані посягання. До однорідних злочинів, які можуть утворювати сукупність, слід відносити діяння, передбачені ч. 1 ст. 143 і частинами 2, 4 цієї статті, ч. 1 ст.

²⁹⁶ Лобанова Л.В. Преступные нарушения обязательности судебного приговора: учеб. пособие. – Волгоград: Изд-во Волгоградского ун-та, 2004. – С. 50; Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 434 (автор главы – Л.В. Лобанова).

²⁹⁷ Кваліфікуючі ознаки в теорії кримінального права визнаються як зазначені в законі характерні для частини злочинів відповідного виду істотні обставини, що відбивають типовий і значно змінений порівняно з основним складом злочину ступінь суспільної небезпеки вчиненого та особи винного, які впливають на законодавчу оцінку (кваліфікацію) вчиненого та міру відповідальності (див.: Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: НОРМА, 1998. – С. 162–163). В сукупності всі кваліфікуючі ознаки КК України утворюють функціональний комплексний інститут кваліфікуючих ознак як один з основних засобів диференціації кримінальної відповідальності.

371 і ч. 2 цієї статті КК, ч. 1 ст. 357 і ч. 3 цієї статті КК, ч. 1 ст. 362 і ч. 2 цієї статті КК, ч. 1 ст. 388 і ч. 2 цієї статті КК, ч.1 ст. 413 і ч.2 цієї статті КК тощо. І особливих проблем щодо розуміння змісту ознак відповідних складів злочинів через таку нетипову побудову кримінально-правових заборон не виникає.

Предмет злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України («майно, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили»), не завжди є частиною предмета злочину, караного за ч. 1 ст. 388 КК України («майно, на яке накладено арешт», «заставлене майно», «майно, яке описано»). Погоджується з цією точкою зору О.О. Соболева, яка пише, що, виходячи з чинного законодавства, майно, що підлягає конфіскації за рішенням суду, не завжди пов'язане з його арештом, заставою та описом²⁹⁸.

Так, далеко не завжди у кримінальному провадженні уповноважені органи, виконуючи приписи КПК України, вживають заходів (накладають арешт на майно) щодо забезпечення можливої конфіскації майна. Конфіскації може підлягати і те майно, яке не виявлено на момент винесення судового рішення. Процедури обов'язкового арешту чи опису предметів, які були знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення, грошей, одержаних унаслідок вчинення адміністративного правопорушення, а також безпосередніх предметів порушення митних правил, товарів із спеціально виготовленими сховищами (тайниками), що використовувалися для приховування безпосередніх предметів порушення митних правил, чинному законодавству взагалі не відомі.

З цього випливає, що склад злочину, описаного в ч. 2 ст. 388 КК України, не є кваліфікованим відносно складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, адже кваліфікованим може бути лише той склад злочину, який утворено шляхом «виділення» з основного складу злочину. Ознака ж «вчинені щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили», є не кваліфікуючою, а конструктивною, тобто такою, що утворює новий, хоч і суміжний склад злочину.

²⁹⁸ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 143.

Аналізуючи предмет незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, слід звернути увагу і на те, що ст. 388 КК України не вказує на мінімальну вартість відповідного майна. Тому при застосуванні цієї статті має враховуватись положення ч. 2 ст. 11 КК України про відсутність суспільної небезпеки діяння через його малозначність²⁹⁹.

Вважається, що у випадку малозначності має місце розбіжність між законодавчою оцінкою типової суспільної небезпеки певного виду злочинної поведінки і небезпекою конкретного випадку такої поведінки³⁰⁰. Інколи вада дефініції про малозначність діяння, закріпленої в кримінальних кодексах України, РФ, деяких інших пострадянських держав, вбачається в її неконкретності та, як наслідок, неможливості її однакового застосування на практиці³⁰¹. Проти цього важко щось заперечити, позаяк малозначність – поняття оціночне з усіма наслідками, що з цього випливають. Однак чи є підстави вважати (із змістовної точки зору) більш вдалим варіантом кримінально-правового реагування на малозначні діяння приписи кримінальних кодексів тих «несоціалістичних» країн, які, відмовившись від суспільної небезпеки як ознаки злочину, щодо подібних ситуацій використовують позбавлені конкретики звороти на кшталт: «не є злочином заборонене діяння,

²⁹⁹ В юридичній літературі причиною такого законодавчого кроку (щоправда, стосовно ст. 312 КК РФ) названо те, що основна шкода в цьому разі, будучи зумовленою невиконанням рішень суду, спричиняється не майновим, а управлінським відносинам (див.: Винокуров В. Субъекты правоотношений как способ установления объекта преступления // Уголовное право. – 2010. – № 5. – С. 12).

³⁰⁰ Оскільки норма про малозначне діяння, сприяючи розмежуванню злочинної і незлочинної поведінки, є продовженням норми про злочин, було б логічним, якби в ч. 2 ст. 11 КК України використовувалась термінологія ч. 1 цієї статті. Натомість законодавець визначає відповідне діяння як дію або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого КК, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Але ж зрозуміло, що КК України передбачає не лише діяння, які містять ознаки складів конкретних злочинів і від яких слід відрізняти малозначні діяння, а і інші діяння, включаючи правомірні (наприклад, необхідна оборона). З огляду на сказане, кримінально-правова норма про малозначність (за умови її збереження у КК) потребує термінологічного уточнення.

³⁰¹ Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи : порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – С. 168–169.

За виключення з КК України норми про малозначність висловлюється І.В. Красницький, який пов'язує такий крок із можливістю реагування на малозначні діяння за допомогою норм про звільнення від кримінальної відповідальності і від покарання та його відбування, а також з очікуваним запровадженням інституту кримінальних проступків (див.: Красницький І.В. Чи потрібна в КК України норма про малозначність діяння? // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 21 – 22 вересня 2012 року. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 123).

суспільна шкідливість якого є незначною» (КК Польщі); «діяння спрямоване проти малозначної майнової цінності або на заподіяння малоцінної шкоди» (КК Швейцарії); «крадіжка і привласнення, вчинені щодо речей, які мають незначну вартість» (КК ФРН); «співучасть у злочині у малозначних випадках» (КК Швеції)? Питання, мабуть, риторичне.

Найбільш докладно питання про відмежування злочинних дій, передбачених ст. 388 КК України, від малозначного діяння в сучасній юридичній літературі висвітлила О.О. Соболева. На її думку, малозначними не можуть визнаватись дії, передбачені ст. 388 КК України, які додатково посягають на інші, охоронювані кримінальним законом соціальні цінності (наприклад, це стосується незаконних дій довіреної особи (не власника майна), якій ввірено арештоване майно на відповідальне зберігання, вчинених шляхом розкрадання, бо такі дії додатково посягають на право власності, охоронюване Розділом VI Особливої частини КК України). Дослідниця вказує на те, що при вирішенні питання про малозначність незаконних дій з майном, яке має специфічний статус, не повинні братись до уваги особливості суб'єкта (особи, якій це майно було офіційно ввірене)³⁰², а так само на необхідність відрізняти малозначність діяння від підстав звільнення від кримінальної відповідальності, передбачених статтями 45–48 КК України. Разом з тим при застосуванні норми про малозначність у випадку вчинення незаконних дій з арештованим, описаним, заставленим і конфіскованим майном треба, крім інших чинників, враховувати, кількість та інтенсивність дій, які особа вчинила для реалізації свого наміру. Стверджується також, що у випадку відсутності у вчиненому хоча б однієї ознаки досліджуваного злочину певні дії неможливо визнати малозначними відповідно ч. 2 ст. 11 КК України. Як відповідний приклад зазначається, що на підставі ч. 2 ст. 11 КК не є злочинним вчинення фінансових угод щодо майна, яке підлягає арешту, однак ще не арештованого в

³⁰² При визначенні діяння малозначним головне значення мають об'єктивні ознаки діяння та передусім оцінюються значущість об'єкта посягання в системі охоронюваних законом суспільних відносин, спосіб дії або бездіяльності, шкода, заподіяна об'єктові. У той же час значення не мають особливості суб'єкта або особи злочинця (див.: Севастьянова Т.Є. Малозначність діяння за кримінальним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2002. – С. 7, 8).

установленому законом порядку, оскільки в діях такої особи відсутній склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України³⁰³.

Останній приклад звернення до ч. 2 ст. 11 КК України видається не зовсім вдалим, адже вказані дії навіть формально не містять всіх ознак злочину, караного за ч. 1 ст. 388 КК України, що має виключати застосування норми про малозначність. Як слушно зазначає В.В. Мальцев, дефініція малозначності органічно доповнює поняття злочину визначенням діянь, які, не дивлячись на їх нібито наявну кримінальну протиправність, не є злочинами³⁰⁴.

Завершуючи аналіз предмета злочину, передбаченого ст. 388 КК України, хотіли б вказати і на ту обставину, що майно, на яке накладено арешт, яке описане чи підлягає конфіскації, може бути одержане в результаті вчинення предикатного злочину та, як наслідок, бути предметом легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Виходячи зі змісту ст. 209 КК України, теоретично³⁰⁵ може відмиватись майно злочинного походження, включаючи те, що на час легалізації підлягало конфіскації, було заарештованим чи описаним. Відповідно, постає питання, як кваліфікувати дії того, хто вчиняє фінансову операцію, правочин або інші дії, що законодавцем визнаються відмиванням, з майном, яке одержане внаслідок вчинення суспільно небезпечного діяння, що передувало легалізації доходів, та яке водночас підлягає конфіскації, є заарештованим чи описаним.

В юридичній літературі поставлене питання кваліфікації вирішується суперечливо: одні дослідники стверджують, що зазначені дії охоплюються диспозицією ст. 209 і додаткової кваліфікації за ст. 388 КК України не потребують³⁰⁶; інші наполягають на кваліфікації за сукупністю злочинів,

³⁰³ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 157–163.

³⁰⁴ Мальцев В.В. Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 399.

³⁰⁵ Робимо таке застереження, оскільки у вивчених матеріалах правозастосовної практики такі випадки нам не зустрічались.

³⁰⁶ Беницкий А.С. Уголовная ответственность за легализацию (отмывание) денежных средств и иного имущества, приобретенных преступным путем: проблемы квалификации и совершенствования законодательства: монография. – Луганск: РИО ЛИВД, 2001. – С. 219–221; Дудоров О. О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 525.

передбачених згаданими статтями КК³⁰⁷.

Уточнимо, що автори (А.С. Беніцький, О.О. Дудоров), які писали про відсутність у розглядуваній ситуації сукупності злочинів, висловлювали цю точку зору в той час, коли чинною була редакція ст. 388 КК України, в якій йшлося лише про приховування певного майна. Сама ж суть приховування майна (утаювання його від компетентних державних органів, уповноважених виконувати відповідні процесуальні дії), як правило, унеможлиблює оцінку його як відмивання. Річ у тім, що найменування злочину, караного за ст. 209 КК України, а також звернення до положень законодавства про протидію відмиванню злочинних доходів дають змогу стверджувати, що в цій кримінально-правовій забороні йдеться про таке залучення відповідного майна в побутовий і господарський обіг, яке поєднується з прагненням надати цьому процесу правомірний вигляд. Інакше кажучи, в складі злочину, передбаченого ст. 209 КК України, мета приховати справжнє джерело походження майна, з якими вчинюються правочини та інші дії, видати «брудне» майно за легальні доходи, надавши правомірний вигляд володінню, користуванню або розпорядженню майном, виступає як обов'язкова характеристика суб'єктивної сторони³⁰⁸. Якщо особа не надає майну злочинного походження вигляду правомірно одержаного, про кримінально каране відмивання вести мову безпідставно.

З урахуванням того, що в чинній редакції ст. 388 КК України йдеться і про відчуження майна, і про інші незаконні дії з ним, ми не виключаємо як таку

³⁰⁷ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 153–154, 170.

³⁰⁸ Докладніше про це 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. 209–211.

Деяко іншої точки зору дотримується А.С. Беніцький, який надання правомірного вигляду володінню, використанню або розпорядженню майном, одержаним внаслідок вчинення предикатного діяння, називає не метою легалізації, а фактичною стороною дій, спрямованих на використання такого майна в легальній діяльності (див.: Беніцький А.С. Причетність до злочину: проблеми кримінальної відповідальності: монографія. – Луганськ: СПД Резніков В.С., 2014. – С. 318).

Попри такі розбіжності в поглядах, цілком очевидно, що вони не можуть вплинути на зроблений нами висновок про відсутність сукупності злочинів, передбачених ст. 209 і попередньою редакцією ст. 388 КК України.

ідеальну сукупність злочинів³⁰⁹, передбачених відповідними частинами ст. 209 і ст. 388 КК України. Та обставина, що майну внаслідок проведення арешту, опису чи конфіскації надається спеціальний правовий статус (режим), вочевидь, не означає, що воно вийшло «з тіні», а отже, не виключає можливість вчинення щодо цього майна незаконних дій, які за наявності підстав мають розцінюватись і як відмивання «брудного» майна.

З огляду не висвітлене вище співвідношення, не буде зайвим пригадати, що Б.Г. Розовським у межах розробленої ним концепції реформування законодавства про боротьбу з легалізацією (відмиванням) коштів, здобутих злочинним шляхом, було запропоновано змінити конструкцію ст. 388 КК України. У ній, на думку вченого, має йтись лише про приховування коштів або іншого майна, що підлягає арешту чи опису або підлягає поверненню законним власникам або підлягає конфіскації, тоді як юридичне розпорядження злочинно придбаним майном в економічній діяльності або цивільно-правовому обороті повинне каратися за ст. 209 КК України³¹⁰.

Даючи оцінку пропозиціям Б.Г. Розовського, О.О. Соболева вказує на їх доречність хіба що стосовно первинної редакції ст. 388 КК України, якою встановлювалась відповідальність за незаконні дії з майном, яке лише підлягало конфіскації, арешту чи опису. Наразі незаконні дії з арештованим, описаним і конфіскованим майном пов'язані з темпоральною ознакою: рішення про арешт, опис та конфіскацію майна повинно бути оформлене відповідним чином. Чинна

³⁰⁹ Ідеальна сукупність має місце в тому разі, коли особа одним діянням (дією чи бездіяльністю) вчиняє два або більше злочини, що мають різні склади і кваліфікуються окремо. Ідеальна сукупність злочинів (всупереч своїй усталеній назві) не є уявною, існуючою лише в думках людини конструкцією: вона відображає об'єктивну реальність (здатність одного вчинку людини породжувати декілька результатів), і положення про неї сприймається правозастосовною практикою.

В літературі виділено випадки, коли ідеальна сукупність не може мати місце, і вчинене повинне розцінюватись як одиничний злочин: 1) порушення підпорядкованих між собою об'єктів при однаковій формі вини; 2) кілька однакових наслідків належать до одного й того ж об'єкта; 3) заподіяна однорідна шкода одному і тому ж потерпілому; 4) злочин вчинено шляхом активної поведінки, а інший може вчинятись лише шляхом бездіяльності чи навпаки; 5) діяння вчинене через необережність, а інший злочин – умисний; 6) діянням виконується злочин, який є обов'язковою ознакою іншого злочину; 7) кілька норм містять різні види одного і того ж злочину; 8) діянням виконується попередня стадія того самого злочину; 9) діяння становить собою складову злочину, виконаного у співучасті, і не передбачене як самостійний злочин (див.: Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 342–346).

Розглядувана ситуація, як видається, не підпадає під жоден із цих випадків.

³¹⁰ 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. 149, 155–156.

редакція ч. 1 ст. 388 КК України, на думку дослідниці, є більш доречною і не потребує докорінних змін³¹¹.

Погоджуючись з останньою тезою О.О. Соболевої, водночас вкажемо на неточність, допущену цією авторкою: предметом злочину, передбаченого первинною редакцією ст. 388 КК України, поряд з майном, що підлягає конфіскації (ним визнавалось майно, на яке не накладався арешт і яке ще не описане, але можлива його конфіскація), виступало майно, на яке накладено арешт чи яке описано, тобто майно, стосовно якого вже було винесено рішення уповноваженого органу (особи).

Не сприймаючи викладену вище пропозицію щодо вдосконалення ст. 388 КК України, відзначимо, що її реалізація призвела б до того, що «юридичне розпорядження» (за термінологією Б.Г. Розовського) арештованим, описаним і конфіскованим майном, яке не має злочинного походження (не є «брудним»), не тягнуло б за собою кримінальної відповідальності на підставі аналізованої заборони. Вище ми вже писали про невиправданість обмеження кола дій як складової об'єктивної сторони складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України, лише приховуванням специфічного майна.

Будучи зовнішнім проявом суспільно небезпечного діяння, що посягає на об'єкт кримінально-правової охорони, **об'єктивна сторона** визначає, в чому полягає злочин та які наслідки він спричиняє, за яких умов місця, часу та обстановки цей злочин протікає, в який спосіб і за допомогою яких засобів чи знарядь він вчинюється. Об'єктивну сторону злочину як зовнішній акт протиправної поведінки людини (конкретний вияв соціальної дійсності) треба відрізнити від об'єктивної сторони складу злочину – відображеного у КК України судження законодавця про цей акт або, інакше кажучи, сукупності типових і суттєвих ознак, передбачених кримінальним законом, за допомогою яких позначається зовнішня сторона злочину. З усієї маси мінливих ознак реально існуючої об'єктивної сторони злочину кримінально-правова норма

³¹¹ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 153–154.

закріплює лише деякі, «вузлові» моменти, які найбільш наочно характеризують зовнішній процес злочинного посягання³¹². На практиці при здійсненні кримінального переслідування в першу чергу, як правило, встановлюється саме об'єктивна (найбільш інформативна) сторона злочину, на підставі чого надалі з'ясовується зміст його інших ознак. Законодавець також віддає перевагу об'єктивній стороні як носію наочної і більш-менш однозначно фіксованої інформації. За загальним правилом, ознаки саме цього елемента складу злочину зазначаються в диспозиціях норм Особливої частини КК найбільш повно.

Об'єктивну сторону необхідно аналізувати у взаємозв'язку з іншими елементами складу злочину, у т. ч. із суб'єктивною стороною, оскільки злочин завжди є свідомим актом волевиявлення суб'єкта злочину. Відображаючись у вчинках людини, психічні процеси водночас стають доступними для сприйняття. Об'єктивні ознаки суспільно небезпечного діяння, характер поведінки особи дозволяють судити і про суб'єктивні (внутрішні) характеристики злочину – про форму й вид вини, мотив і мету. При цьому наука кримінального права такі елементи складу злочину, як об'єктивна сторона і суб'єктивна сторона, з метою їх більш глибокого пізнання традиційно досліджує окремо.

Переходячи до безпосереднього аналізу об'єктивної сторони складів злочину, описаного в ст. 388 КК України, слід зазначити, що попри те, що в ч. 1 і ч. 2 ст. 388 КК України описано два самостійних складу злочину, їх об'єктивні сторони майже збігаються. Це пов'язано з тим, що в ч. 1 ст. 388 КК України наводиться єдиний для обох частин цієї статті перелік кримінально караних діянь. Аналіз ч. 1 ст. 388 КК України дозволяє стверджувати, що законодавець альтернативно передбачив дев'ять форм об'єктивної сторони складів злочину, передбачених ст. 388 КК України, а саме: 1) розтрата арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації; 2) відчуження такого майна; 3) його приховування; 4) підміна майна; 5) його пошкодження; 6) знищення майна; 7) порушення обмеження (обтяження) права користуватись

³¹² Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1960. – С. 48.

арештованим, описаним, заставленим майном або майном, що підлягає конфіскації; 8) здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт; 9) інші незаконні дії з відповідним майном.

На альтернативність цих діянь вказує розділовий сполучник «або», який використано при конструюванні диспозиції ч. 1 ст. 388 КК. Це означає, що для кваліфікації дій особи за ст. 388 КК України достатньо, щоб винний учинив хоча б одну з перелічених у кримінальному законі дій стосовно майна, що має спеціальний статус³¹³.

Альтернативні діяння, з огляду на позицію законодавця, втрачають своє самостійне значення і є лише складовими відповідного одиничного злочину. Злочин з альтернативними діяннями – це відмінний і від продовжуваного злочину, і від повторності різновид одиничного злочину, кримінальна відповідальність за вчинення якого залежить у т. ч. від умислу винного. Такий злочин визнається закінченим з моменту повного виконання хоча б одного діяння, вказаного альтернативно. Сказане унеможливує оцінку вчиненого як добровільної відмови, якщо особа, яка вчинила одне з альтернативних діянь, за своєю волею відмовляється від вчинення інших діянь, зазначених у диспозиції статті КК. Також вчинення хоча б одного з альтернативних діянь у повному обсязі виключає кримінально-правову оцінку як замаху на злочин іншого з таких діянь, виконаного лише частково. З цього приводу Т.М. Данилюк слушно зазначає, що нормативним моментом закінчення злочину з кількома альтернативними діяннями слід вважати час вчинення першого діяння, а фактичним – час вчинення останнього з таких діянь. І навіть якщо друге чи наступне діяння не було завершено з причин, що не залежать від волі винного, діяння слід кваліфікувати як закінчений злочин³¹⁴.

³¹³ Зокрема, через те, що в складах злочинів з альтернативними діяннями для закінчення злочину достатньо вчинення одного з діянь, Т.М. Данилюк пропонує уточнити законодавче визначення закінченого злочину (ч. 1 ст. 13 КК України), вказавши в ньому на те, що закінченим є злочин, який містить не «усі», як зараз, а необхідні і достатні ознаки того чи іншого складу злочину (див.: Данилюк Т.М. Теоретико-прикладні проблеми встановлення моменту закінчення злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2009. – С. 6, 13).

³¹⁴ Данилюк Т.М. Теоретико-прикладні проблеми встановлення моменту закінчення злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2009. – С. 12.

Вчинення особою не одного, а кількох діянь (у т. ч. незакінчених), альтернативно вказаних у певній кримінально-правовій забороні, підлягає врахуванню у межах такої загальної засади призначення покарання, як призначення покарання з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України).

Прикладом вчинення однією особою одразу кількох злочинних дій, альтернативно вказаних у ч. 1 ст. 388 КК України, є поведінка голови селянського фермерського господарства «Красносілля», засудженого Козельщинським районним судом Полтавської області за приховування, знищення та розтрату описаного і ввіреного йому майна. Для того, щоб унеможливити проведення державним виконавцем оцінки транспортного засобу, керівник підприємства приховав автомобіль «ГАЗ-53 Б»; також він знищив причеп «ПТС-4», порізавши і здавши його на металобрухт, і передав у користування іншій особі причеп «ПТС-400»³¹⁵.

З'ясуємо зміст згаданих вище діянь щодо арештованого, описаного, заставленого чи конфіскованого майна. Перш, ніж почати цю характеристику, зазначимо, що, аналізуючи такі діяння, як «розтрата майна», «пошкодження майна» та «знищення майна», будемо виходити з того, що зміст цих понять у ст. 388 КК України (ст. 312 КК РФ) є близьким до змісту, який вкладається в них у межах статей 191 і 194 КК України (статей 160, 167 КК РФ). Тому під час аналізу використовуватимемо не тільки здобутки кримінально-правової теорії в частині аналізу злочинів проти правосуддя, а і праці тих криміналістів, які тлумачили ці поняття в межах проблематики злочинів проти власності.

Починаючи розгляд такого діяння, як *розтрата*, зазначимо, що, з позиції Л.М. Кривоченко і М.І. Панова, розтрата – це незаконне безоплатне відчуження, використання, витрачання майна³¹⁶. Так само висловлюється

³¹⁵ Архів Козельщинського районного суду Полтавської області. Справа № 1-53 за 2008 р.

³¹⁶ Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х.: «Одіссей», 2007. – С. 510; Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2013. – Т. 2: Особлива частина. – С. 218.

В.П. Діденко³¹⁷. Схожу думку за змістом, але дещо відмінну за формою висловлює М.І. Мельник, на погляд якого розтрата передбачає незаконне і безоплатне витрачання майна (його споживання, продаж, безоплатну передачу, обмін, передачу в рахунок погашення боргу тощо)³¹⁸. Подібної точки зору дотримується П.С. Матишевський, який вважає, що розтрата ввіреного майна винному характеризується його протиправним витрачанням (продажем, даруванням, споживанням тощо)³¹⁹.

Один з авторів цієї монографії свого часу визначав розтрату (одну з форм розкрадання майна) як незаконне і безоплатне витрачання ввіреного або такого, що знаходиться у віданні особи, вказуючи на те, що вона може набувати вигляду споживання товарно-матеріальних цінностей (наприклад, продукти харчування можна з'їсти), витрачання грошей, відчуження у той чи інший спосіб майна (його продаж, дарування, обмін, передача у борг або в рахунок погашення боргу тощо). Специфіка розтрата вбачалась у відсутності проміжку часу, протягом якого винний фактично здійснює незаконне володіння викраденим; особа, маючи можливість розпорядитись на власний розсуд чужим майном, реалізує таку можливість і отримує майнову вигоду в певній, як правило, опосередкованій формі³²⁰. Подібним чином висловлюється Н.О. Антонюк: «У разі вчинення розтрата винний одразу споживає, витрачає або відчужує майно. Розриву в часі між зверненням майна і його розтратою немає. Юридична доля майна вирішується винним негайно»³²¹.

Вітчизняні дослідники, аналізуючи ст. 388 КК України, висловлюють аналогічні міркування з цього питання. Наприклад, Ю.А. Пономаренко

³¹⁷ Діденко В.П. Квалификация хищений государственного или общественного имущества путем присвоения, растраты или злоупотребления служебным положением: учеб. пособие. – К.: Украинская академия внутренних дел, 1992. – С. 17–18.

³¹⁸ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 524; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 538.

³¹⁹ Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. исправл. и дополн. – К.: А.С.К., 2003. – С. 444.

³²⁰ Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва: навч. посібник / за ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – С. 454.

³²¹ Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: навч. посібник. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – С. 252.

зазначає, що розтратою є незаконне безоплатне відчуження, використання майна, яке може полягати в його передачі у власність інших осіб, у фактичне володіння за договором безоплатного користування або зберігання³²². Як незаконне безоплатне використання, витрачання майна визначають розтрату майна, про яку йдеться у ст. 388 КК України, і інші харківські правознавці³²³.

В цілому погоджуючись з думкою про те, що розтрата полягає в незаконному відчуженні, використанні або витрачанні майна, все ж хотіли б уточнити, що в ст. 388 КК України не йдеться виключно про безоплатні відчуження, використання або витрачання майна. Вважаємо, що заслуговує на підтримку підхід, згідно з яким безоплатність³²⁴, будучи конститутивною ознакою розкрадання, дозволяє розмежовувати злочини проти власності і посягання на інші об'єкти кримінально-правової охорони³²⁵. Можна сказати і так: всупереч правилам законодавчої техніки термін «розтрата» використовується в ст. 388 КК України в іншому значенні, ніж у ст. 191 цього Кодексу.

Показовими в цьому сенсі є визначення розтрата, запропоновані російськими криміналістами при аналізі злочинів проти правосуддя, адже в цьому разі не наголошується на оплатності або безоплатності вчинюваних винним діянь. Так, Л.В. Іногамова-Хегай, П.В. Тепляшин, О.В. Бриліантов і Н.Р. Косевич одноставно стверджують, що під розтратою в ст. 312 КК РФ слід розуміти витрачання майна особою, якій воно ввірено на зберігання³²⁶. З позиції Ю.І. Кулешова, розтрата – це використання майна, в результаті якого

³²² Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: монография. – Х.: Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 309.

³²³ Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 117.

³²⁴ Така ознака, як безоплатність, означає, що обернення майна на користь винного або інших осіб відбувається без рівноцінного відшкодування вилучених матеріальних цінностей іншим майном, грошовими коштами або людською працею. Тобто еквівалент, наявність якого виключає інкримінування розкрадання, може бути грошовим, натуральним і трудовим. Питання, чи було надане особою відшкодування еквівалентним, вирішується в кожному конкретному випадку.

³²⁵ Эриашвили Н.Д. Присвоение и растрата чужого имущества как формы хищения. Уголовно-правовой анализ: монография. – М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2008. – С. 56–57.

³²⁶ Преступления против правосудия / под ред. А.В. Галаховой. – М.: Норма, 2005. – С. 287; Тепляшин П.В. Преступления против правосудия: учеб. пособие. – Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России, 2004. – С. 107; Бриллиантов А.В., Косевич Н.Р. Настольная книга судьи: преступления против правосудия. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 425.

воно споживається (витрачається)³²⁷. Стверджується також, що розтрата майна полягає в його споживанні або витрачанні в будь-якій формі³²⁸, і що в найбільш загальному вигляді розтрата полягає в умисному протиправному розпорядженні ввіреним винному майном³²⁹.

Не слід визнавати розтратою вилучення з майна його корисних властивостей, якщо це не тягне за собою зменшення або погіршення майна.

Ураховуючи викладене, під розтратою арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації, в ст. 388 КК України пропонуємо розуміти протиправне відчуження, витрачання або споживання винним майна, що має відповідний правовий режим (продаж, дарування, обмін, вживання в їжу, використання речей, які швидко зношуються, тощо).

Так, Ямпільський районний суд Вінницької області засудив за ч. 1 ст. 388 КК України керівника одного з місцевих сільськогосподарських підприємств за те, що він відпустив ввірену йому на зберігання арештовану сільськогосподарську продукцію в рахунок оплати заробітної плати працівникам зазначеного підприємства і в рахунок орендних платежів за використання сільськогосподарської техніки³³⁰.

Свердловський міський суд Луганської області за ч. 1 ст. 388 КК України засудив директора ПАТ «Свердловське районне підприємство матеріально-технічного сервісного забезпечення». У вироку суду зазначається, що відділом ДВС Свердловського міського управління юстиції були винесені постанови про арешт каси цього ПАТ, якими передбачалось, що всі кошти, які надходять до каси підприємства, мали спрямовуватись на розрахунковий рахунок відділу ДВС. Однак директор підприємства як особа, якій кошти були ввірені та знаходились в його розпорядженні, здійснював незаконні дії з ними

³²⁷ Полный курс уголовного права: в 5 томах / под. ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки РФ А. И. Коробеева. – Т. V: Преступления против государственной власти. Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 297.

³²⁸ Спектор Л. Преступления в сфере процессуальной деятельности суда и правоохранительных органов, совершаемые лицами, призванными по закону содействовать ей // Уголовное право. – 2005. – № 3. – С. 57.

³²⁹ Упоров И., Городенцев Г. Понятие присвоения и растраты вверенного имущества в уголовном праве России // Уголовное право. – 2004. – № 4. – С. 97.

³³⁰ Архів Ямпільського районного суду Вінницької області. Справа № 1-161 за 2007 р.

шляхом їх використання на господарські потреби підприємства. Усього на такі потреби було витрачено 749 707 грн.³³¹.

Як розтрату описаного та арештованого майна (ст. 312 КК РФ) кваліфікували слідчі органи дії чоловіка, який зарівав і з'їв коня, на якого раніше судовими приставами було накладено арешт, оскільки чоловік не міг повернути борг у розмірі 18 тис. рублів³³².

Наступною формою об'єктивної сторони складів злочину, описаних частинами 1 і 2 ст. 388 КК України, виступає **відчуження** майна. Звертаючись до напрацювань науковців, слід зазначити, що, на думку харківських правознавців, відчуження означає вчинення будь-яких дій, спрямованих на незаконну передачу майна іншим особам (наприклад, його продаж, дарування, обмін на інше майно)³³³. З точки зору І.І. Давидович, відчуження – це вчинення дій, спрямованих на незаконний перехід майна до будь-яких третіх осіб (юридичних або фізичних). Відчуження може відбуватись на оплатній (продаж, міна, позика тощо) або безоплатній (дарування) основі³³⁴. На переконання Ю.І. Кулешова, під відчуженням у ст. 312 КК РФ розуміється передача майна на користь іншої особи, що може бути виражене в його продажі, заставі, даруванні та інших діях, які призводять до того, що майно переходить у володіння до інших осіб. Висловлюється і точка зору, згідно з якою під відчуженням слід розуміти будь-яке передавання майна іншим особам у постійне користування – як на певних умовах, так і без них³³⁵.

Утім, з таким підходом до розуміння поняття «відчуження», використаного у ч. 1 ст. 388 КК України (ч. 1 ст. 312 КК РФ), можна погодитися

³³¹ Архів Свердловського міського суду Луганської області. Справа № 427/2386/14-к за 2014 р.

³³² В Новосибирской области крестьянин... съел арестованное имущество [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://fraza.ua/news/28.07.14/202389/v_novosibirskoj_oblasti_krestjanin_sel_arestovannoe_imuschestvo.html

³³³ Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар; за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х.: «Одіссей», 2007. – С. 1049; Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 118.

³³⁴ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2-х томах / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид. переробл. та допов. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – Т. 2. – С. 475.

³³⁵ Спектор Л. Преступления в сфере процессуальной деятельности суда и правоохранительных органов, совершаемые лицами, призванными по закону содействовать ей // Уголовное право. – 2005. – № 3. – С. 57.

лише частково. З одного боку, представники цього підходу правильно зазначають, що в результаті відчуження відбувається фактичне передавання арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації, іншій особі; щоправда, з іншого, вони забувають про те, що з юридичної точки зору відчуження завжди поєднується з переходом права власності від однієї особи до іншої. Як образно висловлюється Л.В. Лобанова, аналізуючи ст. 312 КК РФ, відчуження змінює юридичну долю майна³³⁶. Свого часу один з авторів цієї монографії писав, що відчуження з точки зору кваліфікації за ст. 388 КК України означає, що майно на оплатній чи безоплатній основі передається у володіння іншим особам, до яких переходить право власності на це майно (продаж, міна, дарування, позика, рента, передача учасником господарського товариства майна як внеску до статутного фонду тощо)³³⁷. Аналогічні міркування щодо змісту поняття «відчуження» знаходимо в працях інших українських і російських криміналістів³³⁸. Сприймається такий підхід і судовою практикою.

Так, знаючи про те, що на заставлений автомобіль «ВАЗ 21150» буде звернено стягнення в рахунок повернення непогашеного кредитного боргу перед кредитною спілкою «Партнер» і маючи умисел на приховування заставленого майна шляхом його переміщення з місця належного зберігання, особа-боржник за кредитним договором всупереч договору застави видала довіреність на право користування та розпорядження вказаним автомобілем іншій особі. Органами досудового розслідування вказані дії обвинуваченого були кваліфіковані за ч. 1 ст. 388 КК України як відчуження та приховування заставленого майна особою, якій це майно ввірено.

³³⁶ Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 416 (автор главы – Л.В. Лобанова).

³³⁷ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 1104.

³³⁸ Уголовное право Украины. Особенная часть: учебник / под ред. Е.Л. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 444; Бриллиантов А.В., Косевич Н.Р. Настольная книга судьи: преступления против правосудия. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 425; Виноградов Д.Ю. Незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту (уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Тюмень, 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lawtheses.com/nezakonnye-deystviya-v-otnoshenii-imuschestva-podvergnutogo-opisi-ili-adresatu>

Вінницький міський суд, загалом погодившись з такою кваліфікацією, водночас виключив з обвинувачення вказівку на відчуження майна, мотивуючи свою позицію тим, що відчуженням майна з цивільно-правової точки зору є передача майна, що належить одній особі, у власність іншої особи. При передачі ж права користування та розпорядження транспортним засобом фізичною особою-власником транспортного засобу (довірителем) на підставі довіреності іншій особі право власності на транспортний засіб залишається незмінним, тобто не здійснюється відчуження майна; автомобіль юридично залишається власністю власника-довірителя. Крім того, відповідно до Порядку державної реєстрації (перереєстрації), зняття з обліку автомобілів, автобусів, а також самохідних машин, сконструйованих на шасі автомобілів, мотоциклів усіх типів, марок і моделей, причепів, напівпричепів, мотоколясок, інших прирівняних до них транспортних засобів та мопедів перед відчуженням транспортний засіб повинен бути знятий з обліку в підрозділі ДАІ, чого у цьому разі зроблено не було. Суд визнав особу винуватою у вчиненні приховування заставленого майна особою, якій це майно ввірено, кваліфікувавши її дії за ч. 1 ст. 388 КК України³³⁹.

З такою кваліфікацією ми погоджуємось, оскільки, як буде показано далі, приховування майна може, зокрема, полягати в переміщенні майна з місць його належного чи постійного зберігання, а відповідно до укладеного договору застави засуджений був зобов'язаний зберігати автомобіль у своєму домоволодінні за конкретною адресою.

Таким чином, відчуження арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації, – це оплатне або безоплатне передавання такого майна у володіння іншим особам, до яких переходить право власності на нього.

Наприклад, Погребищенський районний суд Вінницької області засудив за ч. 1 ст. 388 КК України особу за те, що вона реалізувала (уклала договір купівлі-продажу) арештоване зерно стороннім особам³⁴⁰.

³³⁹ Архів Вінницького міського суду Вінницької області. Справа № 127/18720/13-к за 2013 р.

³⁴⁰ Архів Погребищенського районного суду Вінницької області. Справа № 1-51 за 2007 р.

Д., який отримав на відповідальне зберігання речові докази у кримінальній справі, порушеній щодо нього, був засуджений за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 213 КК України. Згідно з вироком речові докази (металобрухт і ваги) мали бути обернені в дохід держави, однак Д. 700 кг металобрухту продав підприємству «Вторчермет», а ваги повернув їх власнику К. Суд правильно кваліфікував ці дії Д. за ч. 2 ст. 388 КК України, оскільки Д. вчинив відчуження і розтрату майна, що підлягало конфіскації за рішенням суду³⁴¹.

Як відчуження майна, на яке накладено арешт та яке описано (ч. 1 ст. 388 КК України), розцінив Носівський районний суд Чернігівської області дії директора ТОВ «Носівська МТС», який за готівку продав фізичній особі комбайн «СК-5», переданий йому державним виконавцем на відповідальне зберігання³⁴².

Директор ТОВ «Волиньм'ясотрейд» у квітні 2013 р. оформив кредит на 500 тис. грн. Згідно з договором через 5 місяців він мав повернути усі кошти. У заставу банку було залишено майже 220 т свинячого сала на загальну суму понад 2 млн. грн. Незважаючи на те, що продукція була під заставою, керівник підприємства без дозволу банку забрав сало зі складу та продав його, за що отримав 2 млн. 45 тис. 187 грн. 28 коп. прибутку для фірми. Луцький міськрайонний суд Волинської області кваліфікував вказані дії директора ТОВ за ч. 1 ст. 388 КК України і призначив йому покарання у виді штрафу в розмірі 4 тис. 250 грн.³⁴³

Не бажаючи виконувати рішення суду про звернення стягнення на заставлене майно (автомобіль «VOLKSWAGEN CADDY»), повертати банку цей автомобіль і знаючи про те, що проводити його відчуження заборонено, особа самотійно, не повідомляючи банк, зняла вказаний автомобіль з обліку в органах ДАІ України, та переоформила його на іншого власника. Вироком Верховнодніпровського районного суду Дніпропетровської області цю особу було

³⁴¹ Архів Запорізького районного суду Запорізької області. Справа № 1-238 за 2008 р.

³⁴² Архів Носівського районного суду Чернігівської області. Справа № 1-58 за 2007 р.

³⁴³ У Луцьку директор фірми продав продукцію, яка була під заставою [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://p-p.com.ua/articles/47548/>

засуджено за ч. 1 ст. 388 КК України за відчуження заставленого майна³⁴⁴.

Органами досудового розслідування особа обвинувачувалась у т. ч. у відчуженні арештованого майна. В обвинувальному висновку зазначалось, що, маючи умисел на відчуження майна, на яке накладено арешт, особа з метою маскуванню своїх злочинних дій та уникнення відповідальності за скоєне діяла через свого представника, якому не було відомо про існуючі обтяження щодо майна. Виправдовуючи підсудну за відсутністю складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, Рівненський міський суд, зокрема, зазначив у вироку, що особа, яка обвинувачується у вчиненні цього злочину, не вчиняла дій, направлених на відчуження арештованого майна, оскільки договори дарування та купівлі-продажу були оформлені задовго до накладення арешту на майно, а довіреність не уповноважувала представника вчиняти дії щодо відчуження арештованого майна, а лише уповноважувала представляти інтереси в суді і правоохоронних органах³⁴⁵.

Будучи головою фермерського господарства «Задвір» і прийнявши на відповідальне зберігання зерно пшениці в кількості 75 т, особа видала описане та арештоване майно пайщикам як плату за оренду землі. Вказані дії Олександрійський районний суд Кіровоградської області кваліфікував за ч. 1 ст. 388 КК України, визнавши їх відчуженням описаного та арештованого майна, вчиненим особою, якій це майно ввірено³⁴⁶.

З вироку Фастівського міськрайонного суду Київської області вбачається, що державним виконавцем було ввірено для зберігання за місцем проживання особи описане майно – 4200 кг. металобрухту і польові ваги. Згодом державний виконавець склав акт про те, що описаного майна не виявлено. Суд погодився з органом досудового розслідування, який кваліфікував дії особи за ч. 1 ст. 388 КК України як відчуження майна, яке було описано та ввірено на відповідальне зберігання³⁴⁷.

³⁴⁴ Архів Верховного суду Дніпропетровської області. Справа № 173/1201/14-к за 2014 р.

³⁴⁵ Архів Рівненського міського суду Рівненської області. Справа № 1-550/11 за 2013 р.

³⁴⁶ Архів Олександрійського районного суду Кіровоградської області. Справа № 381/6334/13-к за 2013 р.

³⁴⁷ Фастівського міськрайонного суду Київської області. Справа № 1117/611/12 за 2012 р.

При цьому з вироку не зрозуміло, в чому ж полягало відчуження описаного майна, і чи саме це злочинне діяння вчинив підсудний.

Завершуючи аналіз відчуження, слід звернути увагу на те, що таке діяння є лише однією з різновидів розтрати майна³⁴⁸, а тому виділення цього діяння в окрему форму об'єктивної сторони в ст. 388 КК України є недоцільним. До того ж така ситуація суперечить правилам законодавчої техніки, які вимагають точності, чіткості та однозначності вживаної термінології, а також економії тексту кримінального закону. У зв'язку з цим пропонуємо виключити з тексту диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України термін «відчуження». В російській кримінально-правовій літературі аналогічна думка вже висловлювалася, зокрема, А.А. Гулим³⁴⁹, в українській – О.О. Соболевою, яка зазначає, що при вчиненні незаконних дій, передбачених ст. 388 КК України, суб'єкт може вчинити протиправну передачу права користування майном іншим особам або організаціям, однак перехід права власності в цьому випадку не можливий. Тобто особа, якій ввірено майно на відповідальне зберігання, всупереч вимогам законодавства фактично незаконно передає майно третім особам, а не право власності на нього³⁵⁰.

Слушні аргументи на користь згаданої законодавчої пропозиції наводить Г.Є. Болдарь. Звернувши увагу на ту обставину, що термін «відчуження» використовується в цивільному і господарському законодавстві для позначення правочинів, змістом яких є зміна власника, авторка відзначає, що предметом злочину, передбаченого ст. 388 КК України, є в т. ч. майно, вилучене з

³⁴⁸ Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 422; Тепляшин П.В. Преступления против правосудия: учеб. пособие. – Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России, 2004. – С. 107; Преступления против правосудия / под ред. А.В. Галаховой. – М.: Норма, 2005. – С. 288; Эриашвили Н.Д. Присвоение и растрата чужого имущества как формы хищения. Уголовно-правовой анализ: монография. – М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2008. – С. 65; Пономаренко Ю.А. Виды наказаний по уголовному праву Украины: монография. – Х.: Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 309; Болдарь Г.Є. Деякі проблеми об'єктивної сторони незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. Спеціальний випуск № 4. – 2010. – С. 255, 257.

³⁴⁹ Гулый А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 12, 102–103, 120.

³⁵⁰ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 104–106.

цивільного обороту, набути право власності на яке неможливо. Звідси – некоректність у цьому разі законодавчого терміну «відчуження». До того ж особи, яким майно у встановленому порядку передається на зберігання та які визнаються суб'єктами розглядуваного злочину, не будучи власниками майна³⁵¹, з цивільно-правової точки зору не уповноважені визначати юридичну долю цього майна³⁵².

Разом з тим складно погодитись із пропозицією виключити з досліджуваної кримінально-правової заборони не лише термін «відчуження», а і термін «розтрата», оскільки такі діяння можуть розцінюватись як злочини проти власності – розкрадання, і з тим, що нібито немає жодної різниці в соціальній суті розтрата майна, ввіреного особі на підставі, наприклад, договору про матеріальну відповідальність, і розтрата майна, ввіреного особі для зберігання у зв'язку з його описом або арештом. Як слушно зазначається в літературі з цього приводу, соціальна та юридична оцінка вчиненому в таких ситуаціях має бути різною, адже незаконні дії з описаним, арештованим і конфіскованим майном підривають авторитет не лише судової, а і державної влади у цілому. При кваліфікації розтрата вказаного майна не за ст. 388, а за ст. 191 КК України не враховується той факт, що винний не просто розтрачує майно, яке йому було ввірено, а і не виконує рішення уповноважених органів держави (суду, державних виконавців тощо) зі збереження майна³⁵³. Інакше кажучи, ми не повинні ігнорувати характер порушуваних тим чи іншим злочином правовідносин, суть об'єкта злочинного посягання.

Переходячи до характеристики *приховування* арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації, слід зазначити, що в юридичній літературі зміст цього злочинного діяння розкривається більш-менш

³⁵¹ Уточнимо, що це можуть бути і власники відповідного майна. Згідно з чинним законодавством арештоване чи описане майно може передаватися на відповідальне зберігання його власнику.

³⁵² Болдарь Г.Є. Деякі проблеми об'єктивної сторони незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. Спеціальний випуск № 4. – 2010. – С. 253–254.

³⁵³ Коробеев А., Кулешов Ю. Будет ли востребована ст. 312 УК РФ после восстановления института конфискации имущества? // Уголовное право. – 2007. – № 2. – С. 55–58; Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 103.

однаково; дискусій чи непорозумінь з цього питання не спостерігається. Виходячи із загальноновизнаного в теорії кримінального права розуміння поняття «приховування майна» (як його утаювання будь-яким чином від певних органів або осіб), а також беручи до уваги той факт, що в ч. 1 ст. 388 КК України йдеться виключно про «дії» винного, вважаємо, що під приховуванням арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації, в ст. 388 КК України розуміються будь-які дії, спрямовані на фізичне або інтелектуальне утаювання такого майна від державних органів або їх представників, які наділені певною компетенцією щодо нього (утаювання майна, що підлягає конфіскації, від державного виконавця з метою унеможливлення його вилучення та реалізації; утаювання описаного спадкового майна від нотаріуса чи посадової особи органу місцевого самоврядування з метою унеможливлення реалізації законними спадкоємцями права на спадкування цього майна; утаювання майна, на яке було накладено арешт як запобіжний захід у господарському процесі, від господарського суду з метою унеможливлення отримання доказів у справі тощо).

За змістом каране за ст. 388 КК України приховування майна може здійснюватися шляхом істотної зміни зовнішнього вигляду майна, зміни правового статусу майна шляхом використання підроблених документів, переміщення майна з місць його належного чи постійного зберігання, його передачі для зберігання іншим особам, зберігання у спеціально пристосованих для цього приміщеннях чи схованках, невідображення в офіційних документах правочинів, учинених щодо майна, тощо. Ці діяння, як правило, спрямовані на те, щоб зробити майно непомітним, невпізнаним чи незнайденим, вони можуть поєднуватись із повідомленням завідомо неправдивих відомостей (про викрадення майна, його втрату, знищення внаслідок пожежі тощо).

Так, як приховування описаного та арештованого майна, вчинене тим, кому це майно ввірено (ч. 1 ст. 388 КК України), розцінив Роменський міськрайонний суд Сумської області дії особи, яка, порушуючи рішення суду та вимоги державного виконавця, умисно відмовилася передати автомобіль

«Volkswagen Touareg» і, знявши з нього номерні знаки, з метою приховування автомобіля, на який накладено арешт, зникла на цьому транспортному засобі з місця стоянки в невідомому напрямі³⁵⁴.

Беручи до увагу специфіку предмета розглядуваного злочину, із змісту поняття «приховування» треба виключати просте (хай навіть і свідоме) замовчування інформації про місце знаходження майна, оскільки воно з самого початку було відоме компетентним органам. Слід враховувати і те, що саме по собі переміщення майна в інше місце, не пов'язане з його утаюванням від компетентних органів, не може розглядатись як приховування майна³⁵⁵. В цьому сенсі викликає інтерес такий приклад із судової практики.

Державним виконавцем відділу ДВС Підволочиського районного управління юстиції в межах відкритого виконавчого провадження було складено акт опису та накладено арешт на належне боржнику майно – автомобілі «MAN», «VOLVO FH 12420» і «SCANIA 114380», а також причепи «TRAILER SYU 3CX», «RENDERS 01» і «TRAILER 3E 202». Вказане майно було передано на відповідальне зберігання самому боржнику; причому, оскільки останній пообіцяв щомісячно здійснювати погашення боргу, йому дозволили користуватися автомобілями і причепами, але з умовою, що на першу вимогу державного виконавця ця техніка буде доставлена у вказані місце і час для її оцінки і можливої реалізації.

Як зазначається у вироку Підволочиського районного суду Тернопільської області, особа, якій описане та арештоване майно було передано на відповідальне зберігання, неодноразово приховувала його і, не виконавши вимоги державного виконавця, не забезпечила явку транспортних засобів для проведення їх оцінки з можливою подальшою реалізацією в рахунок погашення заборгованості за зведеним виконавчим провадженням. Особа не повідомляла відділ ДВС про місце перебування транспортних засобів, що позбавляло

³⁵⁴ Архів Роменського міськрайонного суду Сумської області. Справа № 1815/1464/2012 за 2012 р.

³⁵⁵ Лобанова Л.В. Преступные нарушения обязательности судебного приговора: учеб. пособие. – Волгоград: Изд-во Волгоградского ун-та, 2004. – С. 51; Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 419 (автор главы – Л.В. Лобанова).

державного виконавця можливості виконати виконавчі листи і задовольнити вимоги стягувачів. Вказані дії боржника суд кваліфікував за ч. 1 ст. 388 КК України, розцінивши їх як приховування майна, на яке накладено арешт³⁵⁶.

Висловимо сумнів у правильності такої кримінально-правової кваліфікації. Адже, як це впливає з вироку, всі транспортні засоби, на які державним виконавцем було накладено арешт, використовувались засудженим для здійснення закордонних поїздок, ламались під час цих поїздок, через що він був позбавлений можливості загнати їх на вказане державним виконавцем місце у визначений ним час. Арештоване майно не приховувалось особою в значенні, розкритому вище, у зв'язку з чим зазначена поведінка цієї особи мала б визнаватись хіба що адміністративно караним невиконанням вимог державного виконавця.

Говорячи про *підміну* арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації, українські криміналісти³⁵⁷ зазначають, що підміна – це: заміна одного предмета іншим³⁵⁸; один із засобів приховування, який полягає в заміні одного предмета іншим (наприклад, заміна дорогоцінних предметів їх малоцінними копіями)³⁵⁹. Підміна майна означає, що особа за майно, на яке накладено арешт, заставлене майно або майно, яке описане чи підлягає конфіскації, видає інше (схоже) майно (зазвичай меншої вартості)³⁶⁰. Підміна, як правило, передує іншим незаконним діям із відповідним майном.

Ураховуючи викладене, під підміною майна у ст. 388 КК України слід розуміти заміну арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що

³⁵⁶ Архів Підволочиського районного суду Тернопільської області. Справа № 1-кп/604/13 за 2013 р.

³⁵⁷ Слід зазначити, що у ст. 312 КК РФ, на відміну від ст. 338 КК України, окремо не виділено такі діяння, як підміна майна, пошкодження майна та знищення майна; у ній вказується на таке діяння, як незаконне передавання майна. Останнє, на відміну від відчуження майна, передбачає те, що: право власності на майно не переходить до особи, якій воно реально передане; винна особа шляхом такого передавання допускає до експлуатації майна інших осіб; може мати місце використання майна як предмета застави чи внеску у спільну діяльність (див.: Бриллиантов А.В., Косевич Н.Р. Настольная книга судьи: преступления против правосудия. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 426).

³⁵⁸ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2-х томах / за заг ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид. переробл. та допов. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – Т. 2. – С. 476.

³⁵⁹ Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: монография. – Х.: Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 309.

³⁶⁰ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-тє вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1128.

підлягає конфіскації, на інше майно, яке зовні схоже на замінене або майже однакове з ним (заміна предмета, що містить у собі доказову інформацію у господарській справі на такий же предмет, однак який такої інформації не містить; заміна дорогоцінного витвору мистецтва (картини, скульптури тощо), що підлягає вилученню та реалізації, на його копію; заміна товарів зі спеціально виготовленими сховищами (тайниками), що використовувалися для приховування безпосередніх предметів порушення митних правил від митного контролю, на такі ж товари, які, однак, таких сховищ не мають, тощо).

На підставі наказу господарського суду державний виконавець наклав арешт на майно директора сільськогосподарського підприємства «Тарас», передавши майно цій особі на відповідальне зберігання. Для того, щоб залишити в своєму господарстві описаний та арештований автомобіль «ГАЗ-САЗ-3507», зберігач підмінив на ньому кабінку з іншого, не описаного та не арештованого автомобіля «ГАЗ-55 Б» 1980 року випуску, внаслідок чого позбавив стягувача можливості відшкодування збитків, заподіяних внаслідок неналежного виконання договірних зобов'язань. Тербовлянський районний Тернопільської області суд кваліфікував дії винного за ч. 1 ст. 388 КК України, правильно розцінивши їх як підміну майна, яке було описане та на яке було накладено арешт, вчинену особою, якій майно ввірено³⁶¹.

Ще одна форма об'єктивної сторони складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України, полягає у **пошкодженні** арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації. Загалом пошкодженням майна визнається погіршення якості, зменшення цінності речі або доведення речі на певний час у непридатний за її цільовим призначенням стан³⁶². На думку М.І. Панова, пошкодження майна полягає в такому протиправному впливі на предмет, внаслідок якого він частково, не в повному

³⁶¹ Архів Тербовлянського районного суду Тернопільської області. Справа № 1-38 за 2008 р.

³⁶² Муллаев М.М. Преступления против социалистической собственности: учеб. пособие. – Душанбе: Изд-во Таджикского гос. ун-та имени В.И. Ленина, 1979. – С. 49–50; Матышевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 170; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 546; Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 1. – Луганськ: вид-во «Елтон – 2», 2012. – С. 423.

обсязі, втрачає свої споживчі властивості та економічну цінність і при цьому істотно обмежується можливість його використання за призначенням³⁶³. Такий підхід відтворюється авторами колективного навчального посібника «Злочини проти правосуддя»³⁶⁴. Аналогічну точку зору висловлює Ю.А. Пономаренко, вважаючи, що в результаті пошкодження той чи інший предмет частково (не повністю) втрачає свою споживчу або економічну цінність і при цьому істотно обмежується можливість його використання за призначенням³⁶⁵.

Разом з тим слід звернути увагу на те, що якщо, наприклад, М.І. Мельник, П.С. Матишевський, Д.О. Калмиков і Д.В. Каменський говорять про різні види наслідків від пошкодження майна в альтернативному розумінні (або погіршення якості речі, або зменшення цінності речі, або доведення речі на певний час у непридатний за її цільовим призначенням стан), то, зокрема, М.І. Панов і Ю.А. Пономаренко вважають, що такі наслідки мають настати одночасно (і втрата своїх споживчих властивостей, і втрата економічної цінності³⁶⁶, і істотне обмеження можливості використання за призначенням).

На наш погляд, останній підхід до визначення поняття «пошкодження» є менш вдалим, адже не враховує того факту, що пошкоджене майно далеко не завжди характеризується одночасною втратою якості, цінності та істотним обмеженням можливості використання такого майна за призначенням. Наприклад, значне пошкодження фарби на кузові легкового автомобіля погіршує його якість (металеві деталі, не покриті фарбою, піддаються корозії), зменшує його цінність (це обумовлено як тим, що якість такого автомобіля певним чином погіршена, так і тим, що він втратив свою естетичну цінність), однак жодним чином не впливає на можливість використання автомобіля за цільовим призначенням (зокрема, пересуватися в просторі).

³⁶³ Панов М.І. Вибрані праці з проблем правознавства / передмова В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – С. 740.

³⁶⁴ Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 117.

³⁶⁵ Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: монографія. – Х.: Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 309.

³⁶⁶ Уточнимо, що Ю.А. Пономаренко допускає притаманну пошкодженню майна альтернативність у втраті його споживчих властивостей та економічної цінності.

Варто наголосити на тому, що злочинне діяння при пошкодженні (а так само при знищенні) майна може виражатись як у формі дії, так і бездіяльності³⁶⁷. Прикладом останньої може бути залишення без нагляду джерел підвищеної небезпеки, ненадання корму тваринам, неприйняття відповідальною особою заходів щодо збереження майна від руйнівного впливу кліматичних, біологічних та інших зовнішніх факторів, недотримання заходів протипожежної безпеки.

Ст. 388 КК України покликана забезпечувати належну поведінку тих осіб, яким арештоване, описане, заставлене чи конфісковане майно було попередньо ввірене, тобто передане на зберігання. Зберігання ж, як засвідчує аналіз регулятивного законодавства, вимагає від зберігача (хранителя) не тільки не вчиняти щодо арештованого, описаного, заставленого та конфіскованого майна будь-яких протиправних дій щодо нього, а і вживати всіх необхідних заходів для того, щоб таке майно не було зіпсоване, втрачене тощо.

Так, у ст. 942 ЦК України, яка має пряме відношення до аналізованої статті КК, зазначається, що зберігач зобов'язаний вживати усіх заходів, встановлених договором, законом, іншими актами цивільного законодавства, для забезпечення схоронності речі. Особа, яка володіє предметом застави, як зазначається у ст. 587 ЦК України, зобов'язана, якщо інше не встановлено договором: 1) вживати заходів, необхідних для збереження предмета застави; 2) утримувати предмет застави належним чином; 3) негайно повідомляти другу сторону договору застави про виникнення загрози знищення або пошкодження предмета застави.

Із цього випливає, що протиправній бездіяльності у вигляді невиконання тих дій, які мав би вчинити зберігач (хранитель) щодо арештованого, описаного та конфіскованого майна з метою його збереження, характерний такий саме рівень суспільної небезпеки, що і протиправним діям щодо цього майна.

³⁶⁷ Під бездіяльністю у кримінальному праві розуміється суспільно небезпечна вольова поведінка особи, що полягає у невиконанні належного – того обов'язку, який особа повинна була і могла виконати. Властивістю бездіяльності визнається наявність не морального, а правового обов'язку особи діяти певним чином у конкретній ситуації. Реальна можливість виконати покладений на особу правовий обов'язок як характеристика бездіяльності залежить як від об'єктивних, так і суб'єктивних чинників.

Наприклад, унаслідок того, що зберігач перестав годувати худобу, остання померла; унаслідок того, що він не висушив нещодавно зібране зерно, воно спріло; унаслідок того, що зберігач не вжив заходів щодо охорони автомобіля, його вкрали. Тому варто було критично оцінити наявну на сьогодні ситуацію, за якої в ст. 388 КК України йдеться виключно про дії.

Таким чином, пошкодження арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації, – це діяння, в результаті яких погіршується якість арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації, або зменшується цінність такого майна, або обмежується можливість його використання за цільовим призначенням, або воно на певний час приводиться у стан, непридатний для використання за цільовим призначенням.

Слід погодитися з Н.О. Лопашенко, М.І. Пановим та іншими дослідниками, які зазначають, що пошкоджене майно може бути відновлене і знову набути тимчасово або частково втрачених корисних якостей для використання його за функціональним призначенням лише після необхідних фінансових, трудових та інших витрат³⁶⁸. При цьому йдеться, як правило, про можливість часткового відновлення (ремонт пошкоджених меблів, відновлення форми деформованої поверхні автомобіля тощо), хоча за певних обставин можливе і повне відновлення такого майна (наприклад, заміна пошкоджених вузлів чи агрегатів новими).

Близьким за змістом до пошкодження майна є діяння, яке полягає в **знищенні майна**. Відмінність між ними полягає в тому, що при пошкодженні майно, хоч і втрачає певні свої характеристики (якість, споживчу або економічну цінність), залишається придатним до використання за цільовим призначенням, а при знищенні воно стає непридатним для використання за своїм цільовим призначенням.

³⁶⁸ Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 399; Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х. : «Одиссей», 2007. – С. 517; Панов М.І. Вибрані праці з проблем правознавства / передмова В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – С. 740.

Так, Н.О. Лопашенко зазначає, що під знищенням майна слід розуміти такі дії винного щодо майна, які призвели до його повної непридатності. При цьому відновлення майна або взагалі неможливе, або економічно недоцільне³⁶⁹. Аналогічні міркування висловлюють і такі науковці, як П.С. Матишевський і М.І. Мельник, з точки зору яких знищення майна – це приведення його в повну непридатність щодо використання за цільовим призначенням. Унаслідок знищення майно перестає існувати або повністю втрачає свою цінність³⁷⁰. При знищенні, пише М.М. Муллаєв, майно повністю втрачає свою здатність і якість, в результаті чого використовувати його за призначенням неможливо³⁷¹.

На думку М.І. Панова, знищення майна – це такий протиправний руйнуючий вплив на майно, внаслідок якого воно повністю втрачає свою споживчу або економічну цінність, приведення його до такого стану, за якого воно взагалі не може бути використане за своїм призначенням, причому втрачені майном властивості не можуть бути відновлені. Майно (речі, гроші, цінні папери, будівлі, споруди тощо) внаслідок знищення перестає існувати як таке³⁷².

З останнім твердженням (про те, що майно внаслідок знищення перестає існувати як таке) погодитися повною мірою складно. П.С. Матишевський слушно зазначає, що під знищенням майна слід також розуміти випадки втрати ним своєї цінності, тобто і ті випадки коли майно, хоч фізично не перестає існувати, стає непридатним для використання (наприклад, у цистерну з молоком скидається карбід кальцію)³⁷³. Як справедливо зауважують

³⁶⁹ Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 399.

³⁷⁰ Матишевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 170; Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. исправл. и дополн. – К.: А.С.К., 2003. – С. 448; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 546.

³⁷¹ Муллаев М.М. Преступления против социалистической собственности: учеб. пособие. – Душанбе: Изд-во Таджикского гос. ун-та имени В.И. Ленина, 1979. – С. 49.

³⁷² Панов М.І. Вибрані праці з проблем правознавства / передмова В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – С. 740; Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2013. – Т. 2: Особлива частина. – С. 225.

³⁷³ Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / отв. ред. С.С. Яценко. – 3-е изд. исправл. и дополн. – К.: А.С.К., 2003. – С. 448–449.

А.Г. Безверхов та І.Г. Шевченко, знищенням майна треба визнавати і такі діяння, які виключають річ із майнового обороту без впливу на її фізичну суть (викидання майна в річку, море або океан, випуск газу з балону, звільнення птахів або тварин з кліток, зливання вина з бочки на землю, розлив нафти з магістрального трубопроводу тощо)³⁷⁴.

Ураховуючи викладене, під знищенням арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації, у ст. 388 КК України слід розуміти такі діяння, в результаті яких воно не може використовуватися за своїм цільовим призначенням, адже це майно фактично перестало існувати (річ вщент розтрощена, спалена, розчинена у кислоті тощо), або хоч воно і існує, повністю втратило свою цінність (харчові продукти отруєно, живу рибу випущено у водойму тощо).

Знищення і пошкодження майна можуть бути здійснені в будь-який спосіб (розбиття, розламування чи розрізання речі на шматки, вплив на майно водою, іншою рідиною чи повітрям, повне або часткове розчинення речі у воді чи інших рідинах, вибух, підпал, отруєння, тощо). Як зазначає Н.О. Антонюк, залежно від обраного способу знищення чи пошкодження можна виділити фізичний, механічний, хімічний впливи на предмет посягання. Фізичний вплив проявляється у використанні фізичних властивостей (температура, струм, охолодження, перегрівання, замочування, висушування тощо). Механічний вплив може полягати у механічних пошкодженнях – розбитті предмета, відокремленні деталей, забитті, задушенні тварин тощо. Хімічний вплив здійснюється за допомогою хімічних речовин, наприклад, кислот, лугів³⁷⁵. У цьому сенсі викликає інтерес такий приклад із судової практики.

Державний виконавець у межах відкритого виконавчого провадження описав та арештував майно боржника – автомобіль «ВАЗ 2107». Вказане майно було передано на зберігання цьому боржнику, який попереджався про кримінальну відповідальність за розтрату, відчуження, приховування чи

³⁷⁴ Безверхов А.Г., Шевченко І.Г. Уничтожение и повреждение имущества: вопросы истории, теории, практики: монография. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 85.

³⁷⁵ Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: навч. посібник. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – С. 368–369.

підміну описаного та арештованого майна. Однак коли державний виконавець і стягувач здійснили вихід на місце, де мало знаходитись описане та арештоване майно боржника, вони встановили, що транспортний засіб, на який було накладено арешт, знаходиться в повністю розібраному стані, а його деталі (зокрема, двигун з агрегатами, коробка передач з ручкою, гальмівна система, паливна система, вихлопна система, вікна, чотири дверцята, панелі салону, передні сидіння, передній та задній бампери, кришки двигуна та багажного відділення, чотири колеса, вся ходова частина, кермо, передні та задні фари, решітка з радіатором, багажник даху, проводка) відсутні. Ужгородським міськрайонним судом Закарпатської області боржника, який вчинив вказані незаконні дії з описаним та арештованим майном, було засуджено за ч. 1 ст. 388 КК України³⁷⁶.

Незаконне використання майна за його призначенням, що призвело до припинення його існування, не може розглядатися як спосіб знищення чи пошкодження майна (наприклад, вживання продуктів харчування, використання за прямим призначенням паливно-мастильних матеріалів та іншої продукції одноразового вжитку), однак все одно має кваліфікуватись за ч. 1 або ч. 2 ст. 388 КК України як розтрата відповідного майна. Щодо перероблення майна, яке також слід відрізнити від знищення і пошкодження майна, то і така поведінка (вона за наявності підстав може розцінюватись як інша незаконна дія з арештованим, описаним, заставленим майном або майном, що підлягає конфіскації) може утворювати склад досліджуваного злочину.

Ще однією караною за ст. 388 КК України дією виступає **порушення обмеження (обтяження) права користуватись** арештованим, описаним, заставленим майном або майном, що підлягає конфіскації.

Розмірковуючи над змістом вказаного діяння, один з авторів цих рядків раніше зазначав, що порушення обмеження права користуватись майном має місце, зокрема, у випадках, коли особа не дотримується встановлених

³⁷⁶ Архів Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області. Справа № 308/20196/14-к за 2013 р.

державним виконавцем обмежень права користуватись описаним майном. Обмеження на вилучення корисних властивостей з описаного майна встановлюються у зв'язку з особливостями майна, користування яким може призвести до його знищення або зменшення цінності. Види, обсяг і строк зазначених обмежень встановлюються державним виконавцем у кожному конкретному випадку з урахуванням властивостей майна, його значення для власника чи володільця, потреби використання, інших обставин. За ч. 1 ст. 388 КК України може кваліфікуватись користування предметами одягу або предметами індивідуального вжитку, вчинене зберігачем описаного майна, а також користування платником податків майном, на яке накладено повний арешт³⁷⁷. На думку І.І. Давидович, яка значною мірою збігається з наведеною позицією, порушення обмеження права користуватися майном може мати місце лише у випадках, коли таке обмеження прямо встановлено державним виконавцем³⁷⁸.

У розвиток викладених міркувань зазначимо, що в чинній редакції ст. 388 КК України йдеться не тільки про порушення «обмеження» права користування майном, а і про його «обтяження». Це означає, що, вирішуючи питання про їх зміст, слід керуватися як законодавством, що регулює встановлення та реєстрацію обмежень на майно (зокрема, ЗУ «Про виконавче провадження»), так і законодавством, яке регламентує процедуру встановлення та реєстрації обтяжень на нього (ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», ЗУ «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», Порядок ведення Державного реєстру обтяжень рухомого майна тощо).

Слід також мати на увазі, що в ст. 388 КК України йдеться про обмеження та обтяження не всіх видів речових прав осіб на майно (наприклад, як це впливає зі ст. 4 ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», обтяження може стосуватися будь-яких речових прав –

³⁷⁷ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1128–1129.

³⁷⁸ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2-х томах / за заг ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид. переробл. та допов. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – Т. 2. – С. 476.

права власності, права володіння, право господарського відання, право оперативного управління тощо), а лише права користування майном. Право ж користування майном – це юридична можливість видобування споживчих властивостей речі (проживати в будинку, користуватися автомобілем, передавати майно в оренду тощо)³⁷⁹.

Нарешті, із законодавчої конструкції діяння «порушення обмеження (обтяження) права користуватися таким майном», а також назви ст. 388 КК України «Незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації», випливає, що в ній йдеться не про будь-які обмеження чи обтяження права користування майном, а лише про обмеження та обтяження користування, які було встановлено на майно в процесі (або в результаті) його арешту, опису, застави чи конфіскації.

Таким чином, порушення обмеження (обтяження) права користуватись арештованим, описаним, заставленим майном або майном, що підлягає конфіскації, – це видобування споживчих властивостей майна, на право користування яким у процесі (в результаті) його арешту, опису, застави чи конфіскації було встановлено обмеження або обтяження. Якщо сказати простіше, то в ст. 388 КК України йдеться про порушення заборони користуватися арештованим, описаним, заставленим майном або майном, що підлягає конфіскації (наприклад, зберігач арештованого майна використовує холодильник для зберігання своїх продуктів, на автомобілі пересувається або ж пре одяг у пральній машині попри те, що державний виконавець своєю постановою заборонив їх використання).

Загалом, як свідчить аналіз регулятивного законодавства, заборона користуватися майном зі спеціальним статусом може впливати із рішення суду (зокрема, згідно з приписами чинного цивільного, господарського та кримінального законодавства суд безпосередньо в рішенні про накладення арешту на майно має право визначати порядок його виконання, в т. ч. щодо накладення заборони користування ним), постанови державного виконавця

³⁷⁹ Цивільний кодекс України: коментар / За заг. ред. Є.О. Харитонова, О.М. Калітенко. – Одеса: Юридична література, 2004. – С. 285.

(таке право йому надають положення статей 57–60 ЗУ «Про виконавче провадження» і п. 3 ч. 2 ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»), постанови органів досудового розслідування (п. 3 ч. 2 ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»), інших органів та осіб, наділених такою компетенцією.

Завершуючи розгляд цієї форми об'єктивної сторони, хотілося б звернути окрему увагу на її не зовсім вдале описання в межах ч. 1 ст. 388 КК України.

По-перше, описання цього виду діяння розміщено після узагальнюючого формулювання «або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано», яке, вочевидь, охоплює і порушення обмеження (обтяження) права користуватись таким майном. Така ситуація свідчить про порушення елементарної логіки у викладенні законодавчого матеріалу.

По-друге, існуюча в чинному законодавстві плутанина щодо змісту понять «обмеження» та «обтяження»³⁸⁰, а також не зовсім вдале поєднання цих понять у диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України можуть привести до неправильного розуміння та, відповідно, застосування ст. 388 КК України.

Варто вказати і на ту обставину, що за домінуючою в юридичній літературі думкою під обмеженням речового права слід розуміти ситуації, коли право власника майна «обмежуються» речовими правами інших осіб на нього (так званими речовими правами на чуже майно)³⁸¹. Обмеження ж, про яке йдеться в ст. 388 КК України, нічого спільного з цим явищем не має.

Тому пропонуємо в диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України вказівку на порушення обмеження (обтяження) права користуватися таким майном замінити вказівкою на незаконне користування відповідним майном, маючи на увазі те, що в цьому разі йтиметься про таке видобування споживчих властивостей

³⁸⁰ На цю обставину неодноразово зверталась увага в юридичній літературі (див.: Мічурін Є.О., Міщенко І.В. Вдосконалення застосування у законодавстві України категорії «обмеження» щодо майнових прав осіб // Право і безпека. – 2006. – № 5. – С. 138–140; Красногор О.В. Обтяження нерухомого майна: сучасний стан та перспективи для вдосконалення законодавчого закріплення // Право і безпека. – 2011. – № 2. – С. 140–145; Малай М.О. Обмеження речових прав фізичних осіб на нерухоме майно: еволюція та концепції // Право і безпека. – 2011. – № 3. – С. 147–153).

³⁸¹ Малай М.О. Обмеження речових прав фізичних осіб на нерухоме майно: еволюція та концепції // Право і безпека. – 2011. – № 3. – С. 147–153.

арештованого або описаного майна, яке не поєднується з його розтратою.

Переходячи до аналізу такого караного за ст. 388 КК України діяння, як *здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт*, варто зазначити, що під цим діянням треба розуміти проведення хоча б однієї видаткової операції за рахунком, на кошти на якому накладено арешт, якщо її результатом стає вихід коштів з-під арешту (видача вкладу, закриття рахунку, здійснення розрахунків, перерахування коштів на інший рахунок тощо).

Пропоноване тлумачення ґрунтується на положеннях чинного законодавства, яке регламентує процедуру накладення арешту коштів та порядок поводження з ними. При цьому слід звернути увагу на те, що в ст. 388 КК України йдеться виключно про видаткові банківські операції. Прибуткові операції з коштами, на які накладено арешт, згідно з приписами чинного українського законодавства є цілком правомірними. Так, у ст. 52 ЗУ «Про виконавче провадження» зазначається, що арешт поширюється також на кошти на рахунках, які будуть відкриті після винесення постанови про накладення арешту. У ст. 59 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» вказується, що під час дії документа про арешт коштів банк протягом операційного дня зупиняє видаткові операції за рахунком клієнта та здійснює арешт усіх надходжень на рахунок клієнта до забезпечення суми коштів, що зазначена в документі про арешт коштів, або до отримання передбачених законодавством документів про зняття арешту з коштів. Тобто банк не лише може, а і повинен за певних обставин здійснювати прибуткові банківські операції з арештованими коштами.

Звертає на себе увагу і та обставина, що в тексті ч. 1 ст. 388 КК України йдеться про вчинення «банківських операцій». Складається таке враження, ніби для притягнення до кримінальної відповідальності представник банку або іншої фінансової установи має здійснити щонайменше дві банківські операції з такими коштами. Утім, такий підхід до тлумачення змісту кримінального закону не тільки суперечив би загальним принципам кримінальної

відповідальності³⁸², а і змісту самої ст. 388 КК України.

Викладене свідчить про необхідність більш чіткої регламентації кримінальної відповідальності за «здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт», оскільки, з одного боку, здійснення представником банку або іншої фінансової установи прибуткових банківських операцій з коштами, на які накладено арешт може бути правомірним, а, з іншого, кримінальна відповідальність за такі дії має наставати і в тому разі, коли винний учинить лише одну видаткову банківську операцію щодо розглядуваного майна.

В теорії банківського права є загальноновизнаним, що ті операції, в результаті яких розмір коштів на банківському рахунку зменшується, є видатковими. Тобто поняттям «видаткова банківська операція» охоплюються видача вкладу, закриття рахунку, здійснення розрахунків за ним, перерахування коштів на інший рахунок, а також будь-яка інша банківська операція, в результаті якої розмір коштів на банківському рахунку зменшується. З урахуванням викладеного для описання відповідного злочинного діяння пропонуємо використовувати таку конструкцію: «а так само здійснення представником фінансової установи видаткової банківської операції з коштами, на які накладено арешт».

Останній вид дій, про які йдеться у ст. 388 КК України, полягає у вчиненні *інших незаконних дій* з арештованим, описаним, заставленим майном або майном, що підлягає конфіскації.

Виходячи з того, що описання цього діяння здійснено за допомогою узагальнюючого формулювання, яке до того ж охоплює собою і всі розглянуті вище вісім видів суспільно небезпечної поведінки стосовно майна, що має специфічний статус, зазначимо, що під іншими незаконними діями з арештованим, описаним, заставленим майном або майном, що підлягає конфіскації, в ст. 388 КК України слід розуміти будь-які протиправні дії

³⁸² Хрестоматійним у цьому сенсі вважається приклад, наведений в одній із праць 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 злочином стала визнаватись і крадіжка одного коня.

з таким майном (крім його розтрати, відчуження, приховування, підміни, пошкодження або знищення, порушення обмеження (обтяження) права користуватися таким майном, а також здійснення банківських операцій з коштами, на які накладено арешт).

Йдеться, зокрема, про: протиправне передавання такого майна іншим особам у користування чи володіння (оренда, лізинг, позичка, передача для проведення ремонту тощо); передавання такого майна у заставу (іпотека, заклад тощо); будь-які операції платника податків із майном, на яке накладено умовний арешт, без попереднього отримання обов'язкового у цьому випадку дозволу керівника фіскального органу; пошкодження печаток, якими було опечатане включене до акта опису й арешту майно (приміщення, сховища тощо); дії, шляхом вчинення яких особа позбавляється майна (якщо скоєне не може розцінюватись як знищення майна).

Так, Веселинівський районний суд Миколаївської області кваліфікував за ч. 2 ст. 388 КК України дії особи, яка з території власного домоволодіння на смітник за село вивезла металобрухт вагою 300 кг. Цей металобрухт на підставі вироку, яким вказану особу було засуджено за вчинення злочину, передбаченого ст. 213 КК України, підлягав конфіскації³⁸³.

В будь-якому разі перераховані в чинній редакції ч. 1 ст. 388 КК України незаконні дії порушують правовий режим особливого майна. Диспозицією цієї кримінально-правової норми не охоплюються випадки невиконання ухвал суду про застосування відмінних від накладення арешту на майно заходів до забезпечення позову у цивільному та господарському процесі (заборона вчиняти певні дії, встановлення обов'язку вчинити певні дії, заборона іншим особам здійснювати платежі або передавати майно відповідачеві, передача на зберігання іншим особам речі, яка є предметом спору, тощо).

Завершуючи розгляд останнього виду дій, про які йдеться в ст. 388 КК України, хотілося б звернути увагу на те, що вони описані законодавцем за допомогою конструкції «або інші незаконні дії з майном, на яке накладено

³⁸³ Архів Веселинівського районного суду Миколаївської області. Справа № 1/1406/25 за 2012 р.

арешт, із заставленим майном або майном, яке описано». Аналіз цієї конструкції дозволяє стверджувати, що вона не тільки описує ще один вид суспільно небезпечної поведінки винного, а і несе в собі чималої іншої інформації, важливої як для правильного розуміння змісту ст. 388 КК України, так і її застосування. По-перше, в ній окреслено коло тих видів майна, яке може бути предметом складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України. По-друге, розділовий сполучник «або», за допомогою якого цю конструкцію введено до тексту кримінального закону, вказує на те, що відповідальність за ст. 388 КК України настає за вчинення хоча б однієї з названих у ч. 1 ст. 388 КК України дій. По-третє, зі змісту розглядуваної конструкції випливає, що злочин, описаний як ч. 1, так і ч. і 2 ст. 388 КК України, може вчинятися лише шляхом дії. З цього приводу в літературі можна прочитати, що з об'єктивної сторони аналізований злочин може бути вчинений тільки шляхом активної поведінки, яка полягає у вчиненні хоча б однієї з декількох альтернативно зазначених у диспозиції дій³⁸⁴.

Нарешті, саме конструкція «або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано» вказує на те, що кримінально караними за ст. 388 КК України є виключно незаконні дії винного. Законодавець вказав не на «протиправність» розглядуваних дій, а на їх «незаконність». Ураховуючи ту обставину, що далеко не всі випадки протиправної поведінки з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано, можуть бути встановлені з тексту саме *законів* (наприклад, про протиправність дій з коштами, на які накладено решт, як правило, свідчать або положення глави 10 Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, або приписи глави 6 Положення про порядок

³⁸⁴ Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 171.

Насправді це не завжди так: вище йшлося про те, що, наприклад, знищення та пошкодження майна, каране за ст. 388 КК України, може здійснюватись і шляхом бездіяльності. І цю обставину варто брати до уваги при вдосконаленні кримінального закону.

Тут також не буде зайвим пригадати тезу С.В. Землюкова про те, що шляхом вчинення злочинної дії можливе заподіяння чотирьох типів шкідливих змін об'єкта посягання (типів шкоди): створення шкідливого продукту; збереження шкідливої події (стану); втрата суспільно корисного блага; ненастання суспільно корисного блага. Два останні типи шкоди можуть бути заподіяні і злочинною бездіяльністю (див.: Землюков С.В. Уголовно-правовые проблемы преступного вреда. – Новосибирск: Изд-во Новосибирского ун-та, 1991. – С. 29–46).

виконання банками документів на переказ, примусове списання і арешт коштів в іноземних валютах та банківських металів), вважаємо, що в цьому випадку законодавець скоріш за все мав на увазі протиправний характер діянь щодо майна, яке має спеціальний статус. Із цього ми і виходитимемо надалі.

Не дивлячись на сказане вище, пропонуємо відмовитись від конструкції «або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано» в аспекті *de lege ferenda*, оскільки вважаємо, що перелік злочинних діянь в інтересах забезпечення законності і реалізації принципів криміналізації має бути вичерпним. Звичайно, навести вичерпний перелік протиправних дій із майном, на яке накладено арешт, заставленим майном або майном, яке описано чи підлягає конфіскації, надзвичайно складно (щоб не сказати – неможливо), адже порушити обов'язки щодо збереження такого майна можна в будь-який спосіб, і навряд чи потрібно.

Як бачимо, щодо злочинних діянь з майном, на яке накладено арешт, майном, яке описано чи підлягає конфіскації, гостро стоїть проблема, яку Ю.В. Баулін справедливо позначив як проблему «золотої середини» при описанні певної злочинної поведінки: «З одного боку, необхідно ясно і зрозуміло визначити ознаки і межі поведінки, яка визнається злочинною, а з іншого – не допустити прогалини у визначенні певного виду суспільно небезпечної поведінки як злочину»³⁸⁵.

Використання законодавчої конструкції «або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано» має своїм наслідком невизначеність складів розглядуваного злочину, а також ускладнює розмежування злочинної і незлочинної поведінки. Це: суперечить принципу законності як одному з основних принципів юридичної відповідальності; не узгоджується зі ст. 57 Конституції України, відповідно до якої кожному гарантується право знати в т. ч. свої обов'язки; ускладнює виконання КК України такого завдання, як запобігання злочинам, адже потенційний злочинець не має чіткої інформації про суть кримінально караної

³⁸⁵ Баулін Ю. Тенденції розвитку сучасного кримінального права України // Юридичний вісник України. – 14 – 20 квітня 2007 р. – № 15.

поведінки. Хіба не про закони, подібні до ст. 388 КК України, Чезаре Беккарія писав: якщо тлумачення законів зло, то їх темнота, яка примушує займатись тлумаченням, зло не менше; громадянин, не здатний оцінити ступінь своєї свободи, потрапляє в залежність від купки утаємничених, а незрозумілий народу текст закону перетворює кодекс із книги, що поважається усіма, в книгу, доступну лише для вузького кола осіб³⁸⁶.

На нашу думку, відмова від конструкції «або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано» не призведе до законодавчих прогалин, оскільки дії, наразі охоплювані нею, і надалі визнаватимуться злочинними (наприклад, незаконне передавання майна іншим особам, не пов'язане з передачею права власності на майно, зможе розцінюватись як незаконна розтрата майна).

Водночас вважаємо за неправильне виключити з диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України вказівку на конкретні прояви незаконних дій із майном, що є предметом злочину, передбаченого цією нормою, виходячи з того, що такі дії, як розтрата, відчуження, приховування, підміна та пошкодження охоплюються узагальнюючим поняттям «незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано». Як ми вже зазначали, перелік злочинних діянь має бути вичерпним і конкретизованим. До речі, під час застосування кримінального закону в цій частині правозастосовні органи, як правило, керуються прямою вказівкою на конкретний вид суспільно небезпечного посягання на певне майно.

Висловлювання О.О. Соболевої про те, що «об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, може полягати як у діях, так і в бездіяльності з приховування або іншого ухилення від виконання рішення суду щодо конфіскації майна»³⁸⁷, є проявом некритичного запозичення чужого (ч. 2 ст. 312 КК РФ) законодавчого матеріалу.

³⁸⁶ Беккарія Ч. О преступлениях и наказаниях / Сост. и предисл. В.С. Овчинского. – М.: ИНФРА–М, 2008. – С. 94.

³⁸⁷ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 122.

З проведеного вище аналізу однозначно випливає, що диспозиції ч. 1 і ч. 2 ст. 388 КК України є бланкетними. Нагадаємо, що використання бланкетних диспозицій кримінально-правових норм є одним зі специфічних прийомів законодавчого описання злочинних діянь. Застосування таких диспозицій передбачає звернення до норм інших галузей законодавства, які конкретизують ознаки складів злочинів, названих або частково описаних у КК України. При кваліфікації злочинів, передбачених нормами із бланкетними диспозиціями, повинні встановлюватись ознаки, які містяться не лише у кримінальному законі, а і в інших нормативних актах, і за обов'язковістю встановлення ці ознаки є однаковими. Як специфічний прийом законодавчої техніки бланкетність дозволяє не загромаджувати текст КК України положеннями регулятивного законодавства, ґрунтується на системному характері права і взаємозв'язку його галузей і норм, відповідає вимогам стабільності, гнучкості і компактності КК, слугує уніфікації законодавства за умов ускладнення й диференціації охоронюваних кримінальним законом правовідносин і водночас виводить кримінально-правові заборони на міжгалузеву орбіту, сприяє зменшенню кількості оціночних ознак у КК. Не дивлячись на вказані переваги, добре відомі фахівцям, бланкетний спосіб викладення диспозицій у статтях Особливої частини КК має і свої вади, породжує серйозні проблеми як теоретичного, так і практичного характеру³⁸⁸.

Вказівка на *незаконні* дії має важливе значення для правильного розуміння змісту ст. 388 КК України, адже чинне законодавство передбачає можливість вчинення стосовно майна, зазначеного в частинах 1 і 2 ст. 388 КК України, правомірних дій, які складу досліджуваного злочину не утворюють. Так, платник податків має право відчужувати описане майно, що перебуває у податковій заставі, зокрема, за згодою державного фіскального органу або в тому разі, коли цей орган протягом 10 днів з моменту отримання відповідного

³⁸⁸ Більш докладно про проблеми бланкетності у кримінальному праві див., зокрема: 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; 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.

звернення не надав платнику податків відповіді щодо надання (ненадання) згоди. Митні органи мають право розпоряджатись конфіскованим за рішенням суду майном, яке швидко псується або має обмежений строк зберігання (сільськогосподарська продукція, продукти харчування, строк вживання яких закінчується, живі квіти і тварини тощо). Швидкопсувне майно передається митним органом для реалізації, а за наявності ознак псування, непридатності для використання чи загрози санітарно-епідеміологічному благополуччю населення – для утилізації, знищення або на перероблення³⁸⁹.

При з'ясуванні того, які дії із заставленим майном є правомірними, а які – незаконними, а отже, такими, що можуть тягнути за собою відповідальність за досліджуваною статтею КК, слід враховувати положення цивільного законодавства, присвячені володінню, користуванню та розпорядженню предметом застави. Зокрема, за ч. 1 ст. 388 можуть кваліфікуватись такі дії іпотекодавця, вчинені без згоди іпотекодержателя: зведення, знищення або проведення капітального ремонту будівлі (споруди), розташованої на земельній ділянці, що є предметом іпотеки; передача предмета іпотеки у наступну іпотеку; відчуження предмета іпотеки; передача предмета іпотеки в спільну діяльність, лізинг, оренду, користування тощо.

Г.З. Яремко висловила думку про те, що диспозиція ч. 1 ст. 388 КК України, в якій йдеться, зокрема, про інші незаконні дії з відповідним майном, є одним із тих випадків, коли бланкетності фактично можна було уникнути. З аналізу чинного законодавства, вважає авторка, випливає, що обмеження стосовно майна, на яке накладено арешт, яке описано чи підлягає конфіскації, можуть бути двох видів – пов'язані із заборонаю розпорядження майном і пов'язані із заборонаю користуватись ним. У зв'язку з цим пропонується диспозицію ч. 1 ст. 388 КК України викласти описовим способом у такій редакції: «Розпорядження майном, на яке накладено арешт або яке описано,

³⁸⁹ Докладніше про це див.: Порядок обліку, зберігання, оцінки вилученого митними органами майна, щодо якого винесене рішення суду про конфіскацію, передачі його органам державної виконавчої служби і розпорядження ним, затверджений постановою КМУ від 26 грудня 2001 р. № 1724.

чи порушення обмеження права користуватись таким майном, здійснене особою, якій це майно ввірено...»³⁹⁰.

Прагнення Г.З. Яремко знизити рівень бланкетності кримінального закону (особливо через кричущу нестабільність регулятивного законодавства) заслуговує на всіляку підтримку. Разом з тим повністю уникнути бланкетності при описанні складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України, навряд чи вдасться. На наш погляд, викладена вище редакція диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України не повною мірою враховує ту обставину, що стосовно описаного, арештованого чи заставленого майна особою, якій воно ввірено, можуть бути вчинені цілком правомірні діяння, що означають розпорядження або користування вказаним майном (див. про це вище)³⁹¹. Словосполучення «порушення обмеження права користуватись майном», яке Г.З. Яремко пропонує залишити в удосконаленій ч. 1 ст. 388 КК України та яке ми, навпаки, пропонуємо виключити з тексту КК, передбачає звернення до положень регулятивного законодавства в частині встановлення випадків обмеження права користуватись майном, а тому, вочевидь, не позбавлене бланкетного характеру. Крім цього, звороти «розпорядження майном» і «порушення обмеження права користуватись майном» не зовсім підходять для описання таких злочинних діянь щодо майна з особливим правовим статусом, як його приховування, знищення та пошкодження.

Продовжуючи розгляд ознак об'єктивної сторони, слід звернути увагу на те, що як серед українських, так і серед російських криміналістів немає єдності у вирішенні питання, якими ж є склади злочинів, описаних ст. 388

³⁹⁰ 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. 173–174.

³⁹¹ Цікаво, що О.О. Соболева навіть визначає законні дії з майном, що має особливий правовий статус, розуміючи під ними «встановлений законом та іншими нормативними актами порядок здійснення реалізації, безоплатної передачі, утилізації, знищення чи переробки арештованого, заставленого чи описаного майна, або майна, що підлягає конфісковане за рішенням суду» (див.: Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 114).

КК України і ст. 312 КК РФ, – формальними, матеріальними чи так званими формально-матеріальними³⁹².

Частина науковців (наприклад, В.А. Головчук, А.І. Друзін, В.П. Малков, Ш.С. Рашковська, О.О. Соболева, П.В. Тепляшин, М.В. Феоктистов) переконана в тому, що діяння, описувані в ст. 388 КК України (ст. 312 КК РФ), є злочинами з формальним складом. Наприклад, О.О. Соболева, виходячи з того, що законодавча конструкція ст. 388 КК України не містить прямої вказівки на наслідки (шкоду), а заподіяння організаційної шкоди органам, які відправляють правосуддя, наступає з моменту вчинення зазначених у диспозиціях відповідних норм дій, стверджує (услід за А.А. Гулим³⁹³), що злочинні наслідки у вигляді майнової шкоди перебувають поза межами всіх складів злочинів проти правосуддя і не впливають на кваліфікацію вчиненого. Стверджується, що склади злочину, передбаченого ст. 388 КК України, могли вважатись матеріальними, якби в диспозиціях цієї статті було б вказано на шкоду, заподіяну розтратою, відчуженням, знищенням чи пошкодженням майна, яке арештоване, заставлене, описане чи підлягає конфіскації. Однак розмір заподіяної матеріальної шкоди не має значення для кваліфікації діянь, відповідальність за які передбачено в чинній редакції ст. 388 КК України³⁹⁴.

Інша група дослідників (наприклад, М.Н. Голоднюк, Г.Г. Криволапов, Ю.І. Кулешов, О.І. Чучаєв) вважають, що склади злочинів, передбачених

³⁹² Залежно від того, чи обов'язковими ознаками об'єктивної сторони є суспільно небезпечні наслідки, тобто залежно від конструкції складу злочину, всі злочини поділяються на злочини з формальним складом і злочини з матеріальним складом. Злочини з формальним складом – це злочини, для визнання яких закінченими достатньо самого факту скоєння суспільно небезпечного діяння. Злочини з формальним складом фактично можуть заподіювати суспільно небезпечні наслідки, але ці наслідки перебувають поза межами об'єктивної сторони складу злочину і на кваліфікацію не впливають. У таких випадках наслідки можуть враховуватись судом при призначенні покарання як обтяжуюча обставина або ж (за наявності до цього підстав) отримувати самостійну кримінально-правову оцінку за іншими нормами Особливої частини КК.

Вирішуючи, чи потрібно вказувати на суспільно небезпечні наслідки, законодавець при конструюванні кримінально-правової норми, крім всього іншого, бере до уваги можливість її застосування в реальних життєвих ситуаціях. У протилежному випадку кримінально-правова норма перетвориться на «мертву» (Глистин В.К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений (объект и квалификация преступлений). – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1979. – С. 101–102).

³⁹³ Гулий А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 111–113, 118.

³⁹⁴ Соболева О.О. Особливості конструкції складу злочину, передбаченого ст. 388 Кримінального кодексу України // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 947 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ww.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11cookku.pdf>; Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 116–120.

ст. 388 КК України (ст. 312 КК РФ), є матеріальними. Так, М.Н. Голоднюк вказує на те, що, хоч наслідки цих злочинів і не зазначені в законі, вони є обов'язковою ознакою розглядуваних складів злочинів, оскільки майнова шкода, що є наслідком розтрата, приховування, відчуження або інших незаконних дій з майном, має особливий процесуальний статус. Причинний зв'язок між шкідливими наслідками, що настали, і вчиненням зазначених у законі дій, є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони цього складу злочину³⁹⁵.

Нарешті такі науковці, як Г.Є. Болдарь, І.І. Давидович, О.П. Кузнєцов, Т.В. Кондрашева, Л.В. Іногамова-Хегай, та деякі інші криміналісти наголошують на тому, що склади злочинів, передбачених ст. 388 КК України і ст. 312 КК РФ, мають формально-матеріальну конструкцію. Зокрема І.І. Давидович пише: «Оскільки злочин по деяких формах вважається закінченим з моменту вчинення забороненого законом діяння (наприклад, приховування або підміни майна), а по деяких – передбачає настання наслідків у вигляді майнової шкоди (зокрема, у випадку розтрата, знищення або пошкодження майна), його склад можна визначити як формально-матеріальний»³⁹⁶. Раніше така ж точка зору висловлювалась одним з авторів цієї монографії в науково-практичному коментарі до ст. 388 КК України³⁹⁷.

Таким чином, суспільно небезпечні діяння, передбачені ст. 388 КК України, є злочинами із так званим формально-матеріальним складом, адже в одних випадках вони визнаються закінченими з моменту вчинення певної дії (зокрема, у випадку приховування майна або порушення обмеження чи обтяження права користуватись ним), а в інших – з моменту заподіяння майнової шкоди (зокрема, у випадку розтрата, знищення або пошкодження майна).

³⁹⁵ Голоднюк М.Н. Проблемы ответственности за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации // Научные труды РАЮН: в 3-х т. – 2003. – Вып. 3. – Т. 2. – С. 439.

³⁹⁶ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2-х томах / за заг ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид. переробл. та допов. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – Т. 2. – С. 476.

³⁹⁷ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 1105; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-тє вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1130.

Та обставина, що диспозиції ч. 1 і ч. 2 ст. 388 КК України не містять прямих вказівок на суспільно небезпечні наслідки, на нашу думку, не означає, що ці наслідки не впливають на кваліфікацію незаконних дій стосовно майна з особливим правовим статусом. У злочинах із матеріальним складом суспільно небезпечні наслідки передбачені як обов'язкова ознака об'єктивної сторони складу злочину (основного або кваліфікованого). Такі наслідки зафіксовані в диспозиції норми Особливої частини КК або впливають з неї і становлять собою заподіяну об'єкту кримінально-правової охорони шкоду, визначену у кількісному та (або) якісному відношенні. Тут доречно нагадати, що одним із способів позначення суспільно небезпечних наслідків у кримінальному законі є використання диспозицій норм КК України, в яких суспільно небезпечне діяння та його наслідок описуються одним і тим же поняттям (це, наприклад, стосується понять знищення і пошкодження майна³⁹⁸).

Завершуючи розгляд об'єктивних ознак складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України, хотілося б зазначити, що попри те, що зміст усіх діянь як щодо арештованого, описаного та заставленого майна, так і щодо майна, яке підлягає конфіскації, однаково виписано у диспозиціях ч. 1 і ч. 2 ст. 388 КК України, зміст цих ознак все ж повністю не збігається.

Із законодавчого визначення предмета злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України (майно, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили), зміст якого нами було розглянуто вище, випливає, що обов'язковою ознакою об'єктивної сторони цього складу злочину є час вчинення злочину. Як відомо, час учинення злочину – це певний відрізок (проміжок) часу, протягом якого відбувається суспільно небезпечне діяння і настають суспільно небезпечні наслідки³⁹⁹. Інакше кажучи, час вчинення злочину – певний часовий період, протягом якого вчинюється злочин.

³⁹⁸ «Термінологічна конструкція «знищення або 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» (див.: Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 1. – Луганськ: вид-во «Елтон – 2», 2012. – С. 423–424).

³⁹⁹ Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / за ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 144.

Ця ознака впливає на кваліфікацію лише в тих досить рідких випадках, коли вона вказана у диспозиції відповідної норми Особливої частини КК або впливає з неї (якраз така ситуація, на наш погляд, має місце в аналізованій нормі).

Часом учинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, є проміжок часу між моментом набрання рішенням (постановою, вироком) про конфіскацію майна законної сили і моментом фактичного виконання цього рішення відповідно до ст. 64 ЗУ «Про виконавче провадження» та Інструкції з організації примусового виконання рішень.

Ще однією обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України, вочевидь, слід визнавати місце вчинення злочину, яким у цьому разі виступає місцезнаходження майна з особливим правовим статусом. Разом з тим з усталеного розуміння місця вчинення злочину (це – певна територія, на якій вчинюється передбачене кримінальним законом суспільно небезпечне діяння) впливає, що зроблений нами висновок про обов'язковість цієї загалом факультативної ознаки об'єктивної сторони складу злочину не стосується такої незаконної дії, як здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт.

2. Суб'єктивні ознаки складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України

Будь-який склад злочину як специфічна законодавча модель вчинюваного діяння, крім об'єктивних ознак, має і суб'єктивні ознаки, які в теорії кримінального права розглядаються як ознаки суб'єкта та суб'єктивної сторони складу злочину.

Починаючи з аналізу загальних ознак суб'єкта складу злочину, слід зазначати, що в доктрині кримінального права це питання належить до числа найменш дискусійних, адже, з одного боку, за тривалий час його опрацювання науковцями було вироблено більш-менш усталену концепцію щодо розуміння

цього елемента складу злочину та його обов'язкових ознак, а, з іншого, чинний КК України містить легальне визначення цієї правової категорії, що переводить існуючі дискусії з цього питання із розряду практично значущих у розряд теоретичних. Ураховуючи ту обставину, що наше монографічне дослідження має головним призначенням не розгляд загальнотеоретичних питань, а з'ясування проблемних питань кримінальної відповідальності за незаконні з майном, на яке накладено арешт, заставленим майном або майном, яке описано чи підлягає конфіскації, в межах цього параграфу ми детально не зупинятимемося на існуючих проблемах суб'єкта злочину та перейдемо до характеристики його окремих ознак під кутом положень ст. 388 КК України.

Загалом питання про суб'єкт злочину, як справедливо зазначає В.Я. Тацій, за своєю суттю є питанням про особу, яка вчинила злочин і підлягає кримінальній відповідальності. Це прямо впливає з найменування Розділу IV Загальної частини КК України, що має назву «Особа, яка підлягає кримінальній відповідальності (суб'єкт злочину)»⁴⁰⁰. У розвиток цього вихідного твердження нагадаємо, що згідно з положеннями чинного кримінального законодавства України суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до КК України може наставати кримінальна відповідальність (ч. 1 ст. 18 КК України). Із цього випливає, що будь-який суб'єкт злочину має характеризуватися такими обов'язковими ознаками: 1) наявністю фізичної особи, яка вчинила діяння, передбачене Особливою частиною КК України; 2) осудністю такої особи; 3) досягненням особою віку, з якого відповідно до КК України може наставати кримінальна відповідальність. Як відомо, суб'єкт, який характеризується лише трьома, вказаними у ч. 1 ст. 18 КК України ознаками, у теорії кримінального права традиційно називається загальним.

Ухвалення ЗУ від 23 травня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності

⁴⁰⁰ Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / за ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 148; Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 139.

юридичних осіб» зобов'язує хоча б у стислому вигляді розглянути питання про визнання суб'єктом злочину юридичних осіб⁴⁰¹. Ми не відкидаємо як таку принципову можливість зміни КК України у напрямі розширення кола суб'єктів злочину за рахунок колективних утворень, і передусім з огляду на новітні міжнародно-правові документи, ратифіковані нашою державою. Українські науковці, як відомо, розділись на супротивників і прихильників ідеї кримінальної відповідальності організацій. Ця завідомо контраверсійна і концептуальна проблема досліджувалась у численних наукових працях, включаючи монографічні⁴⁰², через що ми не вважаємо за потрібне викладати та аналізувати тут відповідні аргументи «за» і «проти». Цілком очевидно, що чергова спроба фрагментарного вирішення фундаментальної проблеми відповідальності організації за порушення кримінально-правових заборон, яку уособлює згаданий вище ЗУ від 23 травня 2013 р., зазнаватиме (і вже зазнає⁴⁰³) серйозної критики з боку науковців. Хоча, на нашу думку, основна дилема лежить у цьому разі у правозастосовній площині: інститут кримінальної відповідальності організацій передбачає сумлінність правозастосувача, його правову культуру, політичну та економічну незаангажованість. У протилежному випадку відповідна законодавча матерія, навіть виписана з теоретичної точки зору максимально якісно і виважено, перетвориться в зручний засіб перерозподілу власності і ведення недобросовісної конкуренції.

⁴⁰¹ В Україні до юридичних осіб, починаючи з 1 вересня 2014 р., судом можуть бути застосовані такі заходи кримінально-правового характеру, як штраф, конфіскація майна та ліквідація; причому штраф та ліквідація можуть застосовуватися лише як основні заходи кримінально-правового характеру, а конфіскація майна – як додатковий.

⁴⁰² Михайлов О.О. Юридична особа як суб'єкт злочину: іноземний досвід та перспективи його використання в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 16 с.; Пасека О.Ф. Кримінальна відповідальність юридичних осіб: порівняльно-правове дослідження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – 20 с.; Сотніченко В.С. Юридична особа як суб'єкт кримінальної відповідальності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 18 с.

⁴⁰³ Див., наприклад: Стрельцов Є. Нове «обличчя» у кримінальному праві чи нове обличчя кримінального права... // Юридичний вісник України. – 22 – 28 червня 2013 р. – № 25; Панов М., Харитонов С. «Заходи кримінально-правового впливу» як новела у кримінальному законодавстві України // Юридичний вісник України. – 22 – 28 лютого 2014 р. – № 8; Берзін П.С., Гацелюк В.О. Окремі проблеми застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10 – 11 жовтня 2013 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 153–158; Радутний О.Е. Вчинення злочину від імені та в інтересах юридичної особи // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовтня 2013 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 244–248; Лиховая С.Я. Уголовная ответственность юридических лиц по законодательству Украины // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. – 2014. – № 2. – С. 115–161.

Поряд із визначенням загального суб'єкта злочину кримінальний закон містить і визначення спеціального суб'єкта, яким є фізична осудна особа, яка вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа (ч. 2 ст. 18 КК України).

Порівняльний аналіз наведених визначень загального та спеціального суб'єктів злочину дозволяє зробити висновок про те, що спеціальним суб'єктом злочину є особа, якій, крім ознак загального суб'єкта злочину, притаманні і додаткові (спеціальні ознаки), що стосуються її службового становища, професії, зайняття певною діяльністю, статі тощо. Ці ознаки або прямо зазначені в статтях Особливої частини КК України чи примітках до них, або однозначно впливають зі змісту конкретної кримінально-правової заборони. Так, Д.В. Бараненко, досліджуючи поняття спеціального суб'єкта, виділяє дві групи спеціальних суб'єктів за формою відображення ознак у кримінальному законі та за юридичним змістом ознак, а також виокремлює чотири групи ознак спеціальних суб'єктів (службове становища особи, положення особи у господарських відносинах, вчинення особою злочину раніше, виконання особою спеціальних функцій)⁴⁰⁴.

Принагідно зауважимо, що окремі вітчизняні дослідники не зовсім послідовно вирішують питання, чи можуть ознаки спеціального суб'єкта злочину не вказуватись у диспозиції кримінально-правової норми, а впливати з неї, встановлюватись шляхом її тлумачення. Так, Д.М. Горбачов, критикуючи В.В. Устименка, пише, що відповідні ознаки мають бути визначені у диспозиціях статей КК, «адже їх відсутність унеможливить констатацію суб'єкта злочину як спеціального»⁴⁰⁵. Такий же підхід знаходить відображення в авторській редакції ч. 6 ст. 29 КК України, де використовується формулювання «особа, що не має спеціальних ознак суб'єкта злочину,

⁴⁰⁴ Бараненко Д.В. Спеціальний суб'єкт злочину: кримінально-правовий аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 8.

⁴⁰⁵ Горбачов Д.М. Співучасть у злочинах із спеціальним суб'єктом (на прикладі злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – С. 18.

зазначених у відповідній статті Особливої частини цього Кодексу...»⁴⁰⁶. Водночас Д.М. Горбачов не виключає (і з цим варто погодитись) існування випадків, коли ознаки, притаманні спеціальним суб'єктам, нормативно не визначені, а також підтримує поділ таких суб'єктів на нормативні і фактичні⁴⁰⁷. Автори цих рядків, як уже зазначалось, підтримують сформульовану у кримінально-правовій доктрині тезу про існування різновиду спеціальних суб'єктів злочину з нормативно невизначеними ознаками.

Тепер з'ясуємо, якими (загальними чи спеціальними) є суб'єкти злочинів, описаних частинами 1 і 2 ст. 388 КК України.

Нагадаємо, що ч. 1 ст. 388 КК передбачає відповідальність за розтрату, відчуження, приховування, підміну, пошкодження, знищення майна або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано, чи порушення обмеження (обтяження) права користуватися таким майном, *здійснене особою, якій це майно ввірено*, а також здійснення *представником банку або іншої фінансової установи* банківських операцій з коштами, на які накладено арешт.

Аналіз наведеної диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України під кутом положень, закріплених у частинах 1 і 2 ст. 18 КК України, дозволяє стверджувати, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, є спеціальним, адже ним може бути лише: а) особа, якій ввірено майно, на яке накладено арешт, заставлене майно або майно, яке описано; б) особа, яка є представником фінансової установи. Таку ж позицію обстоюють і інші дослідники положень ст. 388 КК України⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Горбачов Д.М. Співучасть у злочинах із спеціальним суб'єктом (на прикладі злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – С. 190.

⁴⁰⁷ Горбачов Д.М. Співучасть у злочинах із спеціальним суб'єктом (на прикладі злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – С. 19, 20, 32–33.

⁴⁰⁸ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2-х томах / за заг ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид. переробл. та допов. – К. : Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – Т. 2. – С. 476; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 9-тє вид., переробл. і допов. – К. : Юридична думка, 2012. – С. 1130; Головчук В. Предмет та суб'єкт незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації, потребують розширення // Право України. – 2010. – № 1. – С. 194–199; Лагнюк О.М. Суб'єкт незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації (ст. 388 КК України) // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнародної

Ч. 2 ст. 388 КК України не містить жодних застережень щодо суб'єкта описуваного нею складу злочину (тут йдеться про «Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили...»), що дає підстави визнавати суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, загальним, тобто таким, якому притаманні лише три, зазначені в ч. 1 ст. 18 КК України ознаки. Слід погодитись із Л.В. Лобановою в тому, що з погляду заподіяння шкоди об'єкту аналізованого злочину немає великої різниці, наприклад, між знищенням майна, вчиненим особою, якій це майно було передано на зберігання, і знищенням цього майна засудженим, який зберігачем майна не призначався⁴⁰⁹. «... на відміну від ч. 1 ст. 388 КК України, у ч. 2 цієї статті не вказується на процедурний аспект, що виражається у офіційній передачі майна, яка підлягає конфіскації, особі на зберігання з попередженням цієї особи про неприпустимість вчинення певних дій з таким майном»⁴¹⁰.

Щоправда, деякі автори, вирішуючи питання про особу, яка підлягає кримінальній відповідальності за дії, описані частинами 1 і 2 ст. 388 КК України, узагальнюючи, пишуть, що суб'єкт злочину, передбаченого ст. 388 КК України, є спеціальним⁴¹¹. Із таким підходом погодитися складно, адже він

науково-практичної конференції (Луганськ, 20–21 травня 2011 року) / редкол. Г.Є. Болдарь, А.О. Данилевський, О.О. Дудоров та ін. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 282–285.

Разом з тим у доктрині зустрічається пропозиція *de lege ferenda* притягувати до кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 388 КК України і тих осіб, яким майно не ввірялося на відповідальне зберігання, але які поінформовані про рішення компетентних органів (осіб) щодо правового режиму майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане (див.: Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 131, 140, 180; Головчук В.А. Кримінально-правова охорона порядку виконання судових рішень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 5, 12, 15).

На наш погляд, реалізація такої пропозиції, яка означатиме перетворення суб'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, зі спеціального в загальний, призведе до ускладнення розмежування суміжних складів злочинів. Щонайменше ця наукова ідея, яка поділяється окремими російськими авторами (див., наприклад: Виноградов Д.Ю. Незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту (уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Тюмень, 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lawtheses.com/nezakonnye-deystviya-v-otnoshenii-imuschestva-podvergnutogo-opisi-ili-adresatu>), потребує докладного опрацювання.

⁴⁰⁹ Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 438 (автор глави – Л.В. Лобанова).

⁴¹⁰ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 127.

⁴¹¹ Див., наприклад: Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х. : «Одіссей», 2007. – С. 1050; Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова,

не враховує тієї обставини, що ч. 2 ст. 388 КК України описує, як уже зазначалось, не кваліфікований склад злочину, а другий основний склад злочину в межах однієї статті. Тому ознаки суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, слід аналізувати окремо.

Деякі науковці вважають, що суб'єкт незаконних дій із майном, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, також є спеціальним. Наприклад, А.А. Гулий пише, що, хоч у диспозиції ч. 2 ст. 312 КК РФ (аналог ч. 2 ст. 388 КК України) безпосередньо і не йдеться про ознаки спеціального суб'єкта описуваного нею складу злочину, він є саме таким. На думку вказаного криміналіста, ознаки спеціального суб'єкта в цьому разі законодавець дає не прямо, а через зміст кримінально-правової заборони, яка, зокрема, вимагає, щоб особа, яка вчинила певне діяння, була обізнана про те, що відповідне майно є конфіскованим⁴¹².

Не оспорюючи тези згаданого автора про те, що для настання кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 312 КК РФ (за ч. 2 ст. 388 КК України) необхідне усвідомлення винним того факту, що майно, яке виступає предметом злочину, є конфіскованим, водночас зазначимо, що ця ознака характеризує не стільки суб'єкта злочину, скільки його суб'єктивну сторону. Цілком очевидно, що обізнаність про правовий режим такого майна може бути лише результатом психічної діяльності людини (зокрема, її свідомості), яка в законодавчій моделі складу злочину повинна відображатися в межах ознак суб'єктивної сторони. У зв'язку з цим вважаємо, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, є загальним, а його суб'єктивна сторона (як законодавча модель психічної діяльності такої особи та її результатів), як і суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, включає в себе усвідомлення

В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2013. – Т. 2: Особлива частина. – С. 889–890; Лагнюк О.М. Суб'єкт незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації (ст. 388 КК України) // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Луганськ, 20–21 травня 2011 року) / редкол. Г.Є. Болдарь, А.О. Данилевський, О.О. Дудоров та ін. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 282–285; Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 119.

⁴¹² Гулий А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, повергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 137–138.

винним правового режиму цього майна (докладніше про це йтиметься нижче).

Переходячи до безпосереднього аналізу ознак суб'єктів злочинів, описаних частинами 1 і 2 ст. 388 КК України, зазначимо, що ними можуть бути лише фізичні особи, тобто люди. Така ознака суб'єкта злочину виключає можливість притягнення до кримінальної відповідальності неживих предметів, тварин, юридичних осіб тощо. Тому навіть у тому випадку, коли дії, зазначені в ч. 1 або ч.2 ст. 388 КК України, вчинятимуться від імені юридичної особи (наприклад, розтрата у вигляді укладення і здійснення договорів купівлі-продажу, міни, дарування), кримінальній відповідальності підлягатиме не юридична особа, а ті фізичні особи, які є суб'єктами цих злочинів, та у діях яких наявний склад злочину, передбаченого ч. 1 або ч. 2 ст. 388 КК України.

Аналіз диспозицій частин 1 і 2 ст. 388 КК України через призму ознак юридичного та медичного критеріїв осудності суб'єкта злочину дозволяє зробити такі висновки:

1) суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині розтрата, відчуження, приховування, підміни, пошкодження, знищення майна або інших *незаконних дій із майном, на яке накладено арешт або майном, яке описано*, чи порушення обмеження права користуватися таким майном може бути особа, якій воно ввірене, та рівень розвитку психічних функцій якої забезпечує можливість: а) усвідомлювати, що виконувані нею дії є незаконними, а майно – арештованим чи описаним (усвідомлення фактичного характеру вчинюваних дій); б) усвідомлювати, що, виконуючи такі дії, вона спричиняє шкоду авторитету органів державної влади, які наділені компетенцією щодо накладення арешту на майно, його опису та встановлення обмеження права користуватися таким майном (усвідомлення суспільної небезпеки вчинюваних дій); в) керувати своїми діями, вчинюваними щодо майна, на яке накладено арешт або майна, яке описано (здатність керувати своїми діями).

2) суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині розтрата, відчуження, приховування, підміни, пошкодження, знищення майна

або інших *незаконних дій із заставленим майном* чи порушення обтяження права користуватися таким майном може бути особа, якій воно ввірене, та рівень розвитку психічних функцій якої забезпечує можливість:

- а) усвідомлювати, що виконувані нею дії є незаконними, а майно – заставленим (усвідомлення фактичного характеру вчинюваних дій);
- б) усвідомлювати, що, виконуючи такі дії, вона порушує встановлений законодавством порядок забезпечення цивільно-правових або майново-господарських зобов'язань заставою в частині виконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків (усвідомлення суспільної небезпеки вчинюваних дій);
- в) керувати своїми діями, вчинюваними щодо заставленого майна (здатність керувати своїми діями).

3) суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині вчинення *банківських операцій з коштами, на які накладено арешт*, може бути особа, яка є представником фінансової установи, рівень розвитку психічних функцій якої забезпечує можливість:

- а) усвідомлювати, що виконувана нею видаткова банківська операція є незаконною, а кошти – арештованими (усвідомлення фактичного характеру вчинюваних дій);
- б) усвідомлювати, що виконуючи такі дії, вона спричиняє шкоду авторитету органів державної влади, які наділені компетенцією щодо накладення арешту на кошти, які знаходяться на рахунках фінансових установ (усвідомлення суспільної небезпеки вчинюваних дій);
- в) керувати своїми діями під час вчинення видаткової банківської операції з коштами, на які накладено арешт.

4) суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, може бути особа, рівень розвитку психічних функцій якої забезпечує їй можливість:

- а) усвідомлювати, що виконувані нею дії (розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення тощо) є незаконними, а майно – конфіскованим (усвідомлення фактичного характеру вчинюваних дій);
- б) усвідомлювати, що, виконуючи такі дії, вона порушує встановлений порядок виконання рішень судів в частині конфіскації майна, а також спричиняє шкоду праву власності держави на це майно (усвідомлення суспільної небезпеки

вчинюваних дій); в) керувати своїми діями, вчинюваними щодо конфіскованого майна (здатність керувати своїми діями).

Така досить розгорнута характеристика осудності всіх видів суб'єктів злочинів, описаних частинами 1 і 2 ст. 388 КК України, має, на наш погляд, важливе значення, адже особа, яка через хворобу не здатна до відповідних психічних функцій, не може бути суб'єктом того чи іншого діяння, описаного ст. 388 КК України, оскільки згідно з ч. 2 ст. 19 КК України не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка під час вчинення суспільно небезпечного діяння перебувала в стані неосудності, тобто не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки.

Вирішуючи питання кримінальної відповідальності обмежено осудних осіб⁴¹³ за вчинення злочину, передбаченого ст. 388 КК України, слід мати на увазі, що окремі форми об'єктивної сторони цього злочину потребують достатньо високого рівня розвитку психічних функцій людини, що, на нашу думку, мінімізує можливість їх учинення обмежено осудними особами. Так, важко собі уявити ситуацію, за якої психічно хвора особа працювала б у банку чи іншій фінансовій установі, зберігала здатність до виконання своїх професійних функцій (зокрема, здійснювати банківські операції), але при цьому втратила здатність повною мірою усвідомлювати свої дії щодо вчинення

⁴¹³ У ч. 1 ст. 20 КК України зазначено, що обмежено осудною може бути визнана особа, яка під час вчинення злочину, через наявний у неї психічний розлад, не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними. Обмежена осудність (так само як осудність та неосудність) характеризується двома критеріями – медичним (біологічним) і юридичним (психологічним), сукупність яких і дає підстави для визнання особи обмежено осудною. Медичний критерій обмеженої осудності вказує на наявність у винного певного психічного розладу (різного роду психопатії, невротичні розлади, розлади особистості, залишкові явища черепно-мозкових травм тощо). Юридичний критерій обмеженої осудності складається із двох ознак – інтелектуальної (нездатність особи повною мірою усвідомлювати свої дії чи бездіяльність) та (або) вольової ознаки (нездатність особи повною мірою керувати ними).

Вважається, що закріплення категорії обмеженої осудності на законодавчому рівні сприяє диференціації ознак окремих психічних розладів, більш точному діагнозу суміжних психічних станів людини, поліпшенню взаємодії юристів, психологів і психіатрів у виробленні індивідуального підходу до оцінки злочину, вчиненого осудним суб'єктом із психічними аномаліями. Разом з тим запровадження у легальний обіг положень про обмежену осудність та її кримінально-правове значення призвело до активізації з новою силою гострої свого часу дискусії стосовно цього явища, в ході якої ставляться питання не лише про співвідношення обмеженої осудності із суміжними кримінально-правовими поняттями та її вплив на кримінальну відповідальність, а і взагалі про доцільність законодавчого виокремлення цього кримінально-правового поняття.

видаткової банківської операції або керувати такими діями.

Інші ж, менш складні дії (наприклад, знищення чи пошкодження конфіскованого майна), з нашої точки зору, можуть учиняти і обмежено осудні особи, хоча у досліджених нами кримінальних справах таких фактів встановлено не було. Більше того: в жодній із проаналізованих нами кримінальних справ не ставилося навіть питання про психічну неповноцінність винного.

Наступною обов'язковою ознакою суб'єкта будь-якого зі злочинів, передбачених частинами 1 і 2 ст. 388 КК України, є досягнення особою віку, з якого згідно з КК України може наставати кримінальна відповідальність.

КК України, як відомо, закріплює диференційований підхід щодо цієї ознаки суб'єкта злочину, встановлюючи як загальний, так і спеціальний вік. Установлюючи загальний вік з 16 років, законодавець виходить з того, що в цьому віці рівень розвитку психічних функцій здорової людини надає їй можливість усвідомлювати та оцінювати як фактичну, так і соціальну суть будь-яких своїх вчинків. При цьому за вчинення злочинів, вичерпний перелік яких міститься в ч. 2 ст. 22 КК України, передбачено спеціальний, «знижений вік кримінальної відповідальності» – з 14 років.

З ч. 2 ст. 22 КК України випливає, що злочин, передбачений ст. 388 КК України, не входять до переліку тих суспільно небезпечних діянь, за вчинення яких настає кримінальна відповідальність з 14 років, а це дає можливість припустити, що кримінальна відповідальність за вчинення цих діянь настає лише з 16 років. Це припущення не спростовує і аналіз змісту диспозицій частин 1 і 2 ст. 388 КК України. Так, у ч. 2 ст. 388 КК України взагалі не йдеться про суб'єкта злочину, а зміст описуваного нею діяння не дає жодних підстав для висновку про те, що його характер (незаконні дії з конфіскованим майном) вимагає від свого суб'єкта набуття певних прав, спеціального становища або іншого статусу, нерозривно пов'язаного з досягненням більш зрілого віку.

Ч. 1 ст. 388 КК України вимагає від суб'єкта описуваного нею злочину набуття певного статусу (статусу особи, якій ввірено арештоване, описане чи

заставлене майно, чи статусу особи, яка є представником фінансової установи), однак цей статус, як свідчить аналіз регулятивного законодавства, не пов'язаний з обов'язковим досягненням особою більш зрілого віку.

З цього випливає, що за вчинення діянь, описаних частинами 1 і 2 ст. 388 КК України, передбачено загальний 16-річний вік, із досягненням якого можлива кримінальна відповідальність. Така позиція є виваженим рішенням українського законодавця, адже, з одного боку, ці діяння є непростими для усвідомлення їх характеру та суспільної небезпеки особами меншого віку, проте, з іншого, вони не характеризуються ні підвищеним ступенем суспільної небезпеки, ні розповсюдженістю серед осіб молодшого віку. Про це свідчить, крім усього іншого, проведений нами аналіз кримінальних справ, розглянутих за ст. 388 КК України.

Встановлення загального (16-річного), а не підвищеного (18-річного) віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність за вчинення злочинів, описаних частинами 1 і 2 ст. 388 КК України, є обґрунтованим рішенням і через те, що особи віком від 16 до 18 років цілком можуть бути зберігачами (хранителями) арештованого, описаного, заставленого та конфіскованого майна (регулятивне законодавство не забороняє їм це здійснювати)⁴¹⁴. Крім того, особи віком від 16 до 18 років можуть бути представниками банків та інших фінансових установ, адже трудова правосуб'єктність особи настає саме з 16 років (ч. 1 ст. 188 КЗпП України).

У зв'язку з цим складно погодитися з О.О. Соболевою, яка наполягає на тому, що вікову межу, з якої має наставати кримінальна відповідальність за злочин, передбачений ст. 388 КК України, необхідно змінити в бік збільшення – до 18 років. В обґрунтування своєї пропозиції авторка пише про те, що відповідно до ч. 1 ст. 34 ЦК України повну цивільну дієздатність має особа, яка досягла вісімнадцяти років, тобто повноліття. Саме повноліття особа, яка

⁴¹⁴ Визнаючи суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 312 КК РФ, і того, кому виповнилось 16 років, Л.В. Лобанова вказує, що це можливо з погляду процесуального та іншого законодавства, згідно з яким відбувається накладення арешту на майно, адже таке законодавство не містить заборони на передавання майна на відповідальне зберігання неповнолітнім (див.: Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 421 (автор глави – Л.В. Лобанова)).

здатна нести матеріальну відповідальність, може набувати право власності на державне та комунальне майно шляхом укладання цивільно-правового договору купівлі-продажу з подальшим його нотаріальним посвідченням. Також згідно зі ст. 10 ЗУ «Про виконавче провадження» особи, які не досягли 18-ти річного віку, не можуть бути представниками у виконавчому провадженні. Крім того, практично неможливо знайти шістнадцятилітнього підлітка, який наділений юридичною силою здійснювати банківські операції із коштами (вкладами), на які накладено арешт⁴¹⁵.

Для ініційованих О.О. Соболевою змін нами підстав не вбачається (той факт, що, як правило, винні у вчиненні досліджуваного злочину вже досягли 18-річного віку, ще не є достатньою підставою для декриміналізації цих кримінально караних діянь, вчинених 16-річними); до того ж такі зміни призведуть до того, що значна кількість суспільно небезпечних діянь залишиться поза сферою дії кримінального закону. Крім того, аналізоване рішення може стати причиною численних махінацій (зокрема, корупційних) з боку органів досудового розслідування, державних виконавців, працівників фіскальної служби, нотаріусів, посадових осіб органів місцевого самоврядування, адже «за необхідності» вони призначатимуть зберігачами (хранителями) майна саме осіб віком від 16 до 18 років. Аналогічні ситуації можуть мати місце і в банках та інших фінансових установах, адже «за необхідності» завжди можна знайти працівника віком від 16 до 18 років, який абсолютно безкарно вчинить видаткову банківську операцію з арештованими коштами на рахунку.

Задля справедливості зауважимо, що надалі О.О. Соболева відмовилась від своєї пропозиції підвищувати вік, з якого може наставати відповідальність за ст. 388 КК України, хоч, на її думку, важко собі уявити особу 16-річного віку суб'єктом злочину, передбаченого цією статтею.

⁴¹⁵ Соболева О.О. Кримінально-правовий аналіз суб'єкта злочину, передбаченого ст. 388 КК України // Вісник Луганського державного університету імені Е.О. Дідоренка. – 2008. – Спеціальний випуск № 6. – С. 109; Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 124.

Завершення аналізу загальних ознак суб'єктів злочину, описаного частинами 1 і 2 ст. 388 КК України, дозволяє перейти до характеристики додаткових ознак суб'єктів злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України. Суб'єктами описуваного цією нормою злочину можуть бути дві категорії фізичних осудних осіб, які досягли 16-річного віку: а) особи, яким ввірено майно, на яке накладено арешт, заставлене майно або майно, яке описано; б) особи, які є представниками фінансових установ.

Починаючи з такої специфічної ознаки, як «ввіреність майна, на яке накладено арешт або майна, яке описано» (ознаку ввіреності заставленого майна розглянемо трохи згодом), слід зазначити, що ця ознака є досить складною та не знайшла однакового розуміння серед криміналістів.

Узагальнюючий аналіз праць російських науковців дозволяє стверджувати, що переважна більшість із них під ввіреністю предмета цього злочину у ст. 312 КК РФ (аналог ст. 388 КК України) розуміє офіційне передавання арештованого чи описаного майна⁴¹⁶ винному.

Так, зазначається, що суб'єктами незаконних дій з арештованим чи описаним майном є особи, котрим таке майно було офіційно передане на зберігання, для чого складається відповідна постанова, та особа офіційно попереджається про кримінальну відповідальність за невиконання обов'язків щодо його зберігання⁴¹⁷. Л.В. Іногамова-Хегай, розглядаючи ознаку ввіреності арештованого чи описаного майна, пише, що визначальним моментом при визначенні наявності або відсутності цієї ознаки є процесуальний аспект – офіційне передавання арештованого чи описаного майна особі на зберігання, що оформляється протоколом, а також попередження особи про кримінальну відповідальність за ст. 312 КК РФ⁴¹⁸. Цю точку зору майже дослівно відтворюють інші дослідники⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Нагадаємо, що в ст. 312 КК РФ про заставлене майно не йдеться.

⁴¹⁷ Спектор Л. Преступления в сфере процессуальной деятельности суда и правоохранительных органов, совершаемые лицами, призванными по закону содействовать ей // Уголовное право. – 2005. – № 3. – С. 58.

⁴¹⁸ Преступления против правосудия / под ред. А.В. Галаховой. – М.: Норма, 2005. – С. 290–291.

⁴¹⁹ Бриллиантов А.В., Косевич Н.Р. Настольная книга судьи: преступления против правосудия. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 431.

Утім, попри найбільшу поширеність у російській кримінально-правовій літературі саме такого підходу щодо розуміння ввіреності арештованого чи описаного майна, хотілося б зазначити, що він (підхід) ґрунтується виключно на положеннях статей 115–116 КПК РФ і не враховує того факту, що арешт і опис майна в РФ може здійснюватись і на підставі інших нормативно-правових актів. Йдеться, зокрема, про рішення (ухвали) судів про накладення арешту на майно в межах цивільно-процесуального та господарсько-процесуального судочинства, які виконуються на підставі та в порядку, передбаченому ст. 53 Федерального закону РФ «Про виконавче провадження».

Тому більш вдалою в цьому сенсі видається позиція Ю.І. Кулешова, який вважає, що ввіреність арештованого чи описаного майна означає, що винний володіє ним на підставі спеціального доручення з боку державного органу або його представника. До такого доручення, на думку згаданого автора, слід віднести розписку особи про прийняття арештованого чи описаного майна на зберігання, в якій вона повинна бути попереджена про відповідальність за невиконання обов'язків щодо зберігання цього майна⁴²⁰. На аналогічні міркування натрапляємо в праці О.С. Горелика та Л.В. Лобанової, де не лише підтримується підхід Ю.І. Кулешова, а і докладно розкривається зміст тих обов'язків, що покладаються на зберігача арештованого чи описаного майна за чинним законодавством РФ⁴²¹.

В українській кримінально-правовій літературі це питання є менш розробленим і в значній частині праць взагалі оминається увагою⁴²². При цьому в роботах тих вітчизняних дослідників, які все ж тлумачили ознаку ввіреності арештованого чи описаного майна в межах ст. 388 КК України, акцентується увага не стільки на його передаванні винному, скільки на попередженні

⁴²⁰ Полный курс уголовного права: в 5 томах / под. ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки РФ А.И. Коробеева. – Т. V: Преступления против государственной власти. Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 301.

⁴²¹ Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 421–422.

⁴²² Див., наприклад: Селецький С.І. Кримінальне право України. Особлива частина: навчальний посібник. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – С. 364–365; Уголовное право Украины. Особенная часть: учебник / под ред. Е.Л. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2009. – С. 444–445.

винного про відповідальність за незбереження такого майна.

Так, І.І. Давидович пише, що відповідно до закону⁴²³ під час провадження опису, арешту або вилучення майна як приватні особи, так і представники організацій, яким це майно передається (ввіряється) на зберігання, попереджаються під розписку про відповідальність за його зберігання. Отже, пише далі зазначена авторка, обов'язковою умовою кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 388 КК України для таких осіб є наявність належним чином оформленого процесуального документа – письмового попередження⁴²⁴. Раніше таку ж думку висловлював В.І. Тютюгін на сторінках підручника з кримінального права з тією лише різницею, що в дужках уточнював, що під законом він розуміє приписи ст. 126 КПК України⁴²⁵. У колективному навчальному посібнику «Злочини проти правосуддя», написаному харківськими науковцями, також зазначається, що обов'язковою умовою відповідальності за ст. 388 КК України (частина цієї статті не конкретизується) є наявність оформленого у встановленому процесуальному порядку попередження про відповідальність за це діяння. Такий висновок робиться на підставі положень ст. 126 КПК України (йдеться про попередній КПК), ст. 57 ЗУ «Про виконавче провадження» і ст. 61 ЗУ «Про нотаріат»⁴²⁶.

Один з авторів цієї монографії також зазначав, що законодавча вказівка на ввіреність майна тому, хто вчиняє з ним незаконні дії, означає, що стосовно цієї категорії суб'єктів злочину необхідним є процесуальний аспект – наявність проведеного у встановленому порядку попередження зберігача майна (боржника, члена родини обвинуваченого або боржника, опікуна, хранителя спадкового майна, представника підприємства, установи, організації тощо) про

⁴²³ На жаль, з тексту науково-практичного коментаря до ст. 388 КК України, підготовленого цією авторкою, неможливо з'ясувати, про який саме закон йдеться.

⁴²⁴ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2-х томах / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид. переробл. та допов. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – Т. 2. – С. 476.

⁴²⁵ Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / за ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 544.

⁴²⁶ Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 118–119.

відповідальність за розтрату, приховування та інші дії з цим майном⁴²⁷.

Як бачимо, науковці сформулювали два різні висновки щодо змісту ознаки ввіреності арештованого чи описаного майна: перші стверджують, що ця ознака головним чином пов'язана з офіційною передачею такого майна, а другі наполягають на визначальній ролі офіційного попередження винного про відповідальність за його незбереження.

Здійснивши аналіз наведених вище точок зору під кутом положень цивільно-процесуального, господарсько-процесуального, кримінально-процесуального, податкового, адміністративного та виконавчого законодавства України, яке регламентує опис та арешт майна, робимо висновок про те, що кожна з названих груп науковців має рацію. Так, твердження про те, що під ввіреністю предмета аналізованого злочину слід розуміти офіційне передавання арештованого чи описаного майна винному, бере до уваги ту обставину, що етимологічний зміст дієслова «ввіряти» означає передусім передавання чогось іншій особі. Цілком зрозуміло, що неможливо повідомити особу про відповідальність за незбереження арештованого чи описаного майна, якщо до цього не передати його їй.

Отже, першою і визначальною характеристикою ввіреності арештованого чи описаного майна є його офіційне передавання винному. Під офіційністю передавання такого майна слід розуміти те, що, з одного боку, таке передавання відбулося відповідно до встановлених українським законодавством правил із складанням відповідних документів (акту опису та арешту державним виконавцем тощо), а, з іншого, йдеться про передавання майна виключно в юридичному сенсі цього слова. Це обумовлене тим, що офіційне (юридичне) передавання арештованого чи описаного майна може як супроводжуватися фактичним його передаванням (наприклад, арештоване та описане майно обвинуваченого передається на зберігання членам його родини чи стороннім особам), так і не супроводжуватися такими діями (йдеться про випадки, коли

⁴²⁷ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 1106; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1130.

описане чи арештоване майно, хоч юридично і передається на зберігання його ж власнику (відповідачу у цивільній чи господарській справі, підсудному чи обвинуваченому в кримінальному провадженні тощо), але фактично як було, так і залишається в однієї і тієї ж особи).

Наступна важлива характеристика ввіреності арештованого чи описаного майна також впливає з етимологічного значення дієслова «ввірити», яке означає не просто передавання чогось, а передавання майна, інформації тощо іншій особі в силу довіри до неї. У цьому сенсі слово «ввірити» дуже схоже як за вимовою, так і за етимологічним значенням із дієсловом «довірити». Тобто в цьому випадку йдеться про те, що уповноважений суб'єкт (державний виконавець, суд, орган державної фіскальної служби, нотаріус тощо), арештовуючи або описуючи майно, передає його тій особі, якій довіряє. Довіра ця стосується того, щоб останній виконував усі покладені на нього обов'язки щодо зберігання арештованого чи описаного майна. Саме тому у відповідних нормативно-правових актах йдеться не просто про особу, якій передано арештоване чи описане майно, а про особу, якій це майно «передано на зберігання». Передача ж на зберігання, виходячи з положень регулятивного законодавства України, означає, що уповноважений суб'єкт, передаючи таке майно, пояснює потенційному зберігачу правила поведінки із ним (зокрема, пояснює, що таке майно не можна пошкоджувати, знищувати, розтрачувати, приховувати, підміняти тощо) та попереджає про юридичну відповідальність за невиконання цих правил.

Таким чином, другою ознакою ввіреності арештованого чи описаного майна є те, що воно має бути передано винному на зберігання в порядку, передбаченому ст. 59 ЗУ «Про виконавче провадження» (якщо йдеться про накладення арешту на майно на підставі рішень судів або про накладення арешту на майно за власним рішенням державного виконавця), або в порядку, передбаченому главою 17 КПК України (якщо йдеться про накладення арешту на майно підозрюваного, обвинуваченого або осіб, які в силу закону несуть цивільну відповідальність за шкоду, завдану діями підозрюваного,

обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння), або в порядку, передбаченому частинами 4–7 ст. 44 ЗУ «Про захист економічної конкуренції» (якщо йдеться про арешт майна, яке може бути доказом або джерелом доказів у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції), або в порядку, передбаченому ст. 61 ЗУ «Про нотаріат», Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України і Порядком вчинення нотаріальних дій посадовими особами органів місцевого самоврядування (якщо йдеться про опис спадкового майна), або в порядку, передбаченому ст. 94 ПК України (якщо йдеться про арешт або опис майна платника податків органами державної фіскальної служби), або в порядку, передбаченому ст. 89 ПК України (якщо йдеться про опис майна платника податків, на яке поширюється право податкової застави), або в порядку, передбаченому частинами 5–6 ст. 78 ЗУ «Про виконавче провадження» (якщо йдеться про опис майна боржника, який виселяється), та вимагає від уповноваженого суб'єкта: а) роз'яснення зберігачу цього майна правил поводження із ним; б) попередження про юридичну відповідальність за невиконання цих правил.

Остання ознака віреності арештованого чи описаного майна прямо впливає із зазначених вище норм українського законодавства, що регулює процедуру передавання такого майна, та полягає в тому, що цей факт (офіційного передавання арештованого чи описаного майна на зберігання) має бути задокументований у порядку та в спосіб, передбачений законодавством. Так, у разі здійснення розглядуваної процедури державним виконавцем офіційне передавання такого майна оформляється розпискою в акті опису та арешту майна; у разі здійснення опису спадкового майна нотаріусом – підписом акту опису.

До речі, особи, яким належить описане чи арештоване майно, не виключаються з кола тих, хто спроможний нести відповідальність за ч. 1 ст. 388 КК України, адже можливо, що майно у встановленому порядку буде передано саме їм.

Отже, під *ввіреністю майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано*, в диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України слід розуміти офіційне передавання винному на зберігання арештованого чи описаного майна, здійснене уповноваженим суб'єктом на підставі та в порядку, передбаченому чинним законодавством України, що обов'язково включає в себе: а) офіційне передавання арештованого чи описаного майна такій особі; б) інформування цієї особи (зберігача майна, охоронця спадкового майна тощо) про відповідний правовий режим такого майна, обов'язки щодо його зберігання, а також про встановлені обмеження щодо поводження із ним; в) оформлення відповідної документації.

На жаль, суди не завжди враховують цю обставину та іноді засуджують за ч. 1 ст. 388 КК України тих осіб, яким арештоване чи описане майно у встановленому порядку не ввірялось. Показовий практичний приклад наводить у зв'язку з цим В.А. Головчук, який пише, що 16 січня 2008 р. Рівненським районним судом Рівненської області було винесено обвинувальний вирок за ч. 1 ст. 388 КК України. Як впливає із матеріалів справи, засуджений визнав себе винним повністю та надав показання, що відповідно до рішення суду від 12 вересня 2003 р. він повинен був сплатити кошти за договором позики у сумі 12190 грн. Всю суму грошей йому одразу сплатити не вдалося, тому на його майно (автомобіль марки Chrysler 1999 року випуску) було накладено арешт, а отже, заборону відчуження, проте йому про таку заборону не було відомо. Цей автомобіль він за довіреністю передав спочатку в м. Червоноград, а потім у м. Чернігів. Із мотивувальної частини вироку впливає, що суд встановив наявність усіх ознак складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в діях підсудного з показань: державного виконавця, який підтверджував факт накладення арешту на майно боржника; стягувача, який підтвердив факт невиконання рішення суду та непогашення боргу за договором позики; покупця автомобіля, який пояснив, що придбав на автомобільному базарі автомобіль, маючи на меті зняти цей автомобіль з обліку та переоформити на себе. Фактично ж автомобіль на зберігання засудженому не передавався, докази

стосовно повідомлення боржника про арешт майна у справі відсутні⁴²⁸.

У розглядуваному випадку арештований автомобіль не передавався винному, а отже, не був йому ввірений. За таких обставин суд мав закрити справу, порушену за ст. 388 КК України, за відсутністю в діянні особи складу злочину.

Направляючи справу з обвинувачення особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, прокурору для організації додаткового розслідування, Царичанський районний суд Дніпропетровської області в своїй постанові, зокрема, вказав на відсутність доказів попередження особи про кримінальну відповідальність за незаконні дії щодо ввіреного їй на зберігання майна. Працівники міліції описали майно (підакцизні товари) і під розписку передали особі на зберігання. Однак, як це випливає з розписки, особа попереджалась лише про адміністративну відповідальність за ст. 156 КпАП України, в якій говориться про реалізацію алкогольних напоїв і тютюнових виробів без ліцензії⁴²⁹.

Дубенський міськрайонний суд Рівненської області засудив за ч. 1 ст. 388 КК України Ф., який при примусовому виконанні виконавчого листа про повернення незаконно придбаного ним автомобіля «Мерседес Бенц» не виконав вимог державного виконавця передати автомобіль, не віддав ключі від автомобіля, після чого зник з автомобілем з місця його опису. Розглянувши справу за апеляцією засудженого, колегія суддів судової палати в кримінальних справах Апеляційного суду Рівненської області вирок щодо Ф. скасувала, а справу направила на новий судовий розгляд. В обґрунтування такого рішення в ухвалі колегії суддів зазначається, що міськрайонний суд не з'ясував, чи був автомобіль переданий Ф. на зберігання⁴³⁰.

У рамках відкритого виконавчого провадження державним виконавцем 13 липня 2010 р. було проведено опис автомобіля «ДАФ 400», про що складено акт; описане та арештоване майно прийняла на відповідальне зберігання

⁴²⁸ Головчук В. Предмет та суб'єкт незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації, потребують розширення // Право України. – 2010. – № 1. – С. 196–197.

⁴²⁹ Архів Царичанського районного суду Дніпропетровської області. Справа № 1-50 за 2007 р.

⁴³⁰ Архів Апеляційного суду Рівненської області. Справа № 11-93 за 2009 р.

особа, попереджена про відповідальність за розтрату, відчуження, приховування чи підміну описаного та арештованого майна. Проте в серпні 2010 р. ця особа, не дивлячись на заборону, продала за 1000 грн. автомобіль на запчастини. Козятинський міськрайонний суд Вінницької області кваліфікував вказані дії за ч. 1 ст. 388 КК України. Спростовуючи заяву підсудного про те, що він не попереджався про кримінальну відповідальність за розтрату арештованого майна та не знає, куди майно поділось, суд у вирокі зазначив, що ці твердження спростовуються поясненнями самого підсудного про те, що він підписував акт опису та арешту майна в кабінеті державного виконавця; крім цього, в правоохоронні органи про зникнення автомобіля підсудний не звертався, а свідок у справі пояснив, що придбав в підсудного автомобіль на запчастини⁴³¹.

Органами досудового розслідування особа обвинувачувалась у тому, що, будучи керівником КСП, в період з 7 листопада 2005 р. по 8 червня 2010 р. реалізувала майно КСП вартістю 43 655 грн., на яке в порядку забезпечення позову було накладено арешт ухвалою суду, тобто вчинила злочин, передбачений ч. 1 ст. 388 КК України. Зборівський районний суд Тернопільської області, розглядаючи це обвинувачення, встановив, що вказана ухвала суду не була належним чином звернена до виконання, а майно, в розтраті якого обвинувачується підсудний, не ввірялось йому, як цього вимагає диспозиція ч. 1 ст. 388 КК України. За таких обставин суд виправдав особу за відсутністю в її діях складу злочину, передбаченого вказаною кримінально-правовою нормою⁴³².

Переходячи до розгляду ознаки ввіреності заставленого майна, слід зазначити, що ввіреність цього виду майна має певні особливості порівняно з ввіреністю арештованого чи описаного майна. Це пов'язано з тим, що цивільне законодавство, яке регламентує такий вид забезпечення цивільно-правових і майново-господарських зобов'язань, не встановлює загального обов'язку передачі предмета застави тій чи іншій особі. Так, у ч. 6 ст. 576 ЦК України

⁴³¹ Архів Козятинського міськрайонного суду Вінницької області. Справа № 209/243/12 за 2013 р.

⁴³² Архів Зборівського районного суду Тернопільської області. Справа № 599/26/14-к за 2014 р.

зазначається, що предмет застави залишається у заставодавця, якщо інше не встановлено договором або законом. При цьому в частинах 1 і 2 ст. 575 ЦК України визначено, що іпотекою є застава нерухомого майна, що залишається у володінні заставодавця або третьої особи, а закладом є застава рухомого майна, що передається у володіння заставодержателя, або за його наказом – у володіння третій особі. Особа, яка володіє предметом застави, як зазначається у ст. 587 ЦК України, зобов'язана, якщо інше не встановлено договором: 1) вживати заходів, необхідних для збереження предмета застави; 2) утримувати предмет застави належним чином; 3) негайно повідомляти другу сторону договору застави про виникнення загрози знищення або пошкодження предмета застави.

З цього випливає, що виконання процедури «ввірення» (яка, на нашу думку, має включати в себе офіційне передавання майна, інформування зберігача про відповідний правовий режим такого майна, обов'язки щодо його зберігання, про встановлені обмеження щодо поводження із ним, а також оформлення відповідної документації) предмета застави його володільцю чинне цивільне законодавство не вимагає і навіть не передбачає.

Щоправда, така процедура, як видається, може бути врегульована безпосередньо в договорі застави. Так, якщо в договорі застави рухомого майна (тобто тоді, коли предмет застави обов'язково має бути переданий у володіння заставодержателя або за його наказом – у володіння третій особі) сторонами буде чітко вписано, кому передаватиметься предмет застави та яким документом підтверджуватиметься цей факт, а так само яким чином володільць заставленого майна буде поінформований про вимоги ст. 587 ЦК України та яким документом буде оформлене це ознайомлення, то за умов виконання цих приписів договору застави можна буде говорити про «ввірення» заставленого майна. Можливий і такий варіант: сторони в межах договору застави заздалегідь зазначать, що майбутній володільць майна ознайомлений з вимогами чинного цивільного законодавства щодо поводження із заставленим майном. У такому разі договір застави, підписаний такою особою, і буде тим документом, який засвідчуватиме

обізнаність володільця застави про свої обов'язки.

Разом з тим системний аналіз положень ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг», а також пояснювальних записок до нього дозволяє стверджувати, що, криміналізуючи незаконні дії із заставленим майном, законодавець мав на увазі, в першу чергу, незаконні дії із заставленим майном, які вчиняються саме заставодавцем, тобто тоді, коли заставлене майно нікому не передається, а залишається в його власника.

У зв'язку з цим вважаємо, що під ввіреністю заставленого майна в диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України, скоріш за все, мається на увазі правомірне (на підставі закону або договору) володіння винним (заставодавцем, заставодержателем, третьою особою) предметом застави. З нашої точки зору, говорити про ввіреність майна в таких випадках можна лише зі значною часткою умовності. Подібним чином ознака ввіреності тлумачиться юристами-практиками, які відзначають, що на сьогодні фактично будь-які дії із заставленим майном, будучи «грою з терпінням кредитора», можуть бути кваліфіковані за ч. 1 ст. 388 КК України (наприклад, це може бути передача заставленого майна в користування інших осіб, якщо таке заборонено договором)⁴³³.

Для забезпечення кредитного договору між кредитною спілкою «Метроном» та особою було укладено нотаріально посвідчений договір застави, відповідно до якого предмет застави (автомобіль «ВАЗ 21093») залишався у заставодавця з правом володіння і користування, але без права розпорядження ним. Оскільки особа перестала здійснювати погашення кредиту, суд прийняв рішення про стягнення заборгованості за кредитним договором шляхом звернення стягнення на предмет застави. Згодом було встановлено, що боржник всупереч договору застави без погодження із заставодержателем у вересні 2012 р. продав автомобіль шляхом оформлення

⁴³³ Притягнення позичальників до кримінальної відповідальності за невиконання кредитних договорів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ua.prostopravo.com.ua/finansi/statti/prityagnennya_pozichalnikov_do_kriminalnoyi_vidpovidalnosti_za_nevikonannya_kreditnih_dogovoriv

розписки, передавши невідомій особі свідоцтво про реєстрацію транспортного засобу. Вінницький міський суд кваліфікував вказані дії за ч. 1 ст. 388 КК України, визнавши їх відчуженням майна, яке описано, вчиненим особою, якій це майно ввірене⁴³⁴.

Погоджуючись з інкримінуванням засудженому ч. 1 ст. 388 КК України і визнанням його тим, кому вказане майно було ввірено, водночас зауважимо, що: у формулі обвинувачення мало фігурувати не описане, а заставлене майно; з причин, висвітлених вище, немає підстав аналізувати дії розцінювати саме як відчуження майна.

Переходячи до розгляду такого різновиду суб'єкта злочину, описаного в ч. 1 ст. 388 КК України, як **особа, яка є представником фінансової установи**, слід зазначити, що ця ознака складу злочину не викликає серйозних дискусій у науковій літературі, а так само проблем у правозастосовній практиці. Щоправда, форма описання цієї ознаки далека від ідеальної. Так, якщо при з'ясуванні її змісту використовувати лише філологічний (лінгвістичний) метод тлумачення, то виходить, що суб'єктом цього злочину є, наприклад, і юрист, який має доручення на представництво інтересів фінансової установи. Тому науковці вчиняють правильно, коли при розкритті цієї ознаки використовують низку інших методів тлумачення кримінального закону.

У ч. 1 ст. 388 КК України йдеться не просто про представника фінансової установи, а про особу, яка перебуває з нею у трудових відносинах. Відсутність трудових відносин між винним і фінансовою установою виключає відповідальність навіть за наявності всіх загальних ознак суб'єкта складу злочину. В одних випадках це означатиме відсутність в діянні особи складу злочину, а в інших – вчинення зовсім іншого злочину. Наприклад, «хакер», котрий, хоч і здійснив незаконну банківську операцію з коштами (вкладами), на які накладено арешт, однак не перебував у трудових відносинах з банком або іншою фінансовою установою, не повинен нести відповідальність за ч. 1 ст. 388

⁴³⁴ Архів Вінницького міського суду Вінницької області. Справа № 127/94/14-к за 2014 р.

КК України, хоч і може бути притягнений до кримінальної відповідальності за вчинення несанкціонованого втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку (ст. 361 КК України), а також за наявності – і за вчинення злочину проти власності (наприклад, караного за ч. 3 ст. 190 КК України).

Під представником фінансової установи в ч. 1 ст. 388 КК України мається на увазі не будь-який її працівник (саме цей термін доречніше використовувати в тексті кримінального закону замість терміну «представник»), а лише той, який має право виконувати видаткові банківські операції від імені цієї фінансової установи. Для правильного вирішення цього питання необхідно з'ясувати посаду такої особи і вивчити ті документи, які визначають її компетенцію (посадова інструкція, статут, положення тощо). Якщо при цьому буде встановлено, що така особа не наділена повноваженнями щодо здійснення видаткових банківських операцій, то слід вести мову не про злочин проти правосуддя, а (за наявності підстав) про злочин у сфері службової діяльності або проти власності.

У Методичних рекомендаціях щодо виявлення і розслідування злочинів, передбачених ст. 312 КК РФ, затверджених наказом Федеральної служби судових приставів РФ, вказується, що для вирішення питання про притягнення конкретних службовців банківських або інших кредитних організацій до відповідальності за ст. 312 КК РФ необхідно, зокрема, з'ясувати, чи був той або інший службовець належним чином повідомлений своїм керівництвом про арешт рахунку і коштів, які знаходяться на цьому рахунку, а якщо так – то чи мав він можливість самостійно, оминаючи керівників організації і технічні засоби контролю, здійснити перерахування, списання чи зарахування грошових коштів⁴³⁵.

⁴³⁵ Методические рекомендации по выявлению и расследованию преступлений, предусмотренных статьей 312 Уголовного кодекса Российской Федерации «Незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации» (утв. Федеральной службой судебных приставов от 25 апреля 2012 г. № 04-7) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70097790>

Банком визнається юридична особа, яка має виключне право на підставі ліцензії НБУ здійснювати у сукупності операції, що становлять банківську діяльність. Це – 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 (ст. 59 ЗУ від 7 грудня 2000 р. «Про банки і банківську діяльність»). Згідно зі ст. 1 ЗУ від 12 липня 2001 р. «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. Документом, що підтверджує статус фінансової установи, є свідоцтво про реєстрацію фінансової установи. 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. До небанківських фінансових установ належать кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії, інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг.

Керівник фінансової установи, який дав вказівку здійснити незаконну банківську операцію з арештованими коштами, має притягуватись до відповідальності за підбурювання до розглядуваного злочину, а за наявності підстав – і за злочин у сфері службової діяльності.

За пособництво у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, можуть відповідати особи, яких державний виконавець повідомив про накладення арешту на нерухоме майно (нотаріус⁴³⁶ – за місцезнаходженням майна і треті особи, які володіють заставленим майном), а також поінформовані про арешт працівники організацій, що здійснюють реєстрацію окремих

⁴³⁶ Наприклад, нотаріус дає пораду здійснити удаваний правочин купівлі-продажу арештованого транспортного засобу.

різновидів майна (наприклад, автотранспортних засобів). Сказане стосується і працівників реєстроутримувача або зберігача – у випадку накладення арешту на цінні папери.

Таким чином, ми акцентуємо увагу на тому, що лише від виконавця цього злочину вимагається набуття статусу, зокрема, представника фінансової установи. Притягнення ж до кримінальної відповідальності інших видів співучасників розглядуваного злочину цілком можливе і за наявності лише загальних ознак суб'єкта складу злочину (фізична природа, осудність, настання віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність). Вважаємо такий підхід правильним, адже він не суперечить положенням кримінального закону, що регламентують інститут співучасті у злочині, та відображає думку переважної більшості криміналістів щодо оцінки дій співучасників у злочинах зі спеціальним суб'єктом. Так само має вирішуватися питання про кваліфікацію дій приватних осіб, котрі були організаторами, підбурювачами чи пособниками вчинення незаконних дій з арештованим, описаним чи заставленим майном.

До речі, в літературі суперечливо вирішується проблема визнання співвиконавцем злочину зі спеціальним суб'єктом тієї особи, якій не притаманні ознаки спеціального суб'єкта злочину. Так, вже згадуваний Д.М. Горбачов у межах вчення про спеціальний склад злочину та його види спочатку визнає існування складів злочинів зі спеціальним суб'єктом, об'єктивна сторона яких може бути частково виконана загальним суб'єктом. Далі ж у тексті його дисертації це слушне, на нашу думку, положення фактично спростовується у зв'язку з тим, що його сприйняття нібито призводить до того, що «сутність, мета і значення виокремлення спеціального суб'єкта у кримінальному праві повністю нівелюються»⁴³⁷. Цілком очевидно і те, що запропонована Д.М. Горбачовим редакція ч. 6 ст. 29 КК України, відповідно до якої той, хто не має ознак спеціального суб'єкта злочину, може підлягати кримінальній відповідальності лише як організатор, підбурювач чи пособник

⁴³⁷ Горбачов Д.М. Співучасть у злочинах із спеціальним суб'єктом (на прикладі злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – С. 156, 162.

певного злочину, не узгоджується з виокремленням зазначеного вище виду спеціального складу злочину. Разом з тим із твердження Д.М. Горбачова про те, що, за загальним правилом, при співучасті у злочинах із спеціальним суб'єктом виконавцями можуть бути лише особи, які наділені ознаками спеціального суб'єкта, випливає, що з цього правила можуть бути і винятки у вигляді входження до складу групи осіб – співвиконавців осіб, які не є спеціальними суб'єктами злочину.

Узагальнюючи викладені вище міркування, зазначимо, що під представником (працівником) банку або іншої фінансової установи в диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України розуміється особа, яка перебуває в трудових відносинах з відповідною фінансовою установою та яка наділена повноваженнями щодо здійснення видаткових банківських операцій від її імені.

Вирішуючи питання про визнання суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, службової особи, ми погоджуємось із висловленою в юридичній літературі думкою про те, що поряд з приватною особою і представником фінансової установи, на рахунках якої перебувають заарештовані кошти, до числа осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за незаконні дії щодо майна з особливим правовим статусом, слід відносити і службову особу (зокрема, представника органу місцевого самоврядування), якій майно ввірено у зв'язку з його описом, арештом чи конфіскацією⁴³⁸. Інакше кажучи, склад цього злочину може вважатись так званим альтернативно-службовим⁴³⁹. Звернемось до матеріалів судової практики.

Дніпропетровською філією спеціалізованого державного підприємства «Укрспецюст» ТОВ «Лісовий будинок» було ввірено на відповідальне зберігання 26 автомобілів. За договором філія повинна було сплатити ТОВ за надання послуг

⁴³⁸ Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 119.

⁴³⁹ Про альтернативно-службовий склад злочину варто вести мову у тих випадках, коли в законі не міститься прямої вказівки на можливість вчинення злочину службовою особою з використанням службового становища, однак це очевидно впливає зі змісту диспозиції тієї чи іншої кримінально-правової норми (див.: Козаченко І.Я., Николаева З.А. Проблема соотношения общего и специального составов должностных преступлений // Правоведение. – 1992. – № 3. – С. 40–48).

4,5 грн. за кожен транспортний засіб на добу, однак ці зобов'язання не виконала. За таких обставин виконувач обов'язків керівника ТОВ «Лісовий Будинок», перевищивши свої службові повноваження, здійснив реалізацію 10 ввірених для зберігання транспортних засобів, хоча дозволу на реалізацію транспортних засобів з метою відшкодування витрат на зберігання техніки не мав.

Центрального-Міський районний суд м. Кривий Ріг, кваліфікуючи вказані незаконні дії керівника ТОВ лише за ч. 1 ст. 388 КК України, вирішив, що їх кваліфікації за ч. 1 ст. 365 КК буде зайвою. У вироку суду можна прочитати, що: протиправне використання особою свого службового становища шляхом перевищення службових повноважень у випадку вчинення таких дій у сфері злочинів проти правосуддя шляхом відчуження майна, на яке накладено арешт, охоплюється складом злочину, передбаченого ст. 388 КК України; відсутність в останній прямого посилання на спеціальний суб'єкт злочину (службову особу) не виключає наявності в цьому складі злочину як загального, так і спеціального суб'єкта; склад злочину, передбаченого ст. 388 КК України, є спеціальним видом перевищення службових повноважень і, відповідно, вчинене службовою особою протиправне відчуження описаного або арештованого майна додаткової кваліфікації за ст. 365 КК України не потребує⁴⁴⁰.

Ми (як і інші дослідники⁴⁴¹) не поділяємо викладеної позиції і вважаємо, що за наявності підстав⁴⁴² незаконні діяння службових осіб стосовно майна з особливим правовим статусом потребують кваліфікації не лише за ст. 388, а і за нормами КК України, розміщеними в Розділі XVII Особливої частини КК України. Виходимо при цьому з того, що ні зловживання службовим становищем, ні перевищення службових повноважень як більш тяжкі злочини

⁴⁴⁰ Архів Центрально-Міського районного суду м. Кривого Рога. Справа № 1-127 за 2007 р.

⁴⁴¹ Гулий А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 151–155; Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 145–148.

⁴⁴² Таке застереження зроблене через необхідність дотримання одного з ключових принципів кримінально-правової кваліфікації, виробленого доктриною кримінального права, – принципу недопустимості подвійного інкримінування. Цей принцип базується на конституційному положенні (ч. 1 ст. 61 Конституції України), згідно з яким ніхто не може бути двічі притягнутий до юридичної відповідальності одного виду за одне і те саме правопорушення (non bis in idem).

не можуть визнаватись способом учинення злочину, передбаченого ст. 388 КК України. Якщо вчинене є посяганням на різні безпосередні об'єкти кримінально-правової охорони, його треба кваліфікувати за сукупністю злочинів⁴⁴³. Як зазначає В.В. Устименко, у випадках, коли дії не виступають як елемент об'єктивної сторони такого злочину, як зловживання службовим становищем, а охоплюються самостійною нормою (у нашому випадку – це ч. 1 ст. 388 КК України), дії службової особи повинні кваліфікуватися за ознаками сукупності⁴⁴⁴. Підтримуємо міркування М.І. Мельника, який пише, що у випадку, коли службова особа чи особа, яка надає публічні послуги, посягнула одночасно на суспільні відносини, які визначають правильну діяльність державних органів, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, окремих організацій, установ, підприємств, а також осіб, які надають публічні послуги, і, наприклад, власність, її дії треба кваліфікувати за наявності відповідних ознак як злочин у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, і як той чи інший злочин проти власності (крім випадків, коли злочин у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є способом вчинення іншого злочину)⁴⁴⁵.

Якщо незаконні дії з майном, яке визнається предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, вчинені такою службовою особою, якій це майно офіційно не ввірялось (наприклад, працівник міліції підміняє частини арештованого автомобіля, що знаходиться на штрафному майданчику), вчинене має кваліфікуватись не як злочин проти правосуддя, а щонайменше як службовий злочин.

Якщо службова особа з використанням службового становища сприяє вчиненню незаконних дій з відповідним майном тим, кому це майно ввірено (наприклад, державний виконавець сприяє незаконному відчуженню

⁴⁴³ Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів: навчальний посібник. – Вид. 3-тє, доповн. та переробл. – К.: Атіка, 2007. – С. 55.

⁴⁴⁴ Устименко В.В. Специальный субъект преступления. – Х.: Вища шк. Изд-во при ХГУ, 1989. – С. 63.

⁴⁴⁵ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1045–1046.

арештованого майна шляхом винесення постанови про виведення майна з-під арешту або видачі суб'єкту злочину незаконної постанови про повернення стягувачу виконавчого документа), вчинене має кваліфікуватись як пособництво злочину, передбаченому ч. 1 ст. 388 КК України, та (за наявності підстав) як відповідний злочин у сфері службової діяльності.

Завершуючи аналіз суб'єкта злочину, передбаченого ст. 388 КК України, слід зазначити, що в теорії кримінального права поряд із поняттям «суб'єкт злочину» існує поняття «особа злочинця». З цього приводу Я.Г. Лизогуб слушно зазначає, що, хоч зовні ці два поняття подібні один до одного, вони не є рівнозначними або тотожними. Перше поняття безпосередньо пов'язане зі складом злочину, оскільки є його складовою частиною (обов'язковою ознакою) і містить у собі кримінально-правову характеристику особи, яка скоїла злочин. Друге зі складом злочину пов'язане опосередковано і несе в собі кримінологічну характеристику злочинця; інакше кажучи, поняття «особа злочинця» – це кримінологічний корелят кримінально-правового терміну «суб'єкт злочину». Обидва ці поняття нерозривно пов'язані одне з одним, оскільки не може бути особи злочинця без самого злочинця, і в той же час не можна притягати до кримінальної відповідальності особу, яка вчинила злочин, без установлення даних про її особистість, місце проживання, зв'язки тощо⁴⁴⁶.

Особа злочинця вивчається кримінологічною наукою в той час, як особа винного є кримінально-правовим поняттям, що стосується людини, яка вчинила злочин. Це – існуюча на момент постановлення вироку сукупність фізичних, психологічних, соціальних і правових властивостей людини, які впливають на обрання їй конкретної міри покарання (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України). Особа злочинця як кримінологічне поняття включає в себе і ті ознаки, які не мають вказаного кримінально-правового значення (це може бути, наприклад, ставлення до релігії, національність, соціальне походження).

Якщо поняття суб'єкта злочину відповідає на питання, хто повинен нести кримінальну відповідальність за вчинене, то поняття особи винного допомагає

⁴⁴⁶ Лизогуб Я.Г. Кримінальна відповідальність за торгівлю людьми або іншу незаконну угоду щодо передачі людини: порівняльно-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2002. – С. 76–77.

відповісти на питання, яке покарання має бути призначене особі, котра вчинила злочин. В юридичній літературі інколи стверджується, що суд, призначаючи покарання та враховуючи сукупність усіх даних про особу винного, розглядає останню не лише як суб'єкта злочину, а і як конкретну людину з її індивідуальними особливостями⁴⁴⁷. Варто уточнити, що з точки зору застосування п. 3 ч. 1 ст. 65 КК особа винного обмежується тими властивостями порушника кримінально-правової заборони, які не є ознаками складу конкретного злочину. Ознаки суб'єкта злочину вже враховані законодавцем при конструюванні відповідної санкції, у зв'язку з чим брати їх до уваги ще раз (при призначенні покарання) не слід. Тому безпідставним буде віднесення до правових властивостей особи винного при призначенні їй покарання, зокрема, таких обставин, як досягнення особою віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або наявність осудності чи ознак спеціального суб'єкта злочину.

На цьому аналіз ознак суб'єктів злочину, передбаченого ст. 388 КК України, вважаємо завершеним, що дає можливість перейти до характеристики ознак **суб'єктивної сторони** цих кримінально караних діянь.

Перш, ніж почати безпосередній аналіз цього елемента складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України, пригадаємо думку Г.А. Кригера про те, що будь-який злочин становить собою психофізіологічну єдність, в якій зовнішні прояви поведінки (дія або бездіяльність) та викликані ними зміни в об'єктивній дійсності (об'єктивна сторона злочину) нерозривно пов'язані з внутрішньою стороною – тими психічними процесами, які породжують, спрямовують і регулюють людську поведінку (суб'єктивна сторона злочину)⁴⁴⁸. Аналогічну думку висловлює і чимало інших криміналістів. Наприклад, В.М. Кудрявцев свого часу зауважував, що свідомий вчинок людини, який і цікавить кримінальне право, завжди направляється психічними якостями суб'єкта, його волею, контролюється тією чи іншою мірою його свідомістю. Суб'єктивна

⁴⁴⁷ Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. – 5-те вид, переробл. та допов. / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Атіка, 2009. – С. 298.

⁴⁴⁸ Советское уголовное право. Общая часть: учебник / под ред. Г.А. Кригера, Н.Ф. Кузнецовой, Ю.М. Ткачевского. – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Изд-во Московского ун-та, 1988. – С. 124.

сторона тісно пов'язана з об'єктивною стороною злочину, адже, з одного боку, вона породжує, спрямовує та регулює об'єктивну сторону злочину, а, з іншого, певною мірою визначається нею⁴⁴⁹.

Суб'єктивна сторона – це внутрішня сторона злочину, яка відображає психічні процеси, що відбуваються у свідомості суб'єкта з приводу вчиненого ним діяння, та яка складається з певних ознак. Одним з найбільш дискусійних питань, пов'язаних із суб'єктивною стороною складу злочину, є питання про її зміст. Так, переважна більшість дослідників цього питання вважають, що зміст суб'єктивної сторони складу злочину утворюють вина, мотив, мета та емоційний стан людини під час вчинення злочину. Частина криміналістів переконана в тому, що зміст суб'єктивної сторони складу злочину вичерпується трьома ознаками – виною, мотивом та метою. Деякі ж науковці відстоюють думку, згідно з якою «вина» та «суб'єктивна сторона складу злочину» є тотожними поняттями, а тому мотив, мета та емоційний стан є лише характеристиками (ознаками) вини.

Не поглиблюючись у зміст цієї дискусії, зазначимо, що ми дотримуємося традиційної думки і в подальшому виходитимемо з того, що зміст суб'єктивної сторони характеризується виною, мотивом, метою та емоційним станом. При цьому до числа обов'язкових ознак належить вина, яка згідно зі ст. 23 КК України⁴⁵⁰ може бути виражена у формі умислу або необережності, а до факультативних – мотив і мета. Дві останні ознаки допомагають відповісти на питання, чому і для чого вчинено злочин. Мотив і мета набувають значення обов'язкових ознак і впливають на кваліфікацію лише в тому разі, коли вони зазначені в диспозиції кримінально-правової норми як ознаки основного або

⁴⁴⁹ Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1960. – С. 12–13, 19.

⁴⁵⁰ Згідно зі ст. 23 КК України виною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності та її наслідків. Це означає, що вітчизняний законодавець сприймає психологічну теорію вини, згідно з якою для обґрунтування вини треба встановити, що особа, яка порушила кримінально-правову заборону, мала певне психічне ставлення до вчиненого діяння та його наслідків. Насправді вина є не тільки юридично-психологічною, а й оціночною категорією. У вині як психічному ставленні особи до вчиненого нею небезпечного діяння і шкідливих наслідків, що настали у результаті, проявляється негативне ставлення особи до інтересів (цінностей), охоронюваних кримінальним законом від злочинних посягань. Докладний аналіз кримінально-правових концепцій вини наводиться в книзі Р.В. Вереші (див.: Вереша Р.В. Поняття вини як елемент змісту кримінального права України. – К.: Атіка, 2005. – С. 6–57).

кваліфікованого складу злочину.

Вина – основна та обов’язкова ознака будь-якого злочину. Від неї треба відрізнити винуватість; основним змістом цього кримінально-процесуального за своїм характером поняття є констатація того, що саме ця особа вчинила відповідне діяння, яке містить склад певного злочину. Полісемія (багатозначність) у вживанні терміну «вина», яка спостерігається у чинному законодавстві України, є невиправданою і підлягає усуненню. Так, потребує уточнення законодавче визначення презумпції невинуватості, у зв’язку з чим у ст. 62 Конституції України і ч. 2 ст. 2 КК України замість вини мова повинна йти про винуватість особи.

Слід зазначити, що точне встановлення форми та виду вини, з якою може вчинитися той чи інший злочин, має надзвичайно важливе значення для правильної кваліфікації вчиненого, для призначення справедливого покарання, для застосування окремих норм про звільнення від кримінальної відповідальності, для притягнення особи до кримінальної відповідальності за готування до злочину чи замах на нього тощо⁴⁵¹. З цього випливає, що обов’язково слід встановлювати не лише форму вини, а і її вид.

Якщо звернутись до законодавчих визначень умислу і необережності (ст. 24 і ст. 25 КК України), цілком очевидним є те, що застосування пов’язаних із суб’єктивною стороною норм КК неминуче пов’язане із дискреційною діяльністю правозастосовних органів, яка може включати в себе не просто суб’єктивізм, а корупційну складову (бажала особа настання суспільно небезпечних наслідків чи лише свідомо їх припускала; могла чи ні особа передбачати можливість настання суспільно небезпечних наслідків тощо). З цього приводу в юридичній літературі зазначається, що суб’єктивні процеси є такими, що прямо не спостерігаються; їх не можна виміряти якимись приладами. Вину як щось суб’єктивне можна визначити тільки шляхом аналізу та оцінки об’єктивних обставин вчиненого особою правопорушення. Тому досягнення істини при дослідженні суб’єктивних властивостей вчиненого

⁴⁵¹ Калмиков Д., Хавронюк М. Деякі особливості змісту вини у злочинах з формальним складом // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 6. – С. 62–63.

діяння є відносним і цілком залежить, з одного боку, від сукупності об'єктивних фактів, зібраних і зафіксованих у встановленому порядку як докази, та, з іншого, від самого правозастосувача, його досвіду, знань, суб'єктивних особливостей⁴⁵².

Відповідно до ст. 24 КК України для прямого і непрямого умислу спільною є така інтелектуальна ознака, як усвідомлення винною особою суспільної небезпеки свого діяння. Вимагається, щоб належний суб'єкт хоча б у загальних рисах розумів, зокрема, те, що вчинюване ним діяння носить антисоціальний характер, здатне за своїми фактичними властивостями спричинити шкоду відносинам, що охороняються законом, тобто посягати на певний об'єкт кримінально-правової охорони. При цьому вітчизняний законодавець не включає у зміст умислу усвідомлення протиправності діяння, виходячи із відомої ще з часів Стародавнього Риму і до того ж прямо закріпленої у ч. 2 ст. 68 Конституції України презумпції правової обізнаності особи. Суть цієї презумпції полягає у тому, що кожна доросла осудна людина повинна знати закони своєї країни, а тому не може посилатись на незнання законів як на обставину, що звільняє її від відповідальності за допущене порушення кримінально-правових норм (*ignorantia legis neminem excusat* – незнання закону нікого не вибачає).

Наведений підхід є, по-перше, прагматичним (правоохоронці уникають проблематичного з точки зору виконання обов'язку з'ясувати у кожному конкретному випадку, чи розуміла особа протиправність вчиненого нею злочинного діяння) і, по-друге, традиційним (так вирішувалось питання багатьма представниками дореволюційної і радянської кримінально-правової науки)⁴⁵³. В сучасних умовах підхід, який знайшов відображення у ст. 24 КК України, навряд чи може розраховувати на однозначне схвалення. І річ не лише в тому, що закріплене у ч. 1 ст. 11 КК України так зване формально-матеріальне

⁴⁵² Скляров С.В. Вина и мотивы преступного поведения. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 11.

⁴⁵³ Ще у 1689 р. англійський історик і правознавець Дж. Селден писав, що незнання закону нікого не вибачає не тому, що люди знають закон, а через те, що таке вибачення кожна людина висувала б у суді, і ніхто не зміг би сказати, як цю людину викрити.

визначення поняття злочину спонукає принаймні у постановочному плані висувати питання про охоплення інтелектуальною моментом умислу усвідомлення винним як суспільної небезпеки, так і протиправності діяння. Найголовніше – це те, що легальні дефініції прямого і непрямого умислу, а так само категорична, без будь-яких винятків презумпція знання особою закону (ч. 2 ст. 68 Конституції України) не дозволяють враховувати специфіку психічного ставлення особи до вчиненого та його наслідків у складах злочинів, передбачених кримінально-правовими нормами з бланкетними диспозиціями.

Для складів злочинів, передбачених такими нормами, усвідомлення протиправності діяння є, на наше переконання, невід'ємною складовою інтелектуального моменту умислу, оскільки законодавче регулювання відповідних відносин є настільки складним і громіздким, що навіть фахівці зазнають серйозних труднощів при з'ясуванні відповідних приписів. Тому про усвідомлення суспільної небезпеки в такому випадку, якщо особа не усвідомлює факту порушення вимог регулятивного законодавства, не може бути і мови⁴⁵⁴.

Форма вини конкретного злочину або безпосередньо вказується у диспозиції норми Особливої частини КК України (як це зроблено, скажімо, в ст. ст. 115–119, 212 КК), або (за відсутності чіткої законодавчої вказівки) встановлюється шляхом тлумачення ознак складу конкретного злочину, виходячи з легальних визначень умислу та необережності. Так, ніхто не сумнівається у тому, що крадіжка, грабїж і розбій – це умисні злочини при тому, що в диспозиціях ст.ст. 185–187 КК України умисел як форма вини прямо не фігурує. Це саме стосується злочинів, що вчиняються шляхом обману, зловживання службовим становищем, злочинів, законодавче описання яких включає вказівку на мотив, мету, свідомість, завідомість або злісність. Якщо ж із диспозиції кримінально-правової заборони неможливо встановити форму вини, варто припускати, що передбачений цією заборonoю злочин може бути

⁴⁵⁴ Більш детально про це див., наприклад: Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: монографія. – К.: Істина, 2006. – С. 167–191; Дудоров О. Специфіка юридичної помилки при вчиненні злочинів із змішаною протиправністю // Право України. – 2011. – № 9. – С. 82–91.

вчинений як умисно, так і через необережність.

Принагідно зауважимо, що в кримінальному законодавстві багатьох зарубіжних країн використовується відмінний від закріпленого у КК України підхід до визначення кола необережних діянь, що тягнуть кримінальну відповідальність. Йдеться про наявність у загальній частині кримінального закону спеціального застереження, згідно з яким діяння, вчинені через необережність, караються як злочини лише у випадках прямої вказівки на це в особливій частині кримінального закону (наприклад, § 7 КК Австрії, ст. 11 КК Болгарії, § 19 КК Данії, ст. 12 КК Іспанії, ст. 42 КК Італії, ст. 15 КК КНР, ст. 16 КК Литви, ст. 24 КК РФ, ст. 18 КК Швейцарії, ст. 2 глави 1 КК Швеції, ст. 121-3 КК Франції). Перевагами цього підходу є те, що він вважається серйозною правовою гарантією проти поширювального тлумачення кримінального закону, дозволяє зробити останній більш лаконічним і зрозумілим, сприяє однаковому застосуванню кримінально-правових норм.

На цьому етапі час перейти від розгляду загальних питань суб'єктивної сторони до безпосереднього аналізу змісту вини в межах суб'єктивної сторони складів злочину, передбачених частинами 1 і 2 ст. 388 КК України. І почати цей аналіз слід з констатації того факту, що диспозиції цих кримінально-правових норм не містять прямої вказівки ні на форму вини, з якою можуть вчинятися описувані ними діяння, ні, тим більше, на її вид. За таких обставин на допомогу у вирішенні цього питання мали б прийти мотив або мета, закріплені як обов'язкові ознаки досліджуваних складів злочину (адже традиційно вважається, що мотив злочину може мати місце лише в умисних злочинах, а мета – в «прямоумисних» злочинах), однак про них кримінальний закон у цьому разі також умовчує. Усе це ускладнює встановлення змісту вини у складах злочину, передбачених частинами 1 і 2 ст. 388 КК України. Через це пропонуємо звернутись до історії розвитку кримінально-правової заборони незаконних дій щодо майна зі специфічним правоим статусом.

Так, ст. 185 КК УСРР 1922 р. встановлювала кримінальну відповідальність приватних осіб за привласнення, тобто самовільне утримання з

корисливою метою, а також розтрату майна, що було ввірено для певної мети. Зі змісту наведених способів учинення цього злочину («самовільне утримання» та «розтрата»), а також із закріплення як обов'язкової ознаки корисливої мети (мотиву) самовільного утримання майна однозначно випливало, що таке діяння могло бути вчинено лише з прямим умислом. Тобто перший радянський прообраз розглядуваних у монографії норм передбачав кримінальну відповідальність виключно за «прямоумисні» дії щодо майна, яке мало специфічний статус.

За ст. 177 КК УСРР 1927 р. наставала відповідальність за привласнення, тобто утримання з корисливою метою чужого майна, дорученого для певної мети, або розтрату цього майна. Попри певні термінологічні перестановки (зокрема, слово «утримання» було замінено словом «привласнення») у диспозиції цієї норми (порівняно зі ст. 185 КК УСРР 1922 р.), її зміст залишився майже незмінним. Як і в ст. 185 КК УСРР 1922 р., способи вчинення цього злочину та наявність корисливої мети засвідчували, що таке діяння могло бути вчинене лише з прямим умислом. Те саме стосується і діяння, описаного в ст. 177-1 КК УСРР 1927 р., яке було сформульовано шляхом «виділення» із загального діяння, описаного ст. 177 КК УСРР 1927 р., з метою посилення кримінальної відповідальності за розглядувані дії, якщо його предметом було майно, передане на зберігання уповноваженим на те органом влади.

«Правонаступником» розглядуваних статей, як вже зазначалось, стала ст. 182 КК УРСР 1960 р., яка діяла до 1 вересня 2001 р., передбачаючи відповідальність за утаювання майна, що підлягає конфіскації, або утаювання чи розтрату майна, на яке накладено арешт або яке описано. На відміну від своїх попередників, зазначена стаття не вимагала корисливого мотиву (мети) вчинення таких діянь, що пояснювалося її новим місцем розташування (ст. 182 КК УРСР 1960 р. знаходилась у главі «Злочини проти правосуддя»). Не дивлячись на це, способи вчинення злочину залишалися тими ж – «утаювання» та «розтрата».

У тлумачних словниках як радянського, так і сучасного періодів зазначається, що слово «утаювати» означає ховати щось від кого-небудь,

таємно присвоювати щось тощо. Тобто таке діяння, як утаювання, за своїм внутрішнім змістом не може вчинятися через необережність або з непрямим умислом. Навряд чи можна собі уявити, що особа щось сховала від кого-небудь або таємно присвоювала щось, сама того не бажаючи. З цього ми робимо висновок, що утаювання майна може вчинятися лише з прямим умислом. Аналогічна ситуація спостерігається і у випадку з розтратою майна. Так, у тлумачних словниках зазначається, що слово «розтратити» означає «витратити», «тратячи, витратити», «витратити з корисливою метою» тощо⁴⁵⁵.

На зміну ст. 182 КК УРСР 1960 р. прийшла ст. 388 чинного КК України. При цьому з самого початку (в період з 1 вересня 2001 р. по 31 березня 2005 р.) вона передбачала відповідальність лише за приховування майна, що підлягає конфіскації, або на яке накладено арешт чи яке описано. Тобто єдиним способом учинення цього злочину в зазначений період було «приховування», яке, як вже зазначалося, може вчинятися лише з прямим умислом незалежно від предмета «приховування» чи, що одне і те саме, «утаювання».

Із цього випливає, що незаконні дії щодо майна зі специфічним правовим статусом (ввіреного, арештованого, конфіскованого) не тільки завжди передбачалися у вітчизняному кримінальному законодавстві як умисні діяння, а і під час розроблення та прийняття КК України 2001 р. розглядалися законодавцем виключно як «прямоумисні» діяння.

Як свідчить аналіз пояснювальних записок до ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 3 березня 2005 р. (набрав чинності 31 березня 2005 р.), ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» 22 вересня 2011 р. (набрав чинності 16 жовтня 2011 р.), інших, пов'язаних із ними документів (порівняльних таблиць, висновків Головного експертного управління Апарату ВРУ тощо), а також процесу обговорення законопроектів, усі подальші зміни, які було внесено до ст. 388 КК України, не

⁴⁵⁵ Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – 2-ге вид. – Київ: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – С. 1267.

стосувалися суб'єктивної сторони складів розглядуваного злочину та мали своїм призначенням удосконалення предмета та об'єктивної сторони.

Узагальнюючи ретроспективний аналіз суб'єктивної сторони незаконних дій з майном, що має специфічний правовий статус, зазначимо, що вітчизняний законодавець завжди розглядав такі діяння виключно як «прямоумисні» посягання.

Продовжуючи аналіз змісту вини у досліджуваних нами складах злочину, звернемося до техніки конструювання диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України в частині описання їх об'єктивної сторони. У диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України зазначається: «Розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення майна або інші незаконні дії з майном ... ». Як бачимо, конструюючи диспозицію ч. 1 ст. 388 КК, законодавець поставив на перше місце такі види діянь, які взагалі неможливо вчинити з необережності чи з непрямым умислом. Хіба можна собі уявити ситуацію, щоб особа необережно приховувала, підмінила, розтратила чи здійснила відчуження ввіреного їй майна? З нашої точки зору, ні. З цього можна зробити висновок, що техніка побудови диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України в частині описання об'єктивної сторони також схиляє до думки про те, що в ст. 388 КК України йдеться виключно про «прямоумисні» діяння.

Ще одним аргументом на користь того, що діяння, описані в ст. 388 КК України, можуть учинятися лише з прямим умислом, є те, що більшість способів учинення (форм об'єктивної сторони) розглядуваних складів злочину не вимагає настання злочинних наслідків (приховування, підміна тощо). Тобто в цій частині розглядувані склади злочинів є формальними⁴⁵⁶. Злочини з формальним складом, за домінуючою в кримінально-правовій літературі думкою⁴⁵⁷, з якою ми погоджуємося, можуть учинятися лише з прямим умислом.

⁴⁵⁶ Загалом же, як було зазначено вище, суспільно небезпечні посягання, передбачені як частиною 1, так і частиною 2 ст. 388 КК України, є злочинами з формально-матеріальним складом.

⁴⁵⁷ Законодавчі визначення вини (ст. 23 КК) та її форм (ст. 24, ст. 25 КК), будучи «прив'язаними» до суспільно небезпечних наслідків, доречні (прийнятні) для злочинів із матеріальним складом. Щодо визначення змісту вини у злочинах із формальним складом, то у науці з цього питання існують чотири різні підходи: 1) вказані злочини можуть вчинятись лише з прямим умислом або через злочинну недбалість. У межах цього підходу встановлювати психічне ставлення до суспільно небезпечних наслідків не потрібно. Психічне

Рухаючись далі шляхом встановлення змісту вини у складах злочину, описаних частинами 1 і 2 ст. 388 КК України, слід звернути увагу і на те, що незаконним діям з арештованим, описаним, заставленим або конфіскованим майном, учиненим з необережності, не притаманна суспільна небезпека як визначальна ознака злочину (ст. 11 КК України). З нашої точки зору, необережні діяння з арештованим, описаним, заставленим або конфіскованим майном не тільки не несуть у собі суспільної небезпеки, а і взагалі не можуть визнаватися спрямованими «проти правосуддя». В останньому випадку вони лише певним чином можуть заважати здійсненню правосуддя (наприклад, зберігач арештованого майна необережно його пошкодив), але аж ніяк не спрямовані проти його здійснення.

Не викликає ж сумнівів питання щодо змісту вини у злочині, передбаченому ст. 388 КК України, і у вітчизняних теоретиків, які одностайно стверджують, що діяння, описані ст. 388 КК України, можуть учинитися лише з прямим умислом⁴⁵⁸. На аналогічні міркування натрапляємо, аналізуючи праці

ставлення суб'єкта тут переноситься на саме діяння, з моменту вчинення якого злочин вважається закінченим, а вина формулюється як психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності. Вважається, що інтелектуальна ознака умислу у цьому разі включає лише усвідомлення суспільно небезпечного характеру свого діяння, а ставлення до наслідків не виникає та й виникнути не може; 2) злочини з формальним складом можуть вчинятися лише з прямим умислом, а вчинити такі злочини з необережності неможливо; 3) злочинів із формальним складом не існує. На користь того, що український законодавець формулює форми і види вини, виходячи саме з такого підходу, свідчить текст ст. 23–25 КК. Так, у ст. 23 КК використано єднальний сполучник «та», з чого випливає, що наслідки дії чи бездіяльності існують завжди. У ст. 24, 25 КК також йдеться як про дії (бездіяльність), так і про наслідки; 4) злочини з формальним складом можуть бути вчинені умисно або через необережність, однак встановити форму і вид вини у цьому разі неможливо (докладний аналіз викладених підходів наводиться у такій праці: Калмиков Д., Хавронюк М. Деякі особливості змісту вини у злочинах з формальним складом // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 6. – С. 62–69).

З урахуванням того, що законодавчі конструкції умислу і необережності в чинному КК України розраховані лише на злочини з матеріальним складом, заслуговує на підтримку пропозиція викласти в новій редакції ст. 24 і ст. 25 КК таким чином, щоб вони фіксували особливості змісту умислу і необережності у злочинах із формальним складом. Зрозуміло, що така пропозиція, яка спонукає запозичувати відповідний зарубіжний досвід, є прийнятною за умови чіткого закріплення у нашому КК поділу злочинів на злочини з матеріальним і злочини з формальним складом.

⁴⁵⁸ Кримінальне право України. Загальна та Особлива частини: навчальний посібник / В.О. Кузнецов, М.П. Стрельбицький, В.К. Гіжевський. – К.: Істина, 2005. – С. 303; Селецький С. І. Кримінальне право України. Особлива частина: навчальний посібник. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – С. 365; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2-х томах / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-те вид. переробл. та допов. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – Т. 2. – С. 476; Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: монографія. – Х. : Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 309; Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / за ред. Є.Л. Стрельцова. – Х. : Одіссея, 2009. – С. 401; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1130; Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 119; Соболева О.О. Кримінальна

російських криміналістів, які вивчали суб'єктивні ознаки складів злочину, караного за ст. 312 КК РФ⁴⁵⁹.

Підтримує такий підхід і правозастосовна практика, адже в переважній більшості випадків суди правильно тлумачать зміст суб'єктивної сторони розглядуваного злочину, виходячи з того, що незаконні дії стосовно майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, можуть бути вчинені лише з прямим умислом.

У цьому сенсі викликає інтерес ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Сумської області, винесена за результатами розгляду апеляції засудженого за ч. 1 ст.388 КК України на вирок Роменського міськрайонного суду від 11 грудня 2007 р. В ухвалі звертається увага на те, що суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 388 КК України, характеризується прямим умислом, який має охоплювати собою і усвідомлення того факту, що майно є арештованим. Оскільки органи досудового слідства та місцевий суд цю обставину не встановили, вирок було скасовано, а справу направлено прокурору для організації проведення додаткового розслідування⁴⁶⁰.

Однак, як це впливає з аналізованої ухвали, суб'єкт, у подальшому засуджений за ч. 1 ст. 388 КК України, здійснив продаж майна вже після того, як арешт з майна був знятий (договір купівлі-продажу майна нотаріально посвідчений 20 грудня 2005 р., а арешт з майна знято на підставі судового рішення від 18 листопада 2005 р., яке вступило в законну силу 20 грудня

відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 134.

⁴⁵⁹ Тепляшин П.В. Преступления против правосудия: учеб. пособие. – Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России, 2004. – С. 108; Спектор Л. Преступления в сфере процессуальной деятельности суда и правоохранительных органов, совершаемые лицами, призванными по закону содействовать ей // Уголовное право. – 2005. – № 3. – С. 58; Преступления против правосудия / под ред. А.В. Галаховой. – М.: Норма, 2005. – С. 290; Дударев М. Обстоятельства, подлежащие исследованию, по делам о совершении незаконных действий в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации // Законность. – 2008. – № 2. – С. 18; Бриллиантов А.В., Косевич Н.Р. Настольная книга судьи: преступления против правосудия. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 431, 433; Полный курс уголовного права: в 5 томах / под. ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки РФ А.И. Коробеева. – Т. V: Преступления против государственной власти. Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 301.

⁴⁶⁰ Роменського міськрайонного суду Сумської обла. Справа № 11-76 за 2008 р.

2005 р.), і про цю обставину засуджений вказав у своїй апеляції. За таких обставин мав бути винесений виправдувальний вирок через відсутність у діях засудженого складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України (відсутність не стільки суб'єктивної сторони, скільки предмета злочину).

Таким чином, суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 388 КК України, характеризується виною у формі прямого умислу. При цьому інтелектуальною ознакою умислу має охоплюватись усвідомлення винною особою того факту, що майно, яке виступає предметом злочину, є арештованим, заставленим, описаним чи конфіскованим. Такий висновок впливає з наступного.

По-перше, при прямому умислі, як справедливо зазначається в кримінально-правовій літературі, особа має усвідомлювати не лише фактичні обставини вчиненого нею діяння, а й усвідомлювати його соціальне (а якщо бути точнішим, то антисоціальне) значення, тобто його суспільно небезпечний характер⁴⁶¹. Саме цього вимагає і ч. 2 ст. 24 КК України, в якій зазначається, що «прямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), ...». Усвідомлення ж суспільно небезпечного характеру діянь, описаних ст. 388 КК України, неможливе без знання того факту, що майно, щодо якого здійснюють незаконні дії, є арештованим, заставленим, описаним чи конфіскованим.

По-друге, цього вимагає специфіка побудови ч. 1 ст. 388 КК України, позаяк у ній вказується на ввіреність відповідного майна. Ввіреність же, як зазначалося вище, з погляду диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України означає офіційне передавання винному на зберігання арештованого чи описаного майна, здійснене уповноваженим суб'єктом на підставі та в порядку, передбаченому законодавством. Із цього випливає, що, якщо особа, котра вчинила незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано, не знала про його специфічний статус, вона не повинна притягуватися до відповідальності за ч. 1 ст. 388 КК України, адже вона не є

⁴⁶¹ Никифоров Б.С. Об умысле по действующему уголовному законодательству // Советское государство и право. – 1965. – № 6. – С. 30.

його суб'єктом. Тобто поінформованість про специфічний статус майна, про яке йдеться в ч. 1 ст. 388 КК України, а отже, усвідомлення цього факту притаманні будь-якій особі, яка вчиняє таке діяння. Усвідомлення протиправності своїх дій має бути і при вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, адже в протилежному випадку посягання на конфісковане майно перетворюється зі злочину проти правосуддя в злочин проти власності.

Говорячи про вольову ознаку умислу, слід зазначити, що вона завжди має бути присутньою при вчиненні діянь, описаних ст. 388 КК України, однак залежно від способу вчинення незаконних дій із предметом злочину може набувати різного змісту. Так, якщо йдеться про вчинення таких незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, які не тягнуть за собою злочинних наслідків (зокрема, приховування чи підміна), то вольові ознаки, зазначені в ч. 2 ст. 24 КК України, за домінуючою думкою в кримінально-правовій літературі, переносяться на саме діяння. У такому випадку прямий умисел полягає в усвідомленні суспільно небезпечного характеру вчинюваного діяння (інтелектуальна ознака умислу) та бажанні його вчинити (вольова ознака умислу).

Якщо ж незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, тягнуть за собою певні злочинні наслідки (наприклад, при знищенні або пошкодженні майна), то формула прямого умислу застосовується в повному обсязі (згідно з ч. 2 ст. 24 КК України) та полягає в тому, що винна особа має усвідомлювати суспільно небезпечний характер вчинюваного діяння, передбачати настання злочинних наслідків і бажати їх настання.

Беручи за основу висновки, зроблені вище та враховуючи положення ч. 2 ст. 24 КК України, робимо такі висновки:

1) суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині розтрата, відчуження, приховування, підміни, пошкодження, знищення майна або інших незаконних дій із майном, на яке накладено арешт або майном, яке описано, чи порушення обмеження права користуватися таким

майном полягає в: а) усвідомленні винним того, що виконувані ним дії є незаконними, а майно – арештованим чи описаним (усвідомлення фактичного характеру вчинюваних дій); б) усвідомленні винним того, що, виконуючи такі дії, він спричиняє шкоду авторитету органів державної влади, які наділені компетенцією щодо накладення арешту на майно, його опису та встановлення обмеження права користуватися таким майном (усвідомлення суспільної небезпеки вчинюваних дій); в) бажанні вчинити такі дії та бажанні спричинити злочинні наслідки, якщо вони фактично мали місце;

2) суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині розтрата, відчуження, приховування, підміни, пошкодження, знищення майна або інших незаконних дій із заставленим майном чи порушення обтяження права користуватися таким майном полягає в: а) усвідомленні винним того, що виконувані ним дії є незаконними, а майно – заставленим (усвідомлення фактичного характеру вчинюваних дій); б) усвідомленні винним того, що, виконуючи такі дії, він порушує встановлений законодавством порядок забезпечення цивільно-правових або майново-господарських зобов'язань заставою в частині виконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків (усвідомлення суспільної небезпеки вчинюваних дій); в) бажанні вчинити такі дії та бажанні спричинити злочинні наслідки, якщо вони фактично мали місце;

3) суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, в частині вчинення банківських операцій з коштами, на які накладено арешт, полягає в: а) усвідомленні винним того, що виконувана ним видаткова банківська операція є незаконною, а кошти – арештованими (усвідомлення фактичного характеру вчинюваних дій); б) усвідомленні винним того, що, виконуючи такі дії, він спричиняє шкоду авторитету органів державної влади, які наділені компетенцією щодо накладення арешту на кошти, які знаходяться на рахунках фінансових установ (усвідомлення суспільної небезпеки вчинюваних дій); в) бажанні вчинити такі дії та бажанні спричинити злочинні наслідки, якщо вони фактично мали місце;

4) суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, полягає в: а) усвідомленні винним того, що виконувані ним дії (розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення тощо) є незаконними, а майно – конфіскованим (усвідомлення фактичного характеру вчинюваних дій); б) усвідомленні винним того, що, виконуючи такі дії, він порушує встановлений порядок виконання рішень судів в частині конфіскації майна, а також спричиняє шкоду праву власності держави на це майно (усвідомлення суспільної небезпеки вчинюваних дій); в) бажанні вчинити такі дії та бажанні спричинити злочинні наслідки, якщо вони фактично мали місце.

Завершуючи розгляд суб'єктивної сторони складів злочину, описаного ст. 388 КК України, слід зазначити, що вчинення відповідних діянь з необережності може тягнути за собою кримінальну відповідальність лише в тому випадку, якщо в поведінці такої особи матиме місце склад іншого кримінально караного діяння. Наприклад, необережне знищення майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, може бути кваліфіковане за ст. 196 КК України як злочин проти власності, якщо в результаті таких дій буде спричинено тяжкі тілесні ушкодження або загибель людей; необережне здійснення представником банку або іншої фінансової установи видаткової банківської операції з коштами, на які накладено арешт, за наявності до того підстав (завдання істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб) має розглядатись як злочин, передбачений ст. 367 КК України («Службова недбалість»).

Щоправда, під час аналізу кримінальних справ нами було встановлено, що в судовій практиці трапляються випадки, коли до кримінальної відповідальності за ст. 388 КК України притягувалися і ті особи, які вчиняли діяння, описані в цій статті КК, з необережності. Так, мала місце ситуація, коли власник автомобіля, на який було накладено арешт, передаючи його в користування іншій особі за довіреністю (що не заборонялося рішенням суду та постановою державного виконавця), через неуважність не звернув уваги на те,

що довіреність передбачала право користувача і розпоряджатися цим транспортним засобом. Через деякий час недобросовісний користувач скористався цим правом та здійснив відчуження вказаного арештованого автомобіля від імені його власника. З цього випливає, що власник арештованого автомобіля не передбачав можливості його відчуження в результаті оформлення ним довіреності, хоча повинен був і міг його передбачити в силу того, що на нього було покладено обов'язки зберігати це майно. Вважаємо, що в цьому випадку мала місце необережність у вигляді злочинної недбалості, а тому винного було притягнуто до кримінальної відповідальності до ст. 388 КК безпідставно.

Очевидно, що така ситуація не сприяє ефективній боротьбі зі злочинністю в нашій державі та обумовлена, скоріш за все, тим, що в ст. 388 КК України відсутня вказівка на форму вини. Суди ж, як виявляється, не завжди правильно встановлюють зміст суб'єктивної сторони розглядуваних суспільно небезпечних діянь із тих ознак, які закріплені в тексті ст. 388 КК України. У зв'язку з цим пропонуємо в ст. 388 КК України включити вказівку на умисний характер вчинення таких діянь.

Наостанок слід зазначити, що диспозиції частин 1 і 2 ст. 388 КК України не містять вказівок ні на мету, ні на мотив учинення відповідних злочинів. Ці ознаки жодним чином не впливають і зі змісту кримінально-правових норм. Тому слід погодитися з тими дослідниками, які зазначають, що мотиви таких діянь на кваліфікацію за ст. 388 КК України (ст. 312КК РФ) не впливають і можуть бути найрізноманітнішими: це – корисливі спонукання, особиста зацікавленість, бажання догодити начальству, співчуття і жалість до винного, бажання допомогти близькій людині, небажання, щоб майно було конфісковане або арештоване майно, вилучене та реалізоване тощо⁴⁶².

⁴⁶² Кримінальне право України. Загальна та Особлива частини: навчальний посібник / В.О. Кузнецов, М.П. Стрельбицький, В.К. Гіжевський. – К.: Істина, 2005. – С. 303; Селецький С.І. Кримінальне право України. Особлива частина: навчальний посібник. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – С. 365; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2-х томах / за заг ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид. переробл. та допов. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – Т. 2. – С. 476; Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: монография. – Х.: Издательство «ФИНН», 2009. – С. 309; Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / за ред. Є.Л. Стрельцова. – Х.: Одиссей,

Наприклад, завідувач складу ТОВ «Клембівка-В» здійснив відчуження сільськогосподарської продукції на суму 9 тис. грн., на яку було накладено арешт ДВС Ямпільського міськрайонного управління юстиції на виконання рішення Господарського суду Вінницької області у справі за кредитом, наданим цьому підприємству ВАТ «Раффайзен Банк Аваль». Вказана службова особа, діючи, як про це вказується у вирокі, з мотивів хибного уявлення про свої службові обов'язки, передала сільськогосподарську продукцію в рахунок сплати заборгованості за заробітною платою працівникам ТОВ «Клембівка-В» і виплати орендної плати власникам земельних паїв за використання земельних паїв товариством⁴⁶³.

3. Співвідношення складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України, з іншими складами злочинів

Кожен злочин має низку спільних ознак з іншими злочинами. Труднощі при кваліфікації головним чином і пояснюються цією обставиною. Для того, щоб правильно кваліфікувати злочин, необхідно чітко уявляти собі розмежувальні лінії між ним і суміжними злочинами. Встановлюючи властиві певному діянню ознаки, відкидаючи ті ознаки, які йому не властиві, поступово поглиблюючи аналіз і правової норми, і фактичних обставин скоєного, ми приходимо до єдиної сукупності ознак, що характеризують цей злочин і відрізняють його від інших. По суті, як слушно зазначає В.М. Кудрявцев, увесь процес кваліфікації полягає в послідовному відмежуванні кожної ознаки

2009. – С. 401; Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Гютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 119; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1130; Тепляшин П.В. Преступления против правосудия: учеб. пособие. – Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России, 2004. – С. 108; Спектор Л. Преступления в сфере процессуальной деятельности суда и правоохранительных органов, совершаемые лицами, призванными по закону содействовать ей // Уголовное право. – 2005. – № 3. – С. 58; Преступления против правосудия / под ред. А.В. Галаховой. – М.: Норма, 2005. – С. 290; Бриллиантов А.В., Косевич Н.Р. Настольная книга судьи: преступления против правосудия. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 431; Полный курс уголовного права: в 5 томах / под. ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки РФ А.И. Коробеева. – Т. V: Преступления против государственной власти. Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 301; Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 138, 141.

⁴⁶³ Архів Ямпільського районного суду Вінницької області. Справа № 1-161 за 2007 р.

вчиненого діяння від ознак інших, суміжних злочинів. Можна сказати, що розмежування злочинів є зворотною стороною кваліфікації⁴⁶⁴.

Підтримуючи В.М. Кудрявцева, С.А. Тарарухін зазначає, що, хоч кожен злочин і має спільні риси з іншими злочинами, вони обов'язково чимось розрізняються, адже інакше неможливо було б застосовувати кримінальний закон. По суті, кваліфікація полягає однаковою мірою у встановленні в скоєному конкретного складу злочину (позитивна форма) і в відмежуванні його від суміжних злочинів (негативна форма), зливаючись в єдиний процес пізнання істини у справі. Процес розмежування злочинів може здійснюватись у різній послідовності, однак у будь-якому разі він повинен включати в себе: по-перше, з'ясування фактичного та юридичного змісту ознак складів, що розмежовуються; по-друге, зіставлення цих ознак між собою із виокремленням подібностей та відмінностей між ними; по-третє, визначення того складу злочину, ознаки якого наявні серед фактичних обставин; при цьому обставини, які ним не охоплюються, не повинні утворювати самостійний склад злочину, оскільки в протилежному випадку мова може йти про сукупність злочинів⁴⁶⁵.

Із викладеного випливає, що суміжні складі злочинів – це такі складі, які мають хоча б одну спільну та хоча б одну розмежувальну ознаки. Якщо ж прийняти до уваги той факт, що певні ознаки притаманні всім без винятку складам злочинів, а отже, потреби в розмежуванні таких складів не існує, то слід визнати більш вдалим визначення, запропоноване Л.П. Брич, яка слушно зазначає, що суміжними складами злочинів є складі злочинів, кожен з яких має одну або кілька схожих за змістом (спільних) ознак (крім загального об'єкта, причинного зв'язку, загальних ознак суб'єкта складу злочину, вини) та одночасно містить одну або кілька відмінних за змістом ознак, що виключають

⁴⁶⁴ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – 2-е изд., перераб. и дополн. – М.: Юристъ, 2007. – С. 126.

⁴⁶⁵ Тарарухин С.А. Квалификация преступлений в следственной и судебной практике. – К.: Юринком, 1995. – С. 80, 82.

однойменні ознаки іншого складу злочину (розмежувальні ознаки)⁴⁶⁶.

При цьому в теорії кримінального права справедливо зазначається, що найбільшу складність становлять такі склади злочинів, які мають кілька чи навіть лише одну розмежувальну ознаку. Так, Є.В. Благов пише, що склади, які мають лише одну розмежувальну ознаку (саме вони у вузькому розумінні є суміжними), легше всього переплутати у випадку неправильного розуміння їх специфічних ознак. Розмежування ж складів, що мають кілька розмежувальних ознак, має відбуватися за кожною ознакою, тобто комплексно⁴⁶⁷. Досліджуючи суміжні склади злочинів, слід мати на увазі, що норми, якими вони описуються, можуть перебувати між собою в конкуренції і в такому випадку в процесі кваліфікації необхідно застосовувати вироблені доктриною правила подолання конкуренції⁴⁶⁸.

Переходячи до безпосереднього аналізу співвідношення складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України, з іншими складами злочинів, слід зазначити, що розмежування будь-яких явищ, у т.ч. злочинів, включає проведення таких дій: 1) знаходження спільного – того, що об'єднує порівнювані об'єкти; 2) виведення ознак, за якими порівнювані об'єкти відрізняються між собою; 3) встановлення, в чому полягає відмінність у виявлених розмежувальних ознаках⁴⁶⁹.

Керуючись саме таким алгоритмом, почнемо з першого етапу – знаходження спільних ознак між складами злочину, передбаченого ст. 388 КК України, і складами злочинів, описаних іншими заборонними нормами кримінального закону. У ході цього процесу нами було з'ясовано, що складів злочинів, які є суміжними зі складами злочину, передбаченого ст. 388 КК України, багато. Так, за ознакою основного безпосереднього об'єкта склад

⁴⁶⁶ Брич Л. Суміжні склади злочинів: поняття та ознаки // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 6. – С. 102–109.

⁴⁶⁷ Благов Е.В. Квалификация преступлений (теория и практика). – Ярославль: Изд-во Ярославского ун-та, 2003. – С. 34.

⁴⁶⁸ Марін О.К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм: монографія. – К.: Атіка, 2003. – С. 69–70; Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 480–481.

⁴⁶⁹ Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 480–481.

злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, є суміжним із переважною більшістю складів, описаних нормами Розділу XVIII Особливої частини КК України, а за ознакою додаткового обов'язкового об'єкта – ще і з усіма складами злочинів, описаних нормами Розділу VI Особливої частини КК України; за ознаками об'єктивної сторони (зокрема, за змістом діяння) склади досліджуваного злочину є суміжними з десятками складів злочину, описуваних нормами Особливої частини КК України, адже злочини, передбачені ст. 388 КК України, можуть учинятися шляхом будь-яких незаконних дій з арештованим, описаним, заставленим чи конфіскованим майном (наприклад, зі складами злочинів, передбачених статтями 191, 194, 197, 262, 308, 312, 313, 357, 410 КК України) тощо.

У зв'язку з цим з усієї сукупності складів злочинів, які є суміжними зі складами злочину, передбаченого ст. 388 КК України, ми відібрали лише ті, що мають найбільшу кількість спільних і найменшу кількість розмежувальних (відмінних) ознак із досліджуваними нами складами злочинів⁴⁷⁰. Такими, з нашої точки зору, є склади злочинів, описані статтями 191, 194, 197, а також ст. 382 КК України. Оскільки названі склади злочинів, як правило, мають не одну, а кілька ознак, які відмежовують його від складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України, то проводити цей аналіз слід комплексно (тобто за всіма ознаками складу злочину) і попарно (тобто в порівнянні з ознаками складів злочину, передбаченого ст. 388 КК України).

Найбільшу кількість спільних ознак зі складом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, має склад злочину, описаного в ч. 1 ст. 191 КК України («Привласнення чи розтрата чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало в її віданні»). Їх спільність полягає в тому, що обидва зазначені склади злочинів передбачають кілька однакових ознак об'єктивної сторони складу злочину (зокрема, діяння у вигляді привласнення або розтрата ввіреного майна), однакові ознаки суб'єкта злочину (фізична природа, осудність, досягнення 16-річного віку, ввіреність майна такому суб'єкту) та однакову

⁴⁷⁰ Таке рішення обумовлено тим, що саме ці випадки становлять найбільшу складність для правозастосовних органів у процесі кваліфікації суспільно небезпечних діянь.

форму вини (умисел). Водночас, як свідчить порівняльний аналіз, склади злочинів, передбачених ч. 1 ст. 388 КК та ч. 1 ст. 191 КК України, мають і низку відмінних ознак, які слід брати до уваги при оцінці вчиненого винним діяння.

Починаючи з ознак об'єкта, слід зазначити, що склад злочину, описаного в ч. 1 ст. 388 КК України, альтернативно передбачає два основних безпосередніх об'єкта: 1) авторитет органів державної влади, наділених повноваженнями щодо накладення арешту на майно, його опису та встановлення обмеження права користуватися таким майном (в частині кримінально-правової заборони незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано, порушення обмеження (обтяження) права користуватися таким майном, здійсненого особою, якій це майно ввірено, а також здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт); 2) встановлений законодавством порядок забезпечення цивільно-правових і майново-господарських зобов'язань заставою в частині виконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків (в частині кримінально-правової заборони незаконних дій щодо заставленого майна). Основним же безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 191 КК України, виступають правовідносини, які забезпечують право власності суб'єкта, майно якого є предметом злочину. У складі злочину, описаного в ч. 1 ст. 388 КК України, правовідносини, які забезпечують право власності, виконують роль лише додаткового (до того ж факультативного) об'єкта. З цього приводу П.В. Олійник слушно зазначає, що відносини власності тільки в окремих випадках можуть виступати додатковим об'єктом вказаного злочину. Це положення обумовлене тим, що передача майна, на яке накладено арешт, може здійснюватися не тільки іншим особам, а і самому власнику. В інших випадках відносини власності залишаються недоторканими⁴⁷¹.

Склади злочинів, передбачених ч. 1 ст. 388 КК України та ч. 1 ст. 191 КК України, відрізняються між собою і за предметом злочину. З одного боку,

⁴⁷¹ Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: монографія. – Х.: Право, 2011. – С. 175.

ознаки предмета злочину, передбаченого ч. 1 ст. 191 КК України, виписані в кримінальному законі дещо ширше (абстрактніше), адже ним може бути будь-яке ввірене майно, а не лише майно зі спеціальним статусом (арештоване, описане чи заставлене майно), з іншого, – дещо вужче (конкретніше), адже ним може бути лише чуже майно⁴⁷² в той час, як предметом злочину, описаного в ч. 1 ст. 388 КК України, може бути як власне, так і чуже для винного майно.

Крім того, предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 191 КК України, може бути лише майно, вартість якого на момент учинення злочину перевищувала 0,2 НМДГ. Такий висновок впливає із системного аналізу положень кримінального (статті 185, 190, 191 КК України) та адміністративного (ст. 51 КУпАП України) законодавства. Предметом злочину, описаного в ч. 1 ст. 388 КК України, формально (проблема малозначності висвітлювалась нами вище) може бути майно будь-якої вартості.

Діючи на підставі угоди про зберігання та реалізацію безхазяйного та іншого майна, що належить або переходить у власність держави, укладеної між Краснодонською об'єднаною державною податковою інспекцією (далі – ОДПІ), з одного боку, та директором ТОВ «Транстар», з іншого, останній отримав від ОДПІ на відповідальне зберігання безхазяйне майно, яке належить державі, а саме дизельне паливо у кількості 52 980 літрів, про що було складено акт опису і попередньої оцінки майна. У подальшому директор ТОВ «Транстар», реалізуючи злочинний умисел, в телефонному режимі повідомив працівників Краснодонської ОДПІ про зміну місця зберігання дизельного палива. Насправді невстановленими транспортними засобами він вивіз дизельне паливо в невідомому напрямі, тим самим розтративши майно, яке було описане співробітниками податкової та ввірено йому. Сєвєродонецький міський суд Луганської області кваліфікував вказані дії директора ТОВ «Транстар» за ч. 1 ст. 388 КК України, визнавши їх розтратою майна, яке було описане

⁴⁷² Чужим визнається майно, яке не належить винному на праві власності або не перебуває в його законному володінні. Не є чужим 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. За певних обставин вчинення протиправних діянь щодо майна, яке перебуває в спільній власності, може кваліфікуватися за ст. 356 КК як самоправство.

*службовими особами Краснодонської ОДПІ та ввірено підсудному*⁴⁷³.

Вище нами неодноразово наголошувалось на тому, що опис майна може не супроводжуватись його арештом, і це має враховуватись при застосуванні ч. 1 ст. 388 КК України. Не дивлячись на це, схилиємось до думки про те, що злочинні дії директора ТОВ «Транстар» мали кваліфікуватись не за ч. 1 ст. 388, а за відповідною частиною ст. 191 КК України. Адже ця службова особа вчинила розтрату чужого майна, ввіреного їй на підставі договору. Договірні ж відносини, як видається, виключають наявність предмета досліджуваного злочину проти правосуддя.

Певні відмінності мають місце і в ознаках об'єктивної сторони складів розглянутих злочинів. Так, оскільки в ч. 1 ст. 191 КК України йдеться лише про такі діяння, як «привласнення» та «розтрата», здійснені виключно щодо чужого майна, то цілком зрозуміло, що об'єктивна сторона описуваного нею складу передбачає настання злочинних наслідків у вигляді істотної майнової шкоди власнику такого майна. Натомість у складі злочину, описаного в ч. 1 ст. 388 КК України (ч. 1 ст. 312 КК РФ), такі наслідки відсутні, адже привласнення та розтрата можуть мати місце і щодо власного майна винного або хоч і щодо чужого майна, однак в інтересах власника (наприклад, зберігач арештованого майна на прохання власника здійснює його відчуження)⁴⁷⁴. Відповідно, такі дії посягають лише на інтереси правосуддя і не зачіпають право власності.

Переходячи до суб'єктивної сторони, слід зазначити, що суб'єктивна сторона злочину, описаного в ч. 1 ст. 388 КК України, не містить такої обов'язкової ознаки, як мотив злочину. З цього приводу вище зазначалось, що мотиви такого злочину можуть бути будь-якими (корисливі спонукання, особиста зацікавленість, співчуття і жалість до винного, бажання допомогти

⁴⁷³ Архів Северодонецького міського суду Луганської області. Справа № 428/1977/13-к за 2013 р.

⁴⁷⁴ Векленко С., Виноградов Д. Проблемы отграничения преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 312 УК РФ, от смежных и конкурирующих составов преступлений // Уголовное право. – 2007. – № 5. – С. 13–14.

Вирішуючи проблему співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 160 і ст. 312 КК РФ, А.А. Гулий пише про наявність у цьому разі конкуренції загальної і спеціальної кримінально-правових норм. Норми, передбачені ст. 312 КК РФ, крім загальних ознак, містять специфічні ознаки, які стосуються предмета і суб'єкта (див.: Гулий А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 159–160, 167).

близькій людині, небажання, щоб арештоване майно було вилучене та реалізоване, тощо). Звідси, на нашу думку, випливає, що вчинення передбачених ст. 388 КК України незаконних дій з відповідним майном із корисливих спонукань повинно розцінюватись як злочин проти правосуддя, а не як корисливий злочин проти власності. При цьому злочин, караний за ч. 1 ст. 191 КК України, в теорії кримінального права традиційно відноситься до так званих корисливих посягань на власність, а тому вважається, що суб'єктивна сторона його юридичного складу містить корисливий мотив як обов'язкову ознаку⁴⁷⁵.

З іншого боку, інтелектуальна ознака умислу в законодавчій моделі злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, вимагає від суб'єкта усвідомлення того факту, що майно – предмет цього злочину є арештованим, заставленим чи описаним у той час, як інтелектуальна ознака умислу в складі злочину, описаного ч. 1 ст. 191 КК України, такого усвідомлення не вимагає та вимагати, вочевидь, не може.

З усього викладеного випливає, що, хоч у складах злочинів, передбачених ч. 1 ст. 388 КК України та ч. 1 ст. 191 КК України, і передбачено чимало спільних (суміжних) ознак, ці склади мають і низку відмінних (розмежувальних) ознак, які дозволяють розмежовувати зазначені склади злочинів між собою та, як результат, правильно кваліфікувати вчинене за відповідною нормою кримінального закону.

З огляду на сказане, нам складно погодитись із висловленою в юридичній літературі думкою про те, що у випадках, коли особа з корисливих мотивів заволодіває ввіренням їй не збереження чужим майном (розтрачує його, продає, дарує тощо), яке було описане, заарештоване (ч. 1 ст. 388 КК України) або конфісковане (ч. 2 ст. 388 КК України), вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 191 і 388 КК України⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / за ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 157, 173–175; Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х.: «Одіссей», 2007. – С. 511; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 526.

⁴⁷⁶ Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 120.

Йдеться, треба так розуміти, про ідеальну сукупність злочинів. Не підтримуючи тезу про наявність у цьому разі сукупності, зауважимо, що подібна кваліфікація призведе до штучного утворення множинності злочинів там, де вона відсутня. Тут доречно нагадати слова С.А. Тарарухіна, який, аналізуючи проблему кваліфікації злочинів при конкуренції кримінально-правових норм, писав, що співвідносність норм за обсягом і змістом надає закону гнучкість, дозволяє кваліфікувати в його межах вчинене та уникати під час застосування закону нагромадження норм при правовій оцінці вчиненого злочину⁴⁷⁷. Якщо для сукупності злочинів характерним є те, що жодна із заборон не охоплює вчинене (два і більше злочини) повністю, і воно може отримати належну кримінально-правову оцінку лише шляхом застосування кількох норм Особливої частини КК України, то розтрата арештованого, описаного чи заставленого майна, вчинена з корисливих мотивів особою, якій це майно ввірено та яка не є його власником, охоплюється диспозицією ч. 1 ст. 388 КК України.

Подібним чином розмірковує П.В. Олійник, який пише, що не можуть розглядатись як злочин проти власності будь-які незаконні дії, направлені на відчуження або приховування майна, на яке накладено арешт або яке описано, скоєні власником такого майна, оскільки в цьому випадку особа не позбавляється права власності на своє арештоване або описане майно, а лише обмежується в цьому праві до вирішення справи відносно такого майна. Дії, що становлять розтрату, відчуження, приховування, підміну, пошкодження, знищення майна, на яке накладено арешт або яке описано, а також майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, кваліфікуються за ст. 388 КК (спеціальною нормою, виокремленою у зв'язку з юридичними властивостями майна) і є злочином проти правосуддя⁴⁷⁸.

Вироком Луцького міськрайонного суду Волинської області комерційного директора ВАТ «Луцький авіаремонтний завод» було засуджено за ч. 2 ст. 191

⁴⁷⁷ Тарарухин С.А. Квалификация преступлений в следственной и судебной практике. – К.: Юринком, 1995. – С. 51–52.

⁴⁷⁸ Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: монографія. – Х.: Право, 2011. – С. 56, 175.

і ст. 388 КК України за те, що він у 2004 р. шляхом зловживання службовим становищем розтратив описане і передане йому на зберігання майно потерпілого – визнані речовими доказами металоконструкції в кількості 64 штук вартістю 10 878 грн. 31 коп. Колегія суддів судової палати в кримінальних справах Апеляційного суду Волинської області при винесенні ухвали від 13 лютого 2006 р. вирішила, що вказані дії засудженого охоплюються диспозицією ч. 2 ст. 191 і додаткової кваліфікації за ст. 388 КК України не потребують.

Виходячи з того, що апеляційний суд залишив поза увагою наведені в апеляційній скарзі аргументовані доводи засудженого та його захисника про неправильність кримінально-правової оцінки дій засудженого, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ скасувала згадану ухвалу і направила справу на новий апеляційний розгляд. Під час цього розгляду колегія суддів судової палати в кримінальних справах Апеляційного суду Волинської області (ухвала від 6 червня 2008 р.) встановила передчасність висновку міськрайонного суду про доведеність факту розтрати засудженим чужого майна. Достовірно не було не з'ясовано, які саме металоконструкції реалізував комерційний директор ВАТ «Луцький авіаремонтний завод», – ті, що визнавались слідчим речовими доказами, передавались на зберігання цій особі і досі зберігаються на території підприємства як складова частина незавершеного будівництва, чи інші предмети, які не описувались і щодо яких засуджений реалізував своє право власності. За таких обставин вирок було скасовано, а справу направлено прокурору для організації додаткового розслідування⁴⁷⁹.

На нашу думку, за умови встановлення тієї обставини, що комерційний директор ВАТ «Луцький авіаремонтний завод» продав саме ті металоконструкції, які були описані слідчим і передані керівнику підприємства на відповідальне зберігання, дії останнього сукупності не утворюють і мають розцінюватись не як злочин проти власності (ч. 2 ст. 191 КК України), а як

⁴⁷⁹ Архів Апеляційного суду Волинської області. Справа № 11-249 за 2008 р.

злочин проти правосуддя (ч. 1 ст. 388 ККУ України).

На думку О.О. Соболевої, при кваліфікації заволодіння ввіреного на збереження чужого майна, що було описане, заставлене чи заарештоване, тільки за ч. 1 ст. 388 КК України не враховується та обставина, що покарання, передбачене ст. 191 КК України, є більш суворим, ніж покарання за злочин, передбачений ст. 388 КК України. Через це пропонується у випадку розтрати чужого арештованого, заставленого або описаного майна кваліфікувати такі дії за сукупністю злочинів, передбачених ст. 191 КК та ст. 388 КК України⁴⁸⁰.

Переконані в тому, що точність кримінально-правової оцінки не повинна ставитись у залежність від, вочевидь, не зовсім виваженої позиції законодавця з питання про оцінку суспільної небезпеки і, відповідно, караності⁴⁸¹ різних незаконних дій щодо майна зі специфічним правовим статусом. Невипадково В.О. Навроцький називає юридично правильною і політично зрілою позицію тих правників, які відстоюють «чистоту кваліфікації»: «Під нею якраз і розуміють точність кримінально-правової оцінки скоєного, інкримінування саме тих норм кримінального закону, які передбачають діяння, безвідносно до можливого покарання або застосування інших заходів»⁴⁸². Пригадується, як виступаючи на Міжнародній науково-практичній конференції «Запорізькі правові читання» (липень 2002 р.) з доповіддю, присвяченою покаранням за злочини у сфері обігу наркотиків, Є.В. Фесенко справедливо охарактеризував як «штучно створений тандем» випадки, коли кваліфікація вчиненого у вигляді інкримінування кількох статей КК зумовлена лише суворістю санкцій кримінально-правових норм.

⁴⁸⁰ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 150, 170.

⁴⁸¹ Ю.І. Кулешов, віддаючи пріоритет у розглядуваному співвідношенні ч. 1 ст. 312 КК РФ, водночас називає незрозумілим існуючий стан речей, за якого розкрадання арештованого або описаного майна шляхом розтрати (ч. 1 ст. 312 КК РФ) карається менш суворо, ніж розкрадання іншого майна шляхом розтрати (ч. 1 ст. 160 КК РФ). Для того, щоб усунути цю різницю в караності, в ст. 312 КК РФ пропонується виділити кваліфікований склад злочину – розкрадання шляхом привласнення або розтрати майна, на яке накладено арешт, особою, якій це майно ввірено (див.: Кулешов Ю.І. Преступления против правосудия: проблемы теории, законотворчества и правоприменения: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Владивосток, 2007. – С. 28–29, 41; Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки РФ А.И. Коробеева. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – Т. V: Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. – С. 298).

⁴⁸² Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 120.

Галицький районний суд Івано-Франківської області за ч. 2 ст. 190 і ч. 1 ст. 388 КК України засудив особу, яка за 10 тис. доларів США продала одному з приватних підприємців екскаватор, а потім перебрала цей екскаватор на територію цегельного заводу, що належить покупцю. При цьому, як зазначається у вироку, продавець умисно замовчав істину і не повідомив покупця про те, що відчужуваний ним екскаватор перебуває у заставі банку. Річ у тім, що раніше особа, яка без дозволу банку продала екскаватор, з метою забезпечення виконання кредитного договору уклала з цим банком договір застави, і предметом застави виступив саме екскаватор марки «O&K» вартістю 168 648 грн. Відповідно, вказується у вироку, особа шахрайським шляхом заволоділа грошовими коштами покупця на загальну суму 79 867 грн. Суд визнав підсудного винуватим у шахрайстві, тобто у заволодінні чужим майном шляхом обману, що завдало значної шкоди потерпілому, а також у незаконних діях щодо майна, на яке накладено арешт⁴⁸³.

Оцінюючи вирок суду, передусім вкажемо на те, що засуджений здійснив незаконні дії (а саме відчуження) не з арештованим майном, як про це чомусь написав суд, а із заставленим майном, що, однак, на інкримінування ч. 1 ст. 388 КК України *de lege lata* не впливає. Засудження ж цієї особи ще і за шахрайство видається сумнівним: по-перше, особа розпорядилась не чужим, а своїм майном; та обставина, що таке розпорядження було незаконним, знаходить достатнє відображення при кваліфікації вчиненого за ч. 1 ст. 388 КК України; по-друге, за свої гроші покупець, хоч і з порушенням встановленого порядку, отримав екскаватор. Інакше кажучи, ми не вбачаємо у цьому разі безоплатності, поняття якої розкривалось вище та яка вважається обов'язковою ознакою розкрадання, включаючи такий його різновид, як шахрайство.

Значну кількість спільних ознак зі складом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, має склад злочину, описаного в ч. 1 ст. 194 КК України («Умисне знищення або пошкодження чужого майна, що заподіяло шкоду у

⁴⁸³ Архів Галицького районного суду Івано-Франківської області. Справа № 0904/2374/12 за 2012 р.

великих розмірах»). Йдеться, зокрема, про частковий збіг ознак об'єктивної сторони (обидва склади злочинів передбачають такі діяння, як «знищення майна» та «пошкодження майна»), ознак суб'єкта складу злочину (фізична природа, осудність, досягнення 16-річного віку) та ознак суб'єктивної сторони (однакова форма вини – умисел). Попри це, між зазначеними вище складами злочинів існує багато розмежувальних ознак, які дозволяють досить чітко провести межу між ними відмежування та здійснити правильну кваліфікацію.

Як і в попередньому випадку, склади злочинів відрізняються між собою за змістом основного безпосереднього об'єкта. Аналогічними тим, про які йшлося під час розмежування складів злочинів, передбачених ч. 1 ст. 388 КК України та ч. 1 ст. 191 КК України, є відмінності в ознаках предметів, адже предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 194 КК України, є будь-яке чуже майно, а предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, – лише арештоване, описане чи заставлене майно, належне будь-якому власнику, в т. ч. винній особі.

Говорячи про ознаки об'єктивної сторони порівнюваних складів, слід мати на увазі, що ч. 1 ст. 194 КК України встановлює відповідальність лише за таке знищення або пошкодження майна, яке заподіяло шкоду у великих розмірах. У ч. 1 ст. 388 КК України ні про злочинні наслідки, ні про їх розмір не йдеться, а тому є підстави стверджувати, що кримінальна відповідальність за нею настає незалежно від розміру завданих збитків (за винятком малозначних діянь).

Відмінними є також ознаки суб'єкта розглядуваних злочинів. Якщо суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 194 КК України, є загальним (тобто це будь-яка фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку), то суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, – спеціальним (адже ним може бути лише та особа, якій ввірено майно, на яке накладено арешт, заставлене майно або майно, яке описано).

З міркувань, викладених вище, ми не погоджуємось з пропозицією кваліфікувати знищення або пошкодження описаного, арештованого і конфіскованого майна за сукупністю злочинів – не лише за ст. 388,

а і за ст. 194 КК України⁴⁸⁴.

Ще один склад злочину, що має значну кількість спільних ознак зі складом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, описано положеннями ст. 197 КК України («Невиконання або неналежне виконання особою, якій доручено зберігання чи охорона чужого майна, своїх обов'язків, якщо це спричинило тяжкі наслідки для власника майна»). Ці склади злочинів збігаються за змістом діяння та за ознаками суб'єкта. Разом з тим кількість відмінних (розмежувальних) ознак між ними настільки значна, що в будь-якому випадку можна (і треба) застосовувати лише одну із двох зазначених вище норм Особливої частини КК України.

Як і дві попередніх пари складів злочинів (ч. 1 ст. 388 – ч. 1 ст. 191; ч. 1 ст. 388 – ч. 1 ст. 194), склад злочину, передбаченого ст. 197 КК України, відрізняється від складу злочину, описаного ч. 1 ст. 388 КК України, за ознаками основного безпосереднього об'єкта та, зокрема, предмета злочину. З об'єктивної сторони ці законодавчі моделі злочинів відрізняються тим, що склад злочину, передбаченого ст. 197 КК України, містить як обов'язкову ознаку злочинні наслідки (тяжкі наслідки для власника майна), а склад злочину, описаного ч. 1 ст. 388 КК України, таких наслідків не передбачає.

Найголовніша ж відмінність між складами злочинів, передбачених ст. 197 КК України та ч. 1 ст. 388 КК України, полягає в змісті ознак їх суб'єктивної сторони. Якщо незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано, – це завжди умисні діяння, то невиконання або неналежне виконання особою, якій доручено зберігання чи охорона чужого майна, своїх обов'язків, якщо це спричинило тяжкі наслідки для власника майна, – діяння, яке можуть вчинятися тільки з необережності⁴⁸⁵. Саме ознаки

⁴⁸⁴ Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 120; Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 151–152, 170.

⁴⁸⁵ Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / за ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 196; Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., переробл. і допов. – Х.: «Одіссей», 2007. – С. 522; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 540.

суб'єктивної сторони розглядуваних складів злочинів дозволяють відмежувати склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, від складу злочину, описаного в ст. 197 КК України. Утім, як свідчить аналіз матеріалів правозастосовної практики, суди не завжди правильно здійснюють таке розмежування.

Так, у м. Червонозаводське Лохвицького району Полтавської області мала місце ситуація, коли суб'єкт, працюючи старшим контролером контрольно-пропускного пункту підрозділу відомчої охорони спиртового комбінату, допустив без відома керівництва підприємства на територію сторонніх осіб, які в подальшому здійснили демонтаж виробничого обладнання, що було описане та перебувало під арештом, і дав дозвіл на незаконне вивезення майна, на яке накладено арешт. Лохвицький районний суд Полтавської області визнав цього суб'єкта винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України.

Цікаво, що О.О. Соболева наводить поведінку цього засудженого як приклад інших незаконних дій, караних за ч. 1 ст. 388 КК⁴⁸⁶. Між тим, зазначена особа не здійснювала жодних дій з арештованим майном (як того вимагає ст. 388 КК України), однак при цьому не виконала своїх обов'язків щодо охорони ввіреного їй майна, тобто, на наш погляд, вчинила злочин, передбачений ст. 197 КК України.

Значну кількість спільних ознак зі складом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, має склад злочину, описаного в ч. 1 ст. 382 КК України. При цьому, як свідчить аналіз ч. 1 ст. 382 КК України та внесених до неї змін, у період з 1 вересня 2001 р. до 3 жовтня 2010 р. описуваний нею склад злочину («Умисне невиконання службовою особою вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, або перешкоджання їх виконанню») був суміжним зі складом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, та мав низку спільних із ним ознак: однаковий основний безпосередній об'єкт, однакове абстрактне описання ознак об'єктивної сторони та однаковий зміст

⁴⁸⁶ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 108.

вини. Однак вони мали і низку розмежувальних ознак. Головною такою ознакою був суб'єкт. Так, суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 382 КК України, могла бути лише службова особа, яка відповідно до покладених на неї повноважень повинна була вчинити дії з виконання судового рішення або завдяки своїм повноваженням мала можливість перешкодити останньому. А суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, як тоді, так і тепер, може бути будь-яка фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку. Тобто відмінність між цими складами злочинів полягала в тому, що особа, яка вчиняла злочин, передбачений ч. 1 ст. 382 КК України, здійснювала посягання на порядок виконання судового акта, так би мовити, зсередини (виконавцем цього рішення), а особа, яка вчиняла злочин, передбачений ч. 2 ст. 388 КК України, – «ззовні» (як правило, особою, яке на має відношення до виконання судових актів).

У тих же випадках, коли незаконні дії щодо майна, яке підлягало конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, здійснювала службова особа, яка відповідно до покладених на неї повноважень повинна була вчинити дії з виконання цього судового рішення або завдяки своїм повноваженням мала можливість перешкодити останньому (державний виконавець, начальник відділу ДВС України тощо), суди кваліфікували вчинене за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 382 КК України та ч. 2 ст. 388 КК України.

З прийняттям ЗУ від 7 липня 2010 р. «Про судоустрій і статус суддів», яким ст. 382 КК України викладено в новій редакції, ситуація докорінно змінилася, адже з моменту набрання цим ЗУ чинності (3 жовтня 2010 р.) диспозиція ч. 1 ст. 382 КК України отримала такий вигляд: «Умисне невиконання вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, або перешкоджання їх виконанню...». Як свідчить аналіз кваліфікованих складів цього злочину, вчинення такого діяння службовою особою відтепер має кваліфікуватися не за ч. 1, а за частинами 2–4 ст. 382 КК України. Тобто, починаючи з 3 жовтня 2010 р., суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 382 КК України, стала виключно неслужбова особа, яка не виконує судове рішення

(у т. ч. щодо конфіскації майна) або перешкоджає його виконанню⁴⁸⁷.

Тут доречно нагадати, що в юридичній літературі України тривалий час велась дискусія з питання про визнання службовою особою в кримінально-правовому розумінні цього поняття фізичної особи – підприємця. На наш погляд, відповідно до раніше чинного законодавства на це питання варто було негативну відповідь: така особа не обіймає на підприємстві, в установі чи організації посаду, як цього прямо вимагала ч. 1 примітки до ст. 364 КК України; на фізичну особу – підприємця правомочним органом або правомочною службовою особою не покладалось спеціальне повноваження виконувати на підприємстві, в установі чи організації організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки. Ухвалення ЗУ від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» внесло корективи у цю дискусію. Згідно з визначенням, закріпленим у ч. 3 ст. 18 КК України, службовими є також особи, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється (серед іншого) судом або законом. Видається, що законами, які надають фізичним особам – підприємцям повноваження виконувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, є положення цивільного, господарського і трудового законодавства, на підставі яких ці особи керують найманими працівниками та розпоряджаються майном. Відповідно, якщо невиконання судового рішення вчиняє фізична особа – підприємець, її діяння слід кваліфікувати не за ч. 1, а за ч. 2 ст. 382 КК України.

⁴⁸⁷ До речі, на необхідності криміналізації умисного невиконання рішення суду, вчиненого фізичною (неслужбовою) особою, свого часу наполягав Г.М. Зеленов (див.: Зеленов Г. Кримінально-правові гарантії в механізмі забезпечення виконання судових рішень // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 8. – С. 128–132).

Щоправда, згодом дослідник переглянув свою позицію, виходячи з того, що запровадження кримінальної відповідальності для фізичних осіб за умисне невиконання судових рішень, якими справа не вирішується по суті, буде проявом надмірної криміналізації. У зв'язку з цим було запропоновано доповнити КК України статтею 382-1 «Невиконання рішення суду у цивільній та господарській справі, вироку суду в частині задоволення цивільного позову або постанови суду в адміністративній справі в частині відшкодування шкоди» (див.: 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. 9, 16).

Здійснивши порівняльний аналіз положень ч. 1 ст. 382 КК України та ч. 2 ст. 388 КК України, ми робимо висновок про те, що всі ознаки описуваних ними складів злочинів або співвідносяться між собою як загальне та особливе, або збігаються як за формою, так і за змістом.

Так, основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 382 КК України, виступає належне (повне і своєчасне) виконання судових рішень⁴⁸⁸, а основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, – порядок виконання рішень судів у частині конфіскації майна. З цього випливає, що зазначені вище об'єкти співвідносяться між собою як філософські категорії «загальне» та «особливе».

Аналогічна ситуація спостерігається в співвідношенні ознак об'єктивної сторони розглядуваних складів злочинів, адже цілком очевидно, що вчинення незаконних дій щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили (ч. 2 ст. 388 КК України), є одним із проявів невиконання вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, або перешкоджання їх виконанню (ч. 1 ст. 382 КК України).

Ознаки ж суб'єкта та суб'єктивної сторони складів злочинів, описаних ч. 1 ст. 382 КК України та ч. 2 ст. 388 КК України, збігаються: суб'єктом обох зазначених злочинів може бути фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку; із суб'єктивної сторони як злочин, передбачений ч. 1 ст. 382 КК України, так і злочин, описаний в ч. 2 ст. 388 КК України, можуть вчинятися лише з прямим умислом.

Із викладеного співвідношення випливає, що ч. 1 ст. 382 КК України та ч. 2 ст. 388 КК України описують не суміжні склади злочинів (бо вони не мають жодної розмежувальної ознаки), а склади злочинів, які описують одне і те ж діяння з різним рівнем конкретизації. Така ситуація в теорії кримінального права отримала назву конкуренції загальної та спеціальної кримінально-правових норм (за термінологією В.О. Навроцького – конкуренція статей, які передбачають загальну та спеціальну норми), яка вирішується шляхом

⁴⁸⁸ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 1091.

застосування спеціальної кримінально-правової норми (за термінологією В.О. Навроцького – статті, яка передбачає ознаки спеціальної норми)⁴⁸⁹.

Це означає, що діяння, передбачене ч. 2 ст. 388 КК України, вчинене неслужбовою особою, має кваліфікуватися лише за ч. 2 ст. 388 КК України і додаткової кваліфікації за ч. 1 ст. 382 КК України не потребує. Якщо діяння, передбачене ч. 2 ст. 388 КК України, вчинить службова особа, скоєне слід кваліфікувати за сукупністю – за ч. 2 ст. 388 і відповідною частиною ст. 382 КК України⁴⁹⁰. Це обумовлено тим, що ч. 2 ст. 388 та частини 2–4 ст. 382 КК України описують склади, які в цій частині не можна розмежувати, однак у той же час вони (норми) не перебувають між собою і в стані конкуренції.

Так само (тобто залежно від суб'єкта) мають кваліфікуватись незаконні дії з описаним та арештованим майном; вище було показано, що майно може бути арештоване за рішенням не тільки суду, а і інших уповноважених органів. Звернемось до матеріалів судової практики.

За сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 388 і ч. 2 ст. 382 КК України, кваліфікував Арбузинський районний суд Миколаївської області дії голови фермерського господарства «Шелемба», який, не повідомивши відділ ДВС Арбузинського районного управління юстиції, зібрав з поля площею 33 га урожай соняшнику, на який який державним виконавцем було накладено арешт, і реалізував цей урожай. Отриманий прибуток у розмірі 20 тис. грн. на погашення заборгованості відповідно до рішення господарського суду Миколаївської області направлений не був; використавши вказані кошти на потреби фермерського

⁴⁸⁹ Тарарухин С.А. Квалификация преступлений в следственной и судебной практике. – К.: Юринком, 1995. – С. 47; Марін О.К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм: монографія. – К.: Атіка, 2003. – С. 166–178; Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник. – К.: Юринком Інтер, 2006. – С. 420; Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів: навч. посібник. – 3-є вид., переробл. і допов. – К.: Атіка, 2007. – С. 67; Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – 2-е изд., перераб. и дополн. – М.: Юристъ, 2007. – С. 220; Кваліфікація злочинів: навч. посібник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – С. 37.

Згідно з ч. 3 ст. 17 КК РФ якщо злочин передбачено загальною і спеціальною нормами, сукупність злочинів відсутня і кримінальна відповідальність настає за спеціальною нормою. Такий підхід видається фрагментарним, оскільки не вирішує усіх питань, пов'язаних із співвідношенням конкуренції кримінально-правових норм і сукупності злочинів.

⁴⁹⁰ Так само вирішує проблему співвідношення вказаних складів злочинів О.О. Соболева (див.: Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 156).

господарства, службова особа рішення суду не виконала⁴⁹¹.

На виконання винесеної за ч. 3 ст. 130 КпАП України постанови суду, якою на особу було накладено адміністративне стягнення у т. ч. у виді оплатного вилучення транспортного засобу, державний виконавець описав і наклав арешт на автомобіль «ВАЗ 2101, належний особі, яка вчинила адміністративне правопорушення. Описане майно було передано на відповідальне зберігання самому правопорушнику, який попереджався державним виконавцем про кримінальну відповідальність за розтрату, відчуження, приховування чи підміну описаного майна. Однак вказана особа, діючи умисно і не повідомивши відділ ДВС, у травні 2012 р. продала на металобрухт арештований автомобіль одному з приватних підприємств за 3800 грн., які обернула на свою користь.

Вказані дії особи Погребищенський районний суд Вінницької області кваліфікував за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 388 і ч. 1 ст. 382 КК України, розцінивши їх і як розтрату, відчуження майна на яке накладено арешт, яке описане, здійснене особою якій це майно ввірене, і як умисне перешкоджання виконанню постанови суду, що набрала законної сили⁴⁹².

Оскільки перешкоджання державному виконавцю виконати постанову суду про оплатне вилучення транспортного засобу полягало, як це впливає вироку, саме і лише в незаконній розтраті описаного та арештованого майна, вважаємо, що вчинене засудженим мало кваліфікуватись лише за ч. 1 ст. 388 КК України.

Завершуючи висвітлення проблеми співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 382 і ст. 388 КК України, зауважимо, що ми не погоджуємось з точкою зору⁴⁹³, згідно з якою з КК України варто виключити щонайменше ч. 2 ст. 388, оскільки передбачена цією нормою поведінка охоплюється диспозицією ст. 382 КК України. По-перше, існування окремої кримінально-правової заборони, присвяченої незаконним діям із конфіскованим майном,

⁴⁹¹ Архів Арбузинського районного суду Миколаївської області. Справа № 1401/184 за 2012 р.

⁴⁹² Архів Погребищенського районного суду Вінницької області. Справа № 220/2011 за 2012 р.

⁴⁹³ Її під час захисту кандидатської дисертації М.І. Омеляненко висловив офіційний опонент Ю.В. Філей.

є традиційним як для українського, так і зарубіжного кримінального законодавства. По-друге, існування такої конкретизованої заборони має сенс з погляду виконання КК України такого завдання, як запобігання злочинам. По-третє, незаконним діям із майном, що підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, притаманний вищий рівень суспільної небезпеки порівняно з невиконанням різноманітних судових рішень, а тому санкцію запропонованої редакції ст. 388 КК нами було сформульовано як більш сувору порівняно із санкцією ч. 1 ст. 382 КК України. На користь положення про більшу суспільну небезпеку дій щодо конфіскованого майна варто вказати, зокрема, на те, що такі злочинні дії посягають і на право власності держави.

РОЗДІЛ 3.

ПОКАРАННЯ ЗА НЕЗАКОННІ ДІЇ ЩОДО МАЙНА, НА ЯКЕ НАКЛАДЕНО АРЕШТ, ЗАСТАВЛЕНОГО МАЙНА АБО МАЙНА, ЯКЕ ОПИСАНО ЧИ ПІДЛЯГАЄ КОНФІСКАЦІЇ

Надзвичайно важливим інститутом будь-якої системи кримінального права та однією з центральних категорій кримінально-правової науки є покарання. Покарання перебуває в нерозривному взаємозв'язку зі злочином, характеризується взаємозалежністю та взаємообумовленістю з ним. Якщо злочин є діянням особи, яка протиставляє свою волю, бажання і переконання волі держави та інтересам суспільства, то покарання – це адекватна реакція держави, її примусовий захід, спрямований на відновлення соціальної справедливості, виправлення винного, захист фізичних і юридичних осіб, суспільства і держави від злочинних посягань у майбутньому. Злочин і покарання пов'язані між собою та не можуть існувати один без одного, вони пов'язані як дія та протидія, як небезпека та усунення цієї небезпеки, як шкода (зло) та боротьба з нею⁴⁹⁴.

Сучасне кримінальне законодавство України визначає, що покарання є заходом примусу, який застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого (ч. 1 ст. 50 КК України). В теорії кримінального права іноді виділяються і інші ознаки покарання, які, хоч прямо і не визначені в ч. 1 ст. 50 КК України, впливають зі змісту норм кримінального закону. Так, В.А. Ломако звертає увагу на те, що покарання є кінцевим юридичним наслідком злочину, а також проявом негативної оцінки з боку держави як вчиненого злочину, так і самого злочинця; воно носить особистісний характер і завжди тягне за собою судимість⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Зубкова В.И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. – М.: Изд-во НОРМА, 2002. – С. 24.

⁴⁹⁵ Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. – 3-є вид., переробл. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – С. 348–350.

Для того, щоб правильно зрозуміти суть існуючого зв'язку між злочином і покаранням, необхідно відповісти на питання, чого бажає досягнути держава, визначаючи, які покарання слід застосовувати до осіб, які вчинили той або інший злочин. Інакше кажучи, потребує з'ясування мета покарання. У ч. 2 ст. 50 КК України з цього приводу зазначається, що покарання має на меті не тільки кару, а і виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. З цього В.К. Гришук робить слушний висновок про те, що мета покарання – це кінцевий результат, якого прагне досягнути держава засобами кримінально-правового впливу, і ця мета проявляється в чотирьох площинах: 1) кара щодо засудженого; 2) виправлення засудженого; 3) запобігання вчиненню засудженим нового злочину; 4) запобігання вчиненню злочинів іншими особами⁴⁹⁶.

При цьому під карою як метою покарання в кримінально-правовій літературі розуміється заподіяння винному страждань і втрат за вчинений ним злочин і відповідно до нього для задоволення почуття справедливості потерпілого та суспільства і, тим самим, для досягнення інших цілей покарання⁴⁹⁷. Під метою виправлення засудженого науковці розуміють такий вплив покарання на психіку винного, в результаті якого він негативно ставитиметься до злочинних форм поведінки, усвідомлюватиме необхідність дотримання загальноприйнятих правил поведінки та буде готовий поводити себе відповідно до них⁴⁹⁸. На відміну від виправлення, запобігання вчиненню

⁴⁹⁶ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 154.

⁴⁹⁷ Беляев Н.А. Цели наказания и средства их достижения в исправительно-трудовых учреждениях: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 1963. – С. 7; Карпец И.И. Наказание. Социальные, правовые и криминологические проблемы. – М.: Юрид. лит., 1973. – С. 138–152; Музика А.А., Горюх О.П. Покарання за незаконний обіг наркотичних засобів: монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2010. – С. 20.

Іншої точки зору дотримується В.М. Куц, на думку якого кара виступає не метою, а ознакою покарання, важливим її елементом, мірилом справедливості покарання і тому за більш небезпечні злочини настає і більш тяжка кара. Покарання немислиме без заподіяння страждання, тому покарання завжди є карою. Саме така необхідна ознака покарання як спричинення страждання робить його карою. Це означає, що кара є змістом покарання, а не його метою (див.: Куц В.М. Проблеми кримінальної відповідальності: навч. посіб. – К.: Національна академія прокуратури України, 2013 – С. 153–154).

⁴⁹⁸ Мицкевич А.Ф. Уголовное наказание: понятие, цели и механизмы действия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 114.

Виправлення засудженого, як зазначається в ч. 1 ст. 6 КВК України, – це процес позитивних змін, які відбуваються в його особистості та створюють у нього готовність до самокеруваної правослухняної поведінки.

засудженням нового злочину (спеціальна превенція) як мета покарання полягає в позбавленні або обмеженні засудженого фактичної можливості вчинення нових злочинів, а також в утриманні такої особи від вчинення нових злочинів під страхом застосування нового кримінального покарання⁴⁹⁹. Мета запобігання вчиненню злочинів іншими особами (загальна превенція) полягає в попередженні вчинення суспільно небезпечних діянь з боку інших осіб (зазвичай схильних до вчинення таких діянь) загрозою застосування покарання до будь-кого, хто вчинить злочин⁵⁰⁰. Сама можливість караності злочинних діянь, як справедливо зазначає В.К. Грищук, виступає засобом стримування осіб, схильних до кримінально-протиправної поведінки⁵⁰¹.

Досягнення мети покарання, визначеної у ч. 2 ст. 50 КК України, є можливим лише в тому разі, якщо суд, приймаючи рішення щодо виду та розміру покарання, керуватиметься принципами призначення покарання, а також загальними та спеціальними засадами призначення покарання, які ґрунтуються на цих принципах. Під останніми в кримінально-правовій літературі розуміються вихідні, найважливіші ідеї, закріплені в нормах кримінального законодавства, що визначають зміст і спрямованість діяльності суду щодо призначення покарання особам, винним у вчиненні злочину⁵⁰². До найважливіших ідей призначення покарання більшість дослідників відносять принципи законності, справедливості, гуманізму, індивідуалізації покарання, а також принцип економії кримінально-правової репресії (заходів кримінально-правового примусу, каральних заходів)⁵⁰³.

⁴⁹⁹ Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: учебник / под ред. докторов юрид. наук, проф. Л.В. Иногамой-Хегай, А.И. Рарога, А.И. Чучаева. – 2-е изд., перераб. и дополн. – М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2008. – С. 363–365; Мицкевич А.Ф. Уголовное наказание: понятие, цели и механизмы действия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 100–104; Шаргородский М.Д. Наказание, его цели и эффективность. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1973. – С. 17–34.

⁵⁰⁰ Курс уголовного права. Общая часть: учебник для юридических вузов: в 2 т. / под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. – М.: Изд-во «ЗЕРЦАЛО», 1999. – Т. 2: «Учение о наказании». – С. 20–21; Маслак Н.В. Кримінальна відповідальність за готування до злочину: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2005. – С. 104–110.

⁵⁰¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С.145.

⁵⁰² Бажанов М. И. Назначение наказания по советскому уголовному праву. – К.: Вища школа, 1980. – С. 11; Музика А., Горох О. Институт призначення покарання: поняття і загальна характеристика // Право України. – 2011. – № 9. – С. 179.

⁵⁰³ Бажанов М.И. Назначение наказания по советскому уголовному праву. – К.: Вища школа, 1980. – С. 9–23; Кругликов Л.Л. Смягчающие и отягчающие ответственность обстоятельства в уголовном праве

Саме на підставі цих принципів у кримінальному законі сформульовано загальні та спеціальні засади призначення покарання. За своєю суттю, як правильно звертає увагу В.В. Полтавець, ці засади є системою правил, що ґрунтуються на принципах призначення покарання і є обов'язковими для суду в кожному конкретному випадку призначення покарання для досягнення його мети⁵⁰⁴.

У п. 1 постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» наголошується на необхідності дотримання вимог ст. 65 КК щодо загальних засад призначення покарання, оскільки саме через останні реалізуються принципи законності, справедливості, обґрунтованості та індивідуалізації покарання. Наведене роз'яснення ґрунтується на виваженій позиції, згідно з якою принципи призначення покарання і загальні засади призначення покарання є взаємопов'язаними і водночас відмінними один від одного, самостійними кримінально-правовими категоріями. Якщо загальні засади призначення покарання знайшли досить чітке законодавче закріплення у вигляді ст. 65 КК України, то окремих норм, присвячених принципам призначення покарання як відправним засадам, що спрямовують діяльність суду з обрання конкретної міри покарання, «пронизують» увесь кримінально-правовий інститут призначення покарання і визначають його функціонування і розвиток, у чинному КК України немає. І це, вочевидь, правильно, адже принципи призначення покарання втілюються як у нормах ст. 65 КК, так і в інших положеннях Розділу XI Загальної частини КК, дотримання яких також забезпечує реалізацію принципів законності, справедливості, обґрунтованості та індивідуалізації покарання⁵⁰⁵.

(Вопросы теории). – Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1985. – С. 50; Похмелькин В.В. Социальная справедливость и уголовная ответственность. – Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1990. – С. 123; Велиев С.А. Принципы назначения наказания. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 128–331; Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України: монографія. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2005. – С. 32.

⁵⁰⁴ Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України: монографія. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2005. – С. 45.

⁵⁰⁵ Натомість Н.А. Сторчак висловлюється за законодавче закріплення у новій ст. 65-1 КК України принципів призначення покарання, розуміючи під ними керівні ідеї, що лежать в основі загальних засад і спеціальних правил призначення покарання (див.: Сторчак Н.А. Загальні засади та принципи призначення покарання при застосуванні позбавлення волі на певний строк: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2012.

Взагалі призначення покарання обґрунтовано визнається квінтесенцією судового процесу і вироку, кульмінаційним моментом розгляду кримінальної справи в суді, однією з найбільш складних і відповідальних проблем правозастосування. Суть призначення покарання полягає в тому, що особі, яка вчинила злочин (кілька злочинів), суд, керуючись положеннями КК і КПК України і не вбачаючи законних підстав для звільнення цієї особи від кримінальної відповідальності і для непризначення їй покарання, обирає та закріплює в обвинувальному вирокі конкретну міру покарання⁵⁰⁶.

Виходячи зі змісту ст. 65 КК України та з урахуванням висловлених в юридичній літературі точок зору, загальні засади призначення покарання можуть бути визначені як закріплені у кримінальному законі і покликані забезпечувати реалізацію принципів призначення покарання відправні правила, якими зобов'язаний керуватись суд, призначаючи покарання кожній особі, винуватій у вчиненні будь-якого злочину. За задумом законодавця, дотримання судом вказаних правил в їх сукупності має гарантувати досягнення проголошених цілей покарання, призначення законних і справедливих покарань, адекватних суспільній небезпеці вчиненого злочину та особі винного.

На користь розуміння загальних засад призначення покарання саме як правил, а не, наприклад, вимог, розпоряджень чи приписів (за очевидної синонімічності цих понять) вказує використання в тексті ст. 65 КК України для окреслення відповідної діяльності суду зворотів «у межах, встановлених ...», «відповідно до ...», «враховуючи ...», «має бути призначене ...». Щоправда,

– С. 6, 10, 19).

Автори монографії, з огляду на її тему, свідомо уникають розгляду питання, яке потребує поглибленого аналізу, а саме, чи властиве кримінально-правовому інституту призначення покарання коло своїх (специфічних) принципів або ж мова тут йде про відображення (реалізацію) принципів кримінального права як таких.

⁵⁰⁶ А.А. Музика та О.П. Горох критикують окремі наведені у літературі визначення призначення покарання за те, що вони «перевантажені» непотрібними ознаками (на кшталт вказівки на обрання покарання стосовно особи, яка вчинила злочин). Під призначенням покарання пропонується розуміти обрання судом на підставі положень кримінального закону і в порядку, передбаченому КПК, виду і міри покарання, що визначається з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину та обставин, що його пом'якшують чи обтяжують, яке є необхідним і достатнім для виправлення особи та запобігання новим злочинам (див.: Музика А., Горох О. Інститут призначення покарання: поняття і загальна характеристика // Право України. – 2011. – № 9. – С. 176).

При бажанні і в наведеному визначенні можна помітити певну «перевантаженість». Адже врахування при призначенні покарання ступеня тяжкості вчиненого злочину, обставин, що пом'якшують і обтяжують покарання, як і мети покарання, ґрунтується на положеннях кримінального закону (ст. 65 КК України).

перераховані у ст. 65 КК засади не є деталізованими і загалом не конкретизують вплив на обрання тієї чи іншої міри покарання⁵⁰⁷, звідки впливає неминучість суддівського розсуду.

З огляду на їх зміст, загальні засади призначення покарання варто класифікувати таким чином. По-перше, це засади, що становлять собою адресовані суду формальні вимоги. Йдеться про призначення покарання: в межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, за винятком випадків, вказаних у ч. 2 ст. 53 КК (п. 1 ч.1 ст. 65 КК України); відповідно до положень Загальної частини КК (п. 2 ч. 1 ст. 65 КК України); з урахуванням цілей покарання – призначення покарання, необхідного і достатнього для виправлення особи та попередження нових злочинів (ч. 2 ст. 65 КК України). Принагідно зауважимо, що остання з наведених засад, не згадуючи чомусь кару, лише фрагментарно відтворює ч. 2 ст. 50 КК, яка вказує на три складові мети покарання.

По-друге, це засади, що становлять собою положення (інакше кажучи, критерії), покликані забезпечувати індивідуалізацію покарання, що призначається. Мається на увазі призначення покарання з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину, особи винного та обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України). Значущість цих загальних засад у конкретному кримінальному провадженні може бути різною, однак у будь-якому разі неприпустимою є формальна вказівка у вироку на їх врахування при призначенні покарання. Ігнорування вказаних загальних засад

⁵⁰⁷ Т.В. Сахарук не погоджується із тлумаченням закріплених у ст. 65 КК загальних засад призначення покарання як правил, виходячи з того, що відомим зарубіжному законодавству правилам призначення покарання (США, Канада тощо) притаманний великий ступінь деталізації факторів, що впливають на обрання міри покарання, із визначенням їх кількісного виразу (див.: Сахарук Т.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз: дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2006. – С. 12–24).

Правило, як відомо – це положення, яким керуються у співжитті, праці, поведінці тощо. Правила можуть мати різний рівень деталізації, звідки впливає, що позначена дискусія навколо визначення загальних засад призначення покарання носить скоріш термінологічний, а не змістовний характер. Врешті-решт, як слушно зазначає Л.Л. Кругліков, загальні засади призначення покарання – це і узагальнені правила, обов'язкові для застосування у кожній кримінальній справі при призначенні судом покарання, і законодавчі вимоги, які адресовані суду і носять нормативно-правовий характер, і критерії, на які повинен опиратись суд при обранні міри покарання (див.: *Энциклопедия уголовного права. Т. 9. Назначение наказания.* – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2008. – С. 176).

призначення покарання призводить до призначення покарання, яке, хоч і не виходить за межі, встановлені КК України, однак за своїм видом або розміром є явно несправедливим через свою м'якість або, навпаки, суворість.

На відміну від загальних, спеціальні засади (правила) призначення покарання підлягають застосуванню судом не в кожному випадку призначення покарання, а тільки у визначених кримінальним законом ситуаціях. Такі правила доповнюють (розвивають) загальні засади призначення покарання, застосовуються в сукупності з останніми і при цьому покликані забезпечувати індивідуалізацію покарання (шляхом його пом'якшення або посилення) залежно від специфіки злочинної або посткримінальної поведінки чи особливостей особи винного.

До спеціальних засад можуть бути віднесені правила: призначення покарання особі, визнаній обмежено осудною (ч. 2 ст. 20 КК України); призначення покарання особі, яка вчинила злочин під час виконання спеціального завдання з попередження або розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ч. 3 ст. 43 КК України); призначення покарання особі, яка вчинила незакінчений злочин або злочин у співучасті (ст. 68 КК України); призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК України)⁵⁰⁸; призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69-1 КК України); призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків (ст. 70, ст. 71 КК України); призначення покарання неповнолітньому (ст. 103 КК України)⁵⁰⁹. Було б логічно, якби ст. 65 КК України містила положення про

⁵⁰⁸ На думку В.В. Полтавець, закріплені у ст. 69 КК України правила не слід відносити до спеціальних засад призначення покарання, оскільки вони не відображають особливості певного кримінально-правового інституту, пов'язані з його меншою або більшою суспільною небезпекою. «Ця стаття встановлює лише винятки з загальної засади, передбаченої в п. 1 ч. 1 ст. 65 КК» (Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України: монографія. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2005. – С. 188–189).

Запропоноване нами розуміння спеціальних засад призначення покарання дозволяє вважати такими засадами в т. ч. правила, закріплені в ст. 69 КК України. Крім цього, ст. 70 і ст. 71 КК України також є винятками із загальної засади, згідно з якою покарання має призначатись у межах, встановлених у санкції норми Особливої частини КК, що не перешкоджає В.В. Полтавець відносити правила призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків до спеціальних засад призначення покарання.

⁵⁰⁹ В.В. Антипов пропонує відносити до спеціальних правил призначення покарання також обставини, що виключають застосування певних видів покарання. Це – визначені кримінальним законом обставини, які, з огляду на соціальні, юридичні або інші чинники, унеможливають або роблять недоцільним чи неефективним

врахування судом у випадках, передбачених законом, крім загальних, також і спеціальних засад призначення покарання.

Враховуючи наведену розгалуженість системи правил призначення покарання, окремі науковці пропонують розглядати їх під кутом положень конкретної статті в двох аспектах: а) що належать до сфери законодавчої пеналізації та диференціації покарання; б) що належать до сфери індивідуалізації покарання судом⁵¹⁰. Вважаємо такий підхід цілком прийнятним і таким, що може бути використаним для аналізу покарання за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації

Системний аналіз правил призначення покарання, що належать до сфери законодавчої пеналізації, з урахуванням санкцій, передбачених у ст. 388 КК України, і відповідних положень Загальної частини КК України дозволяє зробити такі основні висновки:

1. За вчинення повнолітньою особою злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, суд має призначити покарання винному у виді штрафу від 200 до 500 НМДГ з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого, а якщо застосування такого покарання суд визнає недостатнім для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів – покарання у виді виправних робіт на строк від 6 місяців до 2 років або у виді обмеження волі на строк від 1 до 2 років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого⁵¹¹. Такий висновок впливає з приписів ч. 1

застосування певного покарання до певної категорії осіб (див.: Антипов В.В. Обставини, що виключають можливість застосування певних видів покарань: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 14).

⁵¹⁰ Калмиків Д.О. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей: дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2010. – С. 153–154.

Пеналізація (від лат. – покарання) – це процес визначення характеру караності криміналізованих законодавцем діянь, а також процес призначення покарання в судовій практиці. Основними способами пеналізації є диференціація та індивідуалізація кримінальної відповідальності. Процес визначення характеру караності діянь законодавцем і процес призначення покарання у судовій практиці розглядаються як етапи пеналізації, що йдуть один за одним. Таким чином, пеналізація реалізується на законотворчому та провозастосовному рівнях. Вважається, що пеналізація та криміналізація тісно взаємозв'язані між собою і знаходяться у фундаментальній залежності і взаємодії.

⁵¹¹ У разі зазначення позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю в санкції норми після всіх альтернативно перерахованих основних покарань, і якщо при цьому між останнім із них і позбавленням права не поставлено кому, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною

ст. 388, ч. 2 ст. 53, ч. 1 ст. 55, ч. 2 ст. 65, ч. 1 ст. 57, ч. 2 ст. 61 КК України. Як правило, за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, суди призначають покарання у виді штрафу. Значно рідше за вчинення цього злочину призначається покарання у виді обмеження волі.

2. За вчинення повнолітньою особою злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, суд має призначити покарання у виді штрафу від 300 до 600 НМДГ з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого, а якщо застосування такого покарання суд визнає недостатнім для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів – покарання у виді обмеження волі на строк від 1 до 3 років або у виді позбавлення волі на строк від 1 до 3 років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого. Цей висновок обумовлений вимогами ч. 2 ст. 388, ч. 2 ст. 53, ч. 1 ст. 55, ч. 2 ст. 65, ч. 2 ст. 61, ч. 2 ст. 63 КК України.

3. За вчинення неповнолітньою особою віком від 16 до 18 років злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, суд має призначити покарання винному у виді штрафу від 200 до 500 НМДГ з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого, а якщо застосування такого покарання суд визнає недостатнім для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів – покарання у виді виправних робіт на строк від 2 місяців до 1 року, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого. Це пов'язано з тим, що, на відміну від дорослих, неповнолітньому покарання у виді виправних робіт може бути призначені лише на строк від двох 2 місяців до 1 року (ч. 2 ст. 100 КК України), а покарання у виді обмеження волі до дітей не застосовується (ч. 3 ст. 61 КК України).

діяльністю може бути приєднане тільки до останнього з основних покарань, до якого воно «прилягає». Якщо ж позбавлення права у санкції норми зазначено після всіх альтернативно перерахованих основних покарань, і між цим додатковим покаранням та останнім із перерахованих основних покарань стоїть кома (як це має місце в санкціях частин 1 і 2 ст. 388 КК України), то позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю без посилання на ч. 2 ст. 55 КК може бути приєднане до будь-якого з основних покарань, зазначених у санкції.

4. За вчинення неповнолітньою особою віком від 16 до 18 років злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, суд має призначити покарання винному у виді штрафу від 300 до 500 НМДГ з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого, а якщо застосування такого покарання суд визнає недостатнім для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів – покарання у виді позбавлення волі на строк від 1 до 3 років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого. Це зумовлено тим, що розмір штрафу для неповнолітніх має бути встановлено у межах до 500 НМДГ (ч. 2 ст. 99 КК України), а покарання у виді обмеження волі до дітей не застосовується (ч. 3 ст. 61 КК України).

5. За готування до злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, суд має призначити покарання винному у виді штрафу від 300 до 600 НМДГ (неповнолітньому – від 300 до 500 НМДГ) з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого, а якщо застосування такого покарання суд визнає недостатнім для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів – покарання у виді обмеження волі на строк від 1 до 3 років (до неповнолітніх цей вид покарання не застосовується) або у виді позбавлення волі на строк від 1 року до 1 року і 6 місяців, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого. Такий висновок обумовлений приписами ч. 2 ст. 68 КК України, в якій зазначено, що за вчинення готування до злочину строк або розмір покарання не може перевищувати половини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією⁵¹².

⁵¹² При окресленні верхньої межі покарання за відповідний незакінчений злочин у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК України вказується на строк і розмір тільки найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією норми Особливої частини КК. Таким чином, якщо санкція норми КК є альтернативною, інші вказані в ній покарання можуть призначатись судом за готування до злочину або замах на нього формально без будь-яких обмежень з урахуванням, щоправда, тих чинників, які закріплені у ч. 1 ст. 68 КК України. Однак якщо вже рухатись шляхом обмеження суддівського розсуду при призначенні покарання за незакінчений злочин, то логічним було б запровадити положення про обов'язкове кратне зниження верхньої межі будь-якого основного покарання, передбаченого альтернативною санкцією, у випадку призначення покарання за готування чи замах. Певним орієнтиром тут могла б слугувати ст. 62 КК Іспанії, згідно з якою замах на злочин карається нижче на один або

Із наведених положень щодо караності готування до злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, випливає, що межі суддівського розсуду при призначенні основного покарання готування до злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, законодавець звів до мінімуму (варіативність складає лише 6 місяців позбавлення волі). Така ситуація дивує. Навряд чи, маючи варіативність при призначенні покарання у виді позбавлення волі строком у 6 місяців (при оцінці факту вчинення готування до злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України), в кожному конкретному випадку суд може призначити і справедливе, і гуманне, і достатнє покарання винному, що забезпечило б досягнення мети, передбаченої ч. 2 ст. 50 КК України.

У зв'язку з цим ми погоджуємося з М.І. Хавронюком у тому, що зміни, внесені до ст. 68 КК України на підставі ЗУ від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності», були не до кінця продуманими. У значній частині випадків, як показало дослідження, проведене зазначеним криміналістом, законодавчі зміни призвели до необґрунтованого імперативного обмеження судової дискреції, а в окремих – до правових парадоксів. Водночас особливих проблем не виникає із призначенням за готування до злочину і замах на нього покарання у виді виправних робіт, арешту, обмеження волі, службового обмеження для військовослужбовців, тримання в дисциплінарному батальйоні, а також громадських робіт для дорослих засуджених⁵¹³. Усунення навряд чи прийнятних ситуацій на кшталт наведеної вище можливе або шляхом вдосконалення санкцій («підлаштування» їх під правила призначення покарання, закріплені у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК України), або шляхом включення у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК України положення про відповідне кратне зниження не лише максимального, а і мінімального строку чи розміру принаймні найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією.

два ступені, ніж передбачено за вчинення цього злочину, з урахуванням небезпеки правопорушника, спрямованості умислу і ступеня завершеності діяння.

⁵¹³ Хавронюк М. І. Покарання за готування до злочину і замах на злочин: парадокси національного кримінального кодексу, особливо у порівнянні з іноземними // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 5. – С. 108–113.

6. За замах на злочин, передбачений ч. 1 ст. 388 КК України, суд має призначити покарання винному у виді штрафу від 200 до 500 НМДГ з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого, а якщо застосування такого покарання суд визнає недостатнім для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів – покарання у виді виправних робіт на строк від 6 місяців до 2 років (неповнолітньому на строк від 2 місяців до 1 року) або у виді обмеження волі на строк від 1 року до 1 року 6 місяців (до неповнолітніх цей вид покарання не застосовується), з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого (ч. 3 ст. 68 КК України).

7. За замах на злочин, передбачений ч. 2 ст. 388 КК України, суд має призначити покарання винному у виді штрафу від 300 до 600 НМДГ (неповнолітньому – від 300 до 500 НМДГ) з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого, а якщо застосування такого покарання суд визнає недостатнім для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів – покарання у виді обмеження волі на строк від 1 до 3 років (до неповнолітніх цей вид покарання не застосовується) або у виді позбавлення волі на строк від 1 до 2 років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років або без такого (ч. 3 ст. 68 КК України).

8. За наявності обставин, що пом'якшують покарання, передбачених пунктами 1 і 2 ч. 1 ст. 66 КК України, відсутності обставин, що обтяжують покарання, а також при визнанні підсудним своєї вини: а) обмеження волі як найбільш суворий вид покарання, передбачений у ч. 1 ст. 388 КК України, може бути призначене судом лише на строк від 1 року до 1 року 6 місяців; б) позбавлення волі як найбільш суворий вид покарання, передбачений у ч. 2 ст. 388 КК України, – на строк від 1 до 2 років. Це впливає із положень ст. 69-1 КК України⁵¹⁴.

⁵¹⁴ Ст. 69-1 КК України, втілюючи принцип гуманізму та ідею формалізації призначення покарання,

Усі викладені вище правила щодо призначення покарання за незаконні дії, вчинені стосовно майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, як уже було зазначено, належать до сфери законодавчої пеналізації та диференціації покарання; вони чітко визначені в КК України і відступ від їх положень можливий лише в окремих, обумовлених у КК України випадках. Слід також зазначити, що, виконуючи ці правила, суд має враховувати законодавчо закріплені особливості застосування окремих видів покарань до певних категорій громадян. Керуючись міркуваннями гуманізму, захисту прав неповнолітніх, материнства, поваги до осіб похилого віку тощо, законодавець встановлює обмеження в частині застосування щодо певних категорій осіб окремих видів покарань – громадських робіт (ч. 3 ст. 56 КК України), виправних робіт (ч. 2 ст. 57 КК України), арешту (ч. 3 ст. 60 КК України), довічного позбавлення волі (ч. 2 ст. 64 КК України) тощо. Недотримання судом цих обмежень означає неправильне застосування кримінального закону як одну з підстав скасування (зміни) вироку.

Так, згідно з ч. 2 ст. 57 КК України виправні роботи не застосовуються до вагітних жінок та жінок, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною, до непрацевдатних, до осіб, які не досягли шістнадцяти років, і тих, які досягли пенсійного віку, а також до військовослужбовців, осіб рядового і начальницького складу Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, працівників правоохоронних органів, нотаріусів, суддів, прокурорів, адвокатів, державних службовців, посадових осіб органів місцевого самоврядування.

Відповідно до ч. 3 ст. 61 КК України такий вид покарання, як обмеження волі, не застосовується до неповнолітніх, вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до чотирнадцяти років, до осіб, що досягли пенсійного віку, військовослужбовців строкової служби та до інвалідів першої і другої групи.

конкретизує вплив пом'якшуючих та обтяжуючих обставин на обрання міри покарання. Включаючи цю статтю до КК, законодавець мав на меті стимулювати позитивну посткримінальну поведінку осіб, які вчинили злочини, полегшити розкриття злочинів і сприяти усуненню (мінімізації) їх негативних наслідків.

Аналіз санкції ч. 1 ст. 388 КК України під кутом положень ч. 2 ст. 57 і ч. 3 ст. 61 КК України дозволяє стверджувати, що за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, до вагітних жінок і жінок, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною, до осіб, які досягли пенсійного віку, військовослужбовців строкової служби, а також до інвалідів першої і другої групи може бути застосовано лише один і до того ж найменш суворий вид основного покарання – штраф.

Якщо ж такі особи (маються на увазі вагітні жінки та жінки, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною) є ще і неповнолітніми, що не мають самостійного доходу, власних коштів або майна, на яке може бути звернене стягнення, то такі особи взагалі не підлягають покаранню за вчинений злочин.

Як слушно зазначається в літературі, передбачені чинним КК України обставини, які виключають застосування певних видів покарання, ускладнюють правозастосовну діяльність і реалізацію мети покарання, призводять до небажаних правових колізій, зокрема: різко обмежують можливості індивідуалізації покарання для неповнолітніх, вагітних жінок та жінок, що мають малолітніх дітей, а також для непрацевдатних осіб; безпідставно погіршують становище осіб, яких вони стосуються, і перш за все – неповнолітніх, інвалідів та інших соціально незахищених осіб; у непоодиноких випадках створюють ситуації безпідставного пом'якшення покарання службових осіб, працівників правоохоронних органів тощо; інколи призводять до повної безкарності осіб, до яких стає неможливим застосування жодного покарання з числа передбачених санкціями відповідних норм Особливої частини КК⁵¹⁵.

Даючи роз'яснення щодо застосування ст. 69 КК, Пленум ВСУ вирішив, що суд не вправі перейти до більш м'якого виду покарання у випадках, коли санкцією закону, за яким засуджується особа, передбачено лише такі покарання, які, з огляду на її вік чи стан, не можуть бути до неї застосовані.

⁵¹⁵ Антипов В.В. Обставини, що виключають можливість застосування певних видів покарань: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 5.

Див. з цього приводу також: Калмиков Д. Дивний гуманізм українського законодавця або Проблеми призначення кримінального покарання окремим категоріям винних // Юридичний вісник України. – 20 – 26 серпня 2011 р. – № 33; 27 серпня 2011 р. – 2 вересня 2011 р. – № 34.

В таких випадках суд за наявності до цього підстав повинен звільнити особу від кримінальної відповідальності або постановити обвинувальний вирок і звільнити засудженого від покарання (абз. 7 п. 8 згаданої вище постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2003 р. № 7). Про зумовлену вказаною причиною можливість постановлення обвинувального вироку і звільнення засудженого від покарання йдеться і в п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 16 квітня 2004 р. № 5 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх».

Пропозиція в розглядуваній ситуації звільняти особу від кримінальної відповідальності або від покарання навряд чи може бути сприйнята однозначно, оскільки не ґрунтується на положеннях чинного КК України і фактично (хоч і вимушено) проголошує безкарність. Відсутність у санкції норми Особливої частини КК покарання, яке може бути призначене особі, безпідставно визнавати зміною обстановки, наявність якої надає суду право звільнити особу від кримінальної відповідальності. А згідно з ч. 1 ст. 74 КК України звільнення засудженого від покарання (крім здійснення його на підставі закону про амністію чи акта про помилування) може застосовуватись судом у випадках, передбачених законом. Навряд чи є підстави вважати таким випадком неможливість призначення конкретній особі покарання.

Проблема потребує вирішення в законодавчому порядку. До тих пір, поки відповідним чином не вдосконалені санкції (або не звужено перелік покарань, стосовно яких існують обставини, які виключають їх застосування), в нагоді може стати таке запропоноване в літературі рішення: призначати особі, до якої не може бути застосований певний вид основного покарання (або до якої може бути застосований лише один, найбільш суворий вид основного покарання із числа вказаних альтернативно), більш м'яке покарання, ніж це передбачено у санкції, або звільняти таку особу від відбування покарання⁵¹⁶.

⁵¹⁶ Антипов В.В. Обставини, що виключають можливість застосування певних видів покарань: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 15; Євдокімова О.В. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2007. – С. 14; Гютюгин В.И. Некоторые вопросы реализации норм об особенностях уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних // Питання боротьби зі злочинністю: Зб. наук. праць. – 2004. – № 8. – С. 47–50; Сахарук Т.В. Загальні засади

Існує ще одна проблема в цій сфері: якщо неповнолітні вагітні жінки та жінки, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною, що не мають самостійного доходу, власних коштів або майна, на яке може бути звернене стягнення, за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, не підлягають покаранню через неможливість застосування до них окремих видів покарань, то з цієї ж причини за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, їм має бути призначено найбільш суворий вид покарання – позбавлення волі.

Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання може бути застосовано лише в тих випадках, коли вчинення цих злочинів було пов'язане з посадою підсудного або із заняттям ним певною діяльністю. З цього випливає, що суд у вирокі має чітко сформулювати те, які конкретно посади винному не можна обіймати та (або) якою конкретно діяльністю не можна займатися. КК України не обмежує кола посад і видів діяльності, право обіймати які або права займатись якою може бути позбавлений засуджений. Як зазначає Д.С. Шиян, зміст покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатись певною діяльністю включає три види кримінально-правових заборон: заборона обіймати певні посади; заборона на зайняття професійною діяльністю; заборона на зайняття непрофесійною діяльністю. Вказаний вид покарання полягає у припиненні на визначений судом строк права на службову, професійну діяльність або іншу діяльність, регламентовану відповідними правилами, якщо її здійснення пов'язане із вчиненням злочину⁵¹⁷.

Визнавши директора СВК «Прогрес-Агро» винуватим у вчиненні відчуження майна, на яке накладено арешт (озимого ячменю, озимого рапсу та

призначення покарання за кримінальним правом України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз: дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2006. – С. – С. 25–51.

На думку В.М. Василяша, подібні пропозиції є неприйнятними, оскільки суперечать п. 1 ч. 1 ст. 65 і ст. 69 КК України (див.: Василяш В.М. Деякі питання врахування судом загальних засад призначення покарання // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2008. – № 2. – С. 253–254). Видається, однак, що упущення, допущені законодавцем при побудові окремих санкцій, виправдовують появу чергового винятку з правила, згідно з яким покарання призначається в межах, установлених у санкції статті Особливої частини КК.

⁵¹⁷ Шиян Д.С. Проблема змісту позбавлення права обіймати певні посади чи займатись певною діяльністю // Вісник Запорізького національного університету. – 2013. – №3. – С. 205–212.

озимої пшениці), і кваліфікувавши дії підсудного за ч. 1 ст. 388 КК України. Ізмаїльський міськрайонний суд Одеської області визнав за потрібне призначити і додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на один рік⁵¹⁸.

Розгляд обов'язкових правил призначення покарання, що належать до сфери законодавчої пеналізації, дозволяє перейти до характеристики тих правил призначення покарання, які належать до сфери індивідуалізації покарання.

Так, виходячи з положень чинного кримінального законодавства, призначаючи покарання за злочин, передбачений ст. 388 КК України, суд має враховувати: 1) ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання – завжди (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України); 2) ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, – при готуванні до злочину і замаху на нього (ч. 1 ст. 68 КК України); 3) характер і ступінь участі кожного із співучасників у вчиненні злочину (ч. 4 ст. 68 КК України); 4) умови життя та виховання, вплив дорослих, рівень розвитку та інші особливості особи – при вчиненні злочину неповнолітнім (ч. 2 ст. 103 КК України); 5) правові наслідки вироку суду іноземної держави, факт визнання особи обмежено осудною, повторність, сукупність і рецидив злочинів – при вчиненні аналізованого злочину за відповідних умов (відповідно, ч. 2 ст. 9, ч. 2 ст. 20, ст. 35 КК України).

Слід звернути увагу, що наведені положення щодо індивідуалізації покарання є обов'язковими, тобто такими, без дотримання яких призначене покарання слід вважати незаконним. Крім цих обов'язкових правил, що висуваються до індивідуалізації покарання, КК України передбачає і кілька факультативних механізмів (можливостей), які можуть бути застосовані судом

⁵¹⁸ Архів Ізмаїльського міськрайонного суду Одеської області. Справа № 500/7117/13-к за 2014 р.

(на власний розсуд) з метою призначення справедливого та гуманного покарання з дотриманням принципу економії кримінально-правової репресії. До таких механізмів передусім слід віднести ст. 69 КК України.

Вважається, що у кримінальному законі за його формальної визначеності не можуть бути враховані всі індивідуальні особливості конкретного злочину та особи винного. Призначення покарання без урахування цих особливостей призводило б до формалізму у застосуванні кримінального закону та не виправданого посилення кримінально-правової репресії. Як зазначає М.І. Ковальов, світова кримінально-правова наука поки що не створила теорію санкцій, яка б універсальним чином пасувала до всіх розглядуваних справ⁵¹⁹.

Одним із нормативних приписів, покликаних забезпечувати індивідуалізацію покарання, є ст. 69 КК України, відповідно до якої суд при призначенні покарання за злочин будь-якої тяжкості має право вийти за межі санкції конкретної норми Особливої частини КК та обрати більш м'яку, ніж передбачена цією санкцією, міру покарання. У будь-якому разі такий вихід за межі санкції ґрунтується на вимогах чинного кримінального закону, у зв'язку з чим назву ст. 69 КК України («Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом») варто визнати умовною і загалом неточною⁵²⁰.

Підставою для застосування ст. 69 КК виступає поєднання, по-перше, наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, і, по-друге, врахування особи винного. Ця стаття вказує на три основні варіанти призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією:

1) призначення основного покарання, яке є нижчим від найнижчої межі, встановленої санкцією відповідної статті Особливої частини КК. Йдеться про те, що суд призначає основне покарання того ж виду, що і передбачене

⁵¹⁹ Энциклопедия уголовного права. Т. 9. Назначение наказания. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2008. – С. 453.

⁵²⁰ Іншу назву має аналог ст. 69 КК України у КК РФ – ст. 64 цього Кодексу («Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено за даний злочин»). Однак і таку назву, вочевидь, немає підстав визнавати вдалою, позаяк у літературі її пропонується уточнити, вказавши на призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено в статті Особливої частини КК (див.: Кочкарев А.И. Назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено законом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2005. – С. 14, 21).

санкцією, однак у розмірі, який є меншим за мінімальну межу, встановлену санкцією. Розглядуваному варіанту призначення покарання не перешкоджає та обставина, що санкція є альтернативною і, відповідно, містить можливість призначення іншого, більш м'якого основного покарання. Водночас закон забороняє, щоб призначене судом покарання було меншим, ніж найнижча межа, встановлена Загальною частиною КК для того чи іншого виду покарання;

2) перехід до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції статті Особливої частини КК. Призначене у порядку звернення до ч. 1 ст. 69 КК України основне покарання має бути менш суворим порівняно з іншими видами основних покарань, що згадуються у конкретній санкції. Чинна редакція ст. 69 КК не містить вимоги про послідовний (поетапний) перехід до іншого, більш м'якого виду основного покарання⁵²¹. Обравши будь-який більш м'який вид основного покарання (не обов'язково найбільш близький за суворістю), суд визначає його розмір, виходячи з меж, вказаних у статті Загальної частини КК, що передбачає такий вид покарання;

3) непризначення додаткового покарання, передбаченого санкцією статті Особливої частини КК як обов'язкове⁵²².

Так, саме на підставі ст. 69 КК України Козельщинський районний суд Полтавської області призначив особі, котра вчинила злочин, передбачений ч. 1 ст. 388 КК України, основне покарання нижче від найнижчої межі, встановленої в санкції зазначеної норми, – штраф у розмірі 850 грн.⁵²³ Аналогічним чином вчинив Погребищенський районний суд, призначивши винному у вчиненні досліджуваного злочину штраф у розмірі 680 грн.⁵²⁴ Керуючись ст. 69 КК України, Чемеровецький районний суд Хмельницької

⁵²¹ Водночас у порядку обмеження занадто широкого суддівського розсуду при застосуванні ст. 69 КК заслуговує на підтримку пропозиція покласти на суд обов'язок здійснювати послідовний перехід до найближчого за ступенем суворості більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції. Тільки якщо це покарання не може бути призначене особі, суд розглядає питання про обрання інших, ще більш м'яких видів основного покарання (див.: Євдокімова О.В. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2007. – С. 13, 15).

⁵²² Щоправда, з цього правила наразі існує виняток: це випадки призначення покарання за вчинення злочину, за який передбачено основне покарання у вигляді штрафу у розмірі понад три тисячі НМДГ. Треба так розуміти, що коли призначається покарання за вказаний злочин, суд не вправі, керуючись ч. 2 ст. 69 КК України, не призначити додаткове покарання.

⁵²³ Архів Козельщинського районного суду Полтавської області. Кримінальна справа № 1-53 за 2008 р.

⁵²⁴ Архів Погребищенського районного суду Вінницької області. Кримінальна справа № 1-51 за 2007 р.

*області призначив особі, дії якої були кваліфіковані за ч. 1 ст. 388 КК, покарання у виді штрафу в розмірі 510 грн.*⁵²⁵

Крім можливостей, передбачених ст. 69 КК України, законодавець надає суду право самостійно обирати принцип призначення покарання за сукупністю злочинів, вибираючи один з альтернативно запропонованих варіантів: а) шляхом поглинання менш суворого покарання більш суворим; б) шляхом часткового складання призначених покарань; в) шляхом повного складання призначених покарань (ст. 70 КК України). Призначаючи ж покарання за сукупністю вироків, суд на власний розсуд вирішує питання, повністю або частково приєднати невідбуту частину покарання за попереднім вироком до покарання, призначеного за новим вироком (ст. 71 КК України).

Загальний аналіз наведених положень кримінального закону дозволяє стверджувати, що КК України передбачає розгалужену систему механізмів (як обов'язкових, так і факультативних), покликаних забезпечити призначення законного, справедливого, гуманного і достатнього покарання винуватому, що має забезпечити досягнення мети, передбаченої ч. 2 ст. 50 КК України. Водночас важко не помітити, що кожен із цих механізмів нерозривно пов'язаний із санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК України. Причому переважна більшість із згаданих механізмів «працює» лише в межах видів і розмірів покарань, передбачених у цій санкції.

Санкція – це частина кримінально-правової норми, що носить державно-примусовий якісно-кількісний характер і становить собою формально визначену об'єктивно-суб'єктивну модель заходів кримінально-правового впливу, що застосовуються до осіб, котрі вчинили злочин⁵²⁶. Із цього стає очевидним, що для практики призначення покарання за будь-який злочин вирішальне значення має санкція кримінально-правової норми. Від передбачених у ній виду та розміру покарання залежить встановлення ступеня тяжкості конкретного злочину, оцінка його суспільної небезпеки судом,

⁵²⁵ Архів Чемеровецького районного суду Хмельницької області. Справа № 2219/1498/2012 за 2012 р.

⁵²⁶ Козлов А.П. Уголовно-правовые санкции: проблемы построения, классификации и измерения. – Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1989. –С. 17.

визначення виду покарання та його розмірів, межі індивідуалізації покарання тощо. У зв'язку з цим вважаємо, що наукова обґрунтованість побудови санкції кримінально-правової норми має не менше значення, ніж правильне конструювання її диспозиції. З цього приводу Л.М. Кривоченко справедливо зазначає: «...типова санкція, встановлена законодавцем для певної категорії злочинів, повинна мати такі межі, які б давали можливість суду враховувати індивідуальні ознаки злочину певної категорії відповідно до принципу індивідуалізації відповідальності та покарання»⁵²⁷.

При цьому не є секретом, що для чинного КК України характерна відсутність наукового підходу щодо побудови санкцій. Так, М.І. Хавронюк, здійснивши спеціальне дослідження проблеми класифікації злочинів за КК України 2001 р., переконливо довів, що санкції у нашому кримінальному законодавстві, відіграючи роль формального класифікатора злочинів, у переважній більшості характеризуються довільністю і позбавлені наукової обґрунтованості⁵²⁸. Як наслідок, вони нерідко дають спотворене уявлення про суспільну небезпеку того чи іншого злочину, що, крім всього іншого, переконує в обґрунтованості відображеної у КК України позиції, згідно з якою межі призначення покарання за конкретний злочин не слід ототожнювати із санкціями статті Особливої частини КК.

Переходячи до безпосереднього аналізу санкцій, передбачених у ст. 388 КК України, нагадаємо, що залежно від кількості видів основного покарання санкція як ч. 1, так і ч. 2 ст. 388 КК України є альтернативною; залежно від ступеня визначеності розмірів покарань санкції частин 1 і 2 ст. 388 КК України є відносно визначеними, а залежно від вказівки на додаткові покарання всі розглядувані санкції є імперативно-кумулятивними.

⁵²⁷ Кривоченко Л.М. Класифікація злочинів за ступенем тяжкості у Кримінальному кодексі України: монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – С. 78.

⁵²⁸ Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року. Упоряд. та передне слово: М.І. Мельник, М.І. Хавронюк / М.І. Хавронюк. Категорії злочинів і санкції Особливої частини КК України: наукові дослідження та деякі висновки / За ред. М.І. Мельника. – К.: А.С.К., 2001. – С. 211–276.

Про притаманні чинному КК вади пеналізації див. також: Пономаренко Ю.А. Основні проблеми пеналізації злочинів у законотворчій практиці // 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. 211–216.

В науці справедливо зазначається, що під час побудови санкцій кримінально-правових норм законодавець має керуватися певними принципами⁵²⁹ та дотримуватись низки обов'язкових вимог (правил). Загалом таких вимог до конструювання кримінально-правових санкцій висувається чимало, однак, ураховуючи предмет нашого дослідження, розглянемо лише основні з них. Комплексний і критичний аналіз кримінально-правової літератури дозволяє виділити кілька основних правил конструювання кримінально-правових санкцій.

Перше і, мабуть, найголовніше правило конструювання санкцій полягає в тому, що санкція кримінально-правової норми має бути такою, щоб, з одного боку, суд, не виходячи за її межі, міг призначити справедливе, гуманне та достатнє покарання засудженому, яке забезпечить досягнення мети, передбаченої ч. 2 ст. 50 КК України, а, з іншого, – щоб вид і розмір передбаченого у ній покарання (покарань) не стали причиною суддівського свавілля⁵³⁰.

Думаємо, що це найважливіше правило побудови кримінально-правової санкції можна вважати виконаним, адже, за нашим переконанням, санкції частин 1 і 2 ст. 388 КК України: а) відповідають (є адекватними) типовій суспільній небезпеці описаного в диспозиціях злочину; б) передбачають види покарань та їх розмір, які надають суду можливість індивідуалізувати покарання з урахуванням усіх можливих варіантів вчинення злочину у реальній дійсності; в) встановлюють такий діапазон видів і розмірів покарань, який не є занадто широким.

⁵²⁹ Детально про принципи побудови кримінально-правових санкцій можна дізнатися з праць Н.А. Орловської (див. зокрема: Орловская Н.А. Основания и принципы построения уголовно-правовых санкций: монография. – Одесса: Юридична література, 2011. – 624 с.; Орловская Н.А. Уголовно-правовые санкции: проблемы определения, классификации и функционального анализа: монография. – Одесса: Юридична література, 2010. – 296 с.).

⁵³⁰ Келина С.Г., Кудрявцев В.Н. Принципы советского уголовного права. – М.: Наука, 1988. – С. 135; Козлов А.П. Уголовно-правовые санкции: проблемы построения, классификации и измерения. – Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1989. – С. 18, 33–34; Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: Изд-во НОРМА, 1998. – 296 с.; Кругликов Л.Л., Василевский А.В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 267; Осипов П.П. Теоретические основы построения и применения уголовно-правовых санкций: аксиологический аспект. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1976. – С. 118–125; Хавронюк М.І. Щодо відповідності санкцій кримінально-правових норм суспільній небезпеці діянь // Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС України. – 2001. – № 1. – С. 101–109.

Заслугує на схвалення і те, що в санкціях обох частин ст. 388 КК України передбачено такий вид основного покарання, як штраф. Нагадаємо, що штраф – це грошове стягнення, яке накладається судом у випадках і розмірі, встановлених в Особливій частині КК України, відповідно та у порядку, передбаченому частинами 2–5 ст. 53 КК України, а НМДГ – встановлений державою мінімальний дохід фізичних осіб, з якого не сплачується податок. Як впливає з положень п. 5 підрозділу 1 розділу XX ПК України, для обчислення розміру покарання у виді штрафу цей макроекономічний показник встановлюється на рівні 17 грн. На користь застосування саме цього виду покарання за вчинення злочину, передбаченого ст. 388 КК України, свідчить, крім усього іншого, судова практика, адже штраф призначається судами незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації, досить часто (причому в більшості випадків штраф призначається в мінімальному розмірі, передбаченому законом). До того ж штраф, як показало дослідження, проведене М.І. Хавронюком, є найбільш поширеним і дієвим видом покарання в державах Європи (наприклад, у Німеччині він складає понад 80% усіх призначених покарань повнолітнім засудженим), який не лише не тягне за собою державних витрат, а і поповнює державну скарбницю⁵³¹. Як слушно зазначає О.С. Міхлін, майнові покарання ефективні, перш за все, у випадках вчинення злочинів відносно невеликої суспільної небезпеки, направлених на майнове збагачення⁵³².

Другим досить важливим правилом конструювання санкцій є те, що санкції норм, які передбачають однорідні за характером і ступенем суспільної небезпеки діяння, повинні бути узгоджені⁵³³. Погоджуючись із необхідністю

⁵³¹ Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – С. 303–309.

⁵³² Міхлін А.С. Имущественные наказания – альтернатива лишению свободы за менее опасные преступления // Советское государство и право. – 1981. – № 6. – С. 92.

⁵³³ Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 99; Філей Ю.В. Кримінально-правові санкції та їх застосування за злочини проти власності: дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2005. – С. 74, 93; Похмелкин В.В. Социальная справедливость и уголовная ответственность. – Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1990. – С. 132; Пивоварова А.А. Эффективность санкции уголовно-правовой нормы // Уголовно-правовой запрет и его эффективность в борьбе с современной преступностью : сборник научных трудов, Саратов, Саратовский Центр по исследованию проблем организованной преступности и коррупции: Сателлит, 2008. – С. 127.

виконання цієї вимоги, водночас маємо зазначити, що наразі це правило не можна застосовувати під час аналізу та побудови санкції конкретної норми Особливої частини КК України, адже переважна більшість вже існуючих норм є недосконалими, мають численні вади концептуального, техніко-юридичного чи іншого характеру, і кількість таких норм є настільки значною, що це потребує негайної розробки нової редакції Особливої частини КК України та її прийняття⁵³⁴. Тобто за існуючого рівня юридичної техніки кримінального закону взагалі та соціальної обґрунтованості санкцій кримінально-правових норм зокрема виконання розглядуваного правила можливе або під час аналізу та розробки усієї системи норм Особливої частини КК України, або принаймні під час аналізу та розробки системи норм, що передбачають однорідні злочини. У цьому сенсі заслуговують на увагу праці Д.С. Азарова та Ю.В. Філея, в яких на високому науковому рівні досліджено санкції системи норм, що передбачають злочини у сфері комп'ютерної інформації та санкції системи норм про злочини проти власності, відповідно⁵³⁵. В іншому разі виконання вказаного правила побудови санкцій призведе до заздальгідь сумнівного результату.

У межах нашого дослідження ми хотіли б звернути увагу на те, що санкції частин 1 і 2 ст. 388 КК України мали б бути узгодженими із санкціями норм, описаних у ст. 191 і 194 КК України, адже за певних обставин (у першу чергу тоді, коли йдеться про незаконні дії щодо чужого арештованого, описаного, заставленого чи конфіскованого майна) останні норми є загальними відносно норм ст. 388 КК України. При цьому в таких випадках посягання відбувається не лише на право власності (як у випадку зі злочинами, передбаченими статтями 191 і 194 КК України), а і на правосуддя, авторитет органів державної влади, наділених повноваженнями стосовно накладення арешту на майно, його опису та встановлення обмеження права користуватися майном тощо.

⁵³⁴ Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 110.

⁵³⁵ Азаров Д.С. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері комп'ютерної інформації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 88–165; Філей Ю.В. Кримінально-правові санкції та їх застосування за злочини проти власності: дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2005. – С. 54–178.

З цього випливає, що санкції частин 1 і 2 ст. 388 КК України мали б бути або такими ж, як і у статтях 191 і 194 КК України, або (що більш логічно) суворішими. Утім, як показує аналіз зазначених норм, суворішими є санкції саме статей 191 і 194 КК України.

Ще одне правило побудови санкцій кримінально-правових норм полягає в тому, що практично в усіх санкціях кримінально-правових норм має бути альтернатива основних видів покарань. Аналіз санкцій ст. 388 КК України дозволяє стверджувати, що така альтернатива в них є та ще і представлена одразу трьома видами основного покарання. Водночас заслуговує на підтримку пропозиція в порядку забезпечення більшої диференціації кримінальної відповідальності за незаконні дії щодо арештованого чи описаного майна передбачити в санкціях ст. 388 КК України таке покарання, як громадські роботи⁵³⁶.

Значна частина науковців звертає увагу і на те, що санкції кримінально-правових норм, що описують як основний, так і кваліфіковані склади злочинів, мають будуватися за правилом: чим вища формалізованість диспозиції, тим меншим повинен бути розрив між мінімумом і максимумом покарання і навпаки⁵³⁷. Виконання цього правила забезпечується як кількістю видів покарань, передбачених у санкції норми, так і варіативністю їх розмірів.

Слід зазначити, що формалізованість диспозицій частин 1 і 2 ст. 388 КК України є середньою, адже, з одного боку, у ній досить чітко визначено ознаки предмета злочину, а, з іншого, – вельми розпливчастого визначено об'єкт злочину та зміст кримінально караного діяння (будь-які незаконні діяння). Щоправда, і санкції частин 1 і 2 ст. 388 КК України є альтернативними (передбачають по три основних види покарань) з відносно визначеними розмірами покарань. У зв'язку з цим вважаємо, що при побудові санкцій ст. 388 КК України розглядуване правило було враховане.

⁵³⁶ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 168, 180.

⁵³⁷ Фролова О.Г. Злочинність і система кримінальних покарань (соціальні, правові та кримінологічні проблеми й шляхи їх вирішення за допомогою логіко-математичних методів). – К.: «АртЕк», 1997. – С. 128; Козлов А.П. Уголовно-правовые санкции: проблемы построения, классификации и измерения. – Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1989. – С. 70–71; Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: Изд-во НОРМА, 1998. – С. 240–241.

Завершуючи стислий аналіз покарання за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, хотілося б звернути увагу на такий аспект конструювання санкцій ст. 388 КК України. Як у ч. 1, так і в ч. 2 ст. 388 КК України в частині регламентації призначення додаткового покарання зазначається, що основне покарання призначається «з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого».

Між тим, як свідчить аналіз ч. 2 ст. 55 КК України, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання може бути призначене і у випадках, коли воно не передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України за умови, що з урахуванням характеру злочину, вчиненого за посадою або у зв'язку із заняттям певною діяльністю, особи засудженого та інших обставин справи суд визнає за неможливе збереження за ним права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Санкція може не згадувати можливість призначення додаткового покарання при тому, що така можливість впливає з положень Загальної частини КК України. Із цього впливає, що санкції ст. 388 КК України в частині регламентації додаткового покарання фактично дублюють положення Загальної частини КК України (ч. 2 ст. 55 КК України) та жодного самостійного значення для призначення покарання за вчинюваний злочин не мають. До речі, додаткове покарання за ст. 388 КК України, як показав аналіз матеріалів судової практики, призначається досить рідко. Суд може призначити додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю як на підставі санкції норми, яка передбачає його як факультативне, так і на підставі ч. 2 ст. 55 КК України.

Враховуючи ту обставину, що вказане додаткове покарання занадто рідко призначається судами, а також те, що незаконні дії з арештованим, описаним і конфіскованим майном можуть вчинятися спеціальним суб'єктом – службовою особою, О.О. Соболева висловлюється за те, щоб додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю перевести в санкціях ст. 388 КК України з розряду

факультативного до розряду обов'язкового⁵³⁸.

Нам складно погодитись із такою пропозицією, адже вчинення злочину, передбаченого ст. 388 КК України, далеко не завжди пов'язане з посадою підсудного або із зайняттям ним певною діяльністю, і далеко не завжди суб'єктом цього злочину виступає службова особа. Так, суд має право не призначити додаткове покарання, передбачене санкцією статті Особливої частини КК як обов'язкове, в порядку звернення до ст. 69 КК України, але ж відсутність зв'язку незаконних дій щодо арештованого, описаного чи конфіскованого майна із зайняттям винним посади чи зайняттям ним певною діяльністю не може розглядатись як достатня підстава для застосування ст. 69 КК України. Якщо ж злочинні дії, передбачені ч. 1 або ч. 2 ст. 388 КК України, вчинені службовою особою, і це обставина з тих чи інших причин не знайшла відображення в кваліфікації скоєного, це не перешкоджає призначити суду відповідне додаткове покарання на підставі ст. 55 КК України.

Завершуючи розгляд питань, пов'язаних із покаранням за вчинення злочину, передбаченого ст. 388 КК України, хотілося б зазначити, що загалом суди правильно застосовують кримінальне законодавство в цій частині та не припускаються серйозних помилок при призначенні покарання.

Таким чином, залежно від кількості видів основного покарання санкції ст. 388 КК України є альтернативними; залежно від ступеня визначеності розмірів покарань санкції ст. 388 КК України є відносно визначеними, а залежно від вказівки на додаткові покарання всі розглядувані санкції є імперативно кумулятивними. Санкції ст. 388 КК України в частині регламентації додаткового покарання фактично дублюють положення Загальної частини КК України (ч. 2 ст. 55 КК України) та жодного самостійного значення для призначення покарання за вчинюваний злочин не мають. Межі суддівського розсуду при призначенні основного покарання готування до злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, законодавець звів до мінімуму, адже варіативність складає лише 6 місяців позбавлення волі.

⁵³⁸ Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 166, 168, 171, 180.

ПІСЛЯМОВА

Не дивлячись на те, що криміналізація незаконних дій із майном, на яке накладено арешт, майна, яке описано чи підлягає конфіскації, відбулася з певними порушеннями деяких умов (принципів) криміналізації (принцип визначеності та єдності термінології, принцип співмірності санкції та економії репресії тощо), така криміналізація загалом є обґрунтованим кроком українського законодавця. Водночас криміналізація незаконних дій із заставленим майном відбулася за відсутності приводів і підстав, а також з порушенням існуючих умов (принципів) криміналізації суспільно небезпечних діянь, стала необґрунтованим втручанням у сферу цивільно-правових і майново-господарських відносин. За своєю юридичною природою незаконні дії із заставленим майном є цивільно-правовим деліктом, відповідальність за який передбачається нормами цивільного законодавства України та (або) положеннями договору застави. З огляду на це, пропонуємо виключити з назви та диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України слова «заставленого майна» та «із заставленим майном», відповідно.

В назві Розділу XVIII Особливої частини КК України під правосуддям розуміється не лише належна діяльність КСУ та судів загальної юрисдикції, а і діяльність тих органів та осіб, які сприяють суду в реалізації завдань і функцій правосуддя (органів досудового розслідування, захисників і законних представників, органів, які здійснюють виконання судових рішень, тощо). Тобто в назві Розділу XVIII Особливої частини КК України поняття «правосуддя» вживається не в процесуальному (так званому вузькому) розумінні, а в матеріальному (так званому широкому) розумінні цього поняття. Змінювати цю назву недоцільно: 1) навряд чи можна підібрати таке ж лаконічне найменування для відповідної структурної частини кримінального закону; 2) ні проведення досудового розслідування, ні виконання процесуальних рішень, ні інші дії суб'єктів, що реалізують свої права та обов'язки, вступаючи в процесуальні відносини із судом, не здійснюються в ім'я самих себе. Вказана

діяльність є забезпеченням правосуддя; інтересам останнього тому і заподіюється шкода посяганнями, що вчиняються в цій сфері.

Хоч незаконні дії щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, безпосередньо і не посягають на належне функціонування судової влади (адже суд у таких випадках свою процесуальну діяльність вже завершив), вони порушують належну діяльність ДВС України в частині виконання судових актів щодо конфіскації майна, яка в цьому випадку покликана сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя. Через це розміщення норми, закріпленої наразі в ч. 2 ст. 388 КК, у межах Розділу XVIII Особливої частини КК України є виправданим рішенням законодавця, а описуваний цією нормою склад належить до тих складів злочинів проти правосуддя, які описують злочини, що посягають на нормальну діяльність органів чи осіб, покликаних забезпечувати функціонування судової влади, сприяти суду в реалізації завдань і функцій правосуддя.

Незаконні ж дії щодо майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано, можуть посягати на належну діяльність і тих органів (осіб), які не забезпечують і не повинні забезпечувати належне функціонування судової влади (працівники державної фіскальної служби, яким доручено здійснити процедуру адміністративного арешту майна платника податків, податкові керуючі, нотаріуси, посадові особи органів місцевого самоврядування тощо). Враховуючи ту обставину, що основним безпосереднім об'єктом незаконних дій щодо арештованого чи описаного майна є не правосуддя, а авторитет органів державної влади та їх посадових осіб, наділених повноваженнями щодо накладення арешту на майно, його опису та встановлення обмеження права користуватися таким майном, а також їх належна діяльність, та беручи до уваги позитивний досвід окремих зарубіжних країн, пропонуємо виключити зі ст. 388 КК України заборону щодо незаконних дій стосовно арештованого чи описаного майна та передбачити кримінальну відповідальність за такі дії в межах Розділу XV Особливої частини КК України. При цьому назва останнього потребує уточнення, адже наявною нині назвою не охоплюються деякі діяння,

які законодавець традиційно відносить до злочинів проти порядку управління; до того ж переважна більшість діянь, описаних нормами цього розділу, посягає передусім на встановлений порядок управління, на законну діяльність відповідних суб'єктів, а вже потім на їх авторитет.

Використаний у диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України термін «розтрата» охоплює собою дії щодо відчуження майна, яке є предметом досліджуваного злочину, а тому виділення цього діяння в окрему форму об'єктивної сторони в ст. 388 КК України є недоцільним. Існуюча ситуація суперечить правилам законодавчої техніки, які вимагають точності та однозначності вживаної термінології, а також економії тексту кримінального закону. Некоректність використання в цьому разі законодавчого терміну «відчуження» зумовлена тим, що він використовується в цивільному і господарському законодавстві для позначення правочинів, змістом яких є зміна власника. Водночас предметом злочину, передбаченого ст. 388 КК України, виступає в т. ч. майно, вилучене з цивільного обороту, набути право власності на яке неможливо. Тому пропонуємо виключити з тексту диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України термін «відчуження».

Існуюча в чинному законодавстві плутанина щодо змісту понять «обмеження» та «обтяження», а також не зовсім вдале поєднання цих понять у диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України можуть призвести до неправильного розуміння та, відповідно, застосування ст. 388 КК України. Тому в диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України вказівку на порушення обмеження (обтяження) права користуватися майном вважаємо за доцільне замінити вказівкою на незаконне користування майном, маючи на увазі те, що в цьому разі йтиметься про таке видобування споживчих властивостей арештованого або описаного майна, яке не поєднується з його розтратою.

Кримінальну відповідальність за здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт, необхідно регламентувати більш чітко, виходячи з того, що: 1) здійснення представником фінансової установи прибуткових банківських операцій з коштами, на які накладено арешт, може бути правомірним;

2) кримінальна відповідальність за такі дії має наставати і в тому разі, коли винний вчинить лише одну видаткову банківську операцію щодо певного майна. Поняттям згаданої операції охоплюються видача вкладу, закриття рахунку, здійснення розрахунків за ним, перерахування коштів на інший рахунок, а також будь-яка інша банківська операція, в результаті якої розмір коштів на банківському рахунку зменшується. Таким чином, для описання відповідного злочинного діяння варто використовувати таку конструкцію: «а так само здійснення працівником фінансової установи видаткової банківської операції з коштами, на які накладено арешт».

Не дивлячись на те, що законодавча конструкція «або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано» несе в собі чималої інформації, важливої для правильного розуміння ст. 388 КК України, від цього узагальнюючого формулювання треба відмовитись. Передбачений удосконаленою ст. 388 КК України перелік злочинних діянь в інтересах забезпечення законності і реалізації принципів криміналізації має бути вичерпним і конкретизованим. Використання ж законодавчої конструкції «або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано» має своїм наслідком невизначеність складів розглядуваного злочину, не узгоджується зі ст. 57 Конституції України, відповідно до якої кожному гарантується право знати в т. ч. свої обов'язки, ускладнює виконання КК України такого завдання, як запобігання злочинам.

В судовій практиці трапляються випадки, коли до кримінальної відповідальності за ст. 388 КК України притягуються особи, які вчиняли діяння, описані у цій статті КК, з необережності. З метою однакового та правильного застосування кримінального закону в диспозицію ст. 388 КК України пропонуємо включити вказівку на умисний характер діянь, вчинюваних щодо майна зі специфічним правовим режимом.

Склади злочинів, описаних у ч. 1 ст. 191, ч. 1 ст. 194 та ст. 197 КК України, з одного боку, та склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388

КК України, з іншого, мають низку спільних ознак, а отже, є суміжними. Визначальними факторами, які дають змогу здійснити розмежування зазначених складів злочинів, є: 1) особливий правовий режим майна, яке є предметом злочину, описаного в ст. 388 КК України; 2) наявність у винного усвідомлення того факту, що майно, стосовно якого він вчиняє незаконні дії, є арештованим, заставленим, описаним чи конфіскованим. Зазначені вище склади злочинів суттєво відрізняються між собою і за низкою інших об'єктивних і суб'єктивних ознак. Так, предметом зазначених злочинів проти власності може бути виключно чуже майно тоді, як предметом злочину, описаного в ст. 388 КК України, – як чуже, так і власне майно винного. Злочин, передбачений ст. 191 КК України, може бути вчинено лише з корисливих мотивів, а злочин, передбачений ст. 388 КК України, – з будь-яких мотивів. Крім того, кримінально караними за ст. 388 КК України можуть бути виключно умисні діяння винного. Натомість діяння, описане в ст. 197 КК України, може бути вчинене лише з необережності.

Системний аналіз положень ч. 1 ст. 382 КК України та ч. 2 ст. 388 КК України дозволяє стверджувати, що зазначені кримінально-правові норми описують склади злочинів, які описують одне і те ж діяння з різним рівнем абстракції. Тобто між вказаними заборонами існує конкуренція загальної та спеціальної кримінально-правових норм, яка традиційно вирішується шляхом надання пріоритету спеціальній кримінально-правовій нормі. У зв'язку з цим діяння, передбачене ч. 2 ст. 388 КК України, вчинене неслужбовою особою, має кваліфікуватися лише за ч. 2 ст. 388 КК України і додаткової кваліфікації за ч. 1 ст. 382 КК України не потребує. Діяння, передбачене ч. 2 ст. 388 КК України, вчинене службовою особою, має кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 388 КК і відповідною частиною ст. 382 КК України.

На підставі проведеного дослідження пропонуємо ст. 388 КК України викласти в такій редакції:

«Стаття 388. Незаконні діяння щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили

Умисні незаконні розтрата, користування, приховування, підміна, пошкодження або знищення майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, –

караються штрафом від трьохсот до шестисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або громадськими роботами на строк від ста двадцяти до двохсот сорока годин, або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк».

Пропонуємо також доповнити Розділ XV Особливої частини КК України ст. 356-1 такого змісту:

«Стаття 356-1. Незаконні діяння щодо майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано

Умисні незаконні розтрата, користування, приховування, підміна, пошкодження або знищення майна, на яке накладено арешт, або яке описано, здійснені особою, якій це майно ввірено, а так само здійснення працівником фінансової установи видаткової банківської операції з коштами, на які накладено арешт, –

караються штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або громадськими роботами на строк до ста двадцяти годин, або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк».

Наукове видання
(українською мовою)

Дудоров Олександр Олексійович
Омельяненко Маріуца Іванівна
Сабадаш Віктор Петрович

**Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна,
на яке накладено арешт, заставленого майна або майна,
яке описано чи підлягає конфіскації**

Монографія

**За загальною редакцією
доктора юридичних наук, професора
О.О. Дудорова**

Редактор М.О. Ларкін
Технічний редактор С.С. Сергеев
Коректор Ю.В. Шаповал

Підп. до друку 25.11.2014. Формат 60×90/16. Папір офсетний.
Друк цифровий. Умовн. друк. арк. 20,9.
Замовлення № 350. Наклад 300 прим.

Запорізький національний університет
69600, м. Запоріжжя, МСП-41
вул. Жуковського, 66

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
ДК № 2952 від 30.08.2007 р.